

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

* Por Roberto Durrieu (h.)¹

1. Introduciéndonos a la cuestión.

La pregunta principal a responder en este artículo es la siguiente: ¿cual es el bien jurídico protegido por el denominado delito de ‘lavado de dinero’ o delito de ‘legitimación de activos provenientes del crimen’? En cualquier caso, ¿Cuántos bienes jurídicos resguarda el delito de lavado de dinero? ¿Protege un único bien jurídico; o bien, se trata de un delito que protege, simultáneamente, dos o más bienes jurídicos? Cuando un delito protege un único bien jurídico la doctrina penal lo suele denominar delito *uni-ofensivo*. A su vez, cuando salvaguarda en forma simultanea dos o más valores jurídicos, se lo suele identificar con el nombre de delito *pluriofensivo* o *multi-ofensivo*.²

Dar respuesta a nuestros interrogantes, servirá para comprender el grado de autonomía que debe tener el delito de lavado de dinero del de encubrimiento, o de cualquier otro delito penal. Cabe destacar que, un delito es realmente independiente de otro, cuando protege bienes jurídicos distintos y autónomos de los resguardados por otros delitos. Fuera del alcance de este trabajo, debemos decir que la autonomía del delito penal de lavado de dinero, es de vital importancia a los efectos de comprender la naturaleza jurídica de este delito y, a su vez, para resolver otros interrogantes que asiduamente se debaten en los tribunales penales de nuestro país y del mundo. Ejemplos de estos interrogantes son: ¿Debe existir una condena sobre el delito previo al de lavado, para

¹ El autor es abogado (UCA, 1998), Master en Derecho (Duke University, 2001) y Doctor en Derecho de Oxford University (Candidate, 2012). Su tesis doctoral se titula: *Towards a New Definition of the International Crime of Money Laundering*.

² J. Bustos Ramírez ‘Los bienes jurídicos colectivos’, Revista de la Facultad Complutense, Volumen monográfico n° 11, p. 150. Ver también, José Sáez Capel ‘El bien Jurídico Tutelado en el llamado delito de lavado de activos de origen ilícito’, La Ley, Bs. As., 18/09/2003.

que pueda formalizarse una acusación por el delito de blanqueo de capitales? Entendiendo que el delito de lavado de activos debe ser visto, tipificado e investigado como una norma penal independiente a cualquier otro, la respuesta lógica a este último interrogante es que la condena o investigación del delito previo no es condicionante de la investigación del lavado de activos.

La discusión se organiza del siguiente modo: en primer término, nos referiremos al proceso de penalización y al principio de *última ratio* del derecho penal (punto 2). Luego, analizaremos, en forma crítica, las distintas posiciones referidas a cual es el bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión (punto 3). Con posterioridad y a fin de lograr un mayor entendimiento de la cuestión, haremos una breve referencia a la legislación comparada (punto 4). Finalmente, concluiremos que el delito de lavado de dinero debe ser visto y tipificado como un delito independiente del resto de los delitos, ya que se trata de un crimen pluriofensivo, que protege bienes jurídicos independientes y que van más allá de los valores jurídicos resguardados por cualquier otro delito penal.

2. El proceso de “criminalización” y el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

Expondremos, a continuación, en que consiste el proceso de penalización, como así también en que consiste el principio de *ultima ratio* del derecho penal. Esta primera exposición resulta fundamental a los efectos de dar respuesta a los interrogantes planteados en este trabajo.

La criminalización de una conducta se trata de la respuesta del Estado a los efectos negativos que contiene una conducta humana sobre el individuo y la sociedad en su conjunto. La penalización de una conducta ocurre, entonces, cuando el Estado reprime a un tipo de conducta con una pena de contenido punitivo. En consecuencia, cuando dicha

conducta es cometida por un individuo, aquel puede ser sometido a un proceso penal y castigado con una sanción de carácter penal.

En este contexto, la pregunta que uno se puede formular es: ¿que tipo de conductas se deben penalizar? La mayoría de los autores coinciden hoy en afirmar que la misión esencial del Estado no es otra que la de penalizar conductas humanas que contengan entidad suficiente para dañar o afectar bienes jurídicos de relevancia para la sociedad y el individuo. La destacada premisa constituye un límite crucial para el *ius puniendi* del Estado.³

El concepto jurídico del ‘bien jurídico protegido’ por una norma penal, se define como “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”.⁴ La ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad. De este modo, se puede afirmar que cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se construye sobre la base de un bien vital para la sociedad o el individuo. El Derecho penal no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos.⁵

Otra particularidad digna de ser destacada es que, en general, el tipo penal no menciona en forma expresa al bien jurídico protegido. En consecuencia, aquel debe ser descubierto a través de una labor interpretativa. Con ese fin deberá observarse,

³ Ver, por ejemplo, Gunther Jacobs, *Derecho Penal, Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación* (Traducido al Español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo) (Marcial Pons, Madrid 1995) 44-52.

⁴ Cfr. H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Traducción y adiciones de Derecho Español realizadas por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde) (Bosch Editores, Barcelona, 1999) 9.

⁵ Cfr. Jesús M. Silva Sánchez, ‘Reflexiones sobre las bases de la política criminal’, en *Estudios de Derecho Penal*, (Editora Jurídica Grijley, Lima, año 2000) 184-212.

primeramente, el título y capítulo elegido por el legislador al incorporar la norma escrita. Sin embargo, muchas veces se observa que esto no resulta suficiente debido a que algunas normas penales, pese a su ubicación sistemática, lesionan un bien jurídico distinto al que aparece enunciado en el título o capítulo.⁶

Respecto del contenido del bien jurídico protegido por la norma penal, se ha cuestionado la inclusión de los llamados bienes jurídicos colectivos o de contenido amplio, a raíz de la vaguedad de sus formulaciones y el recurso frecuente a figuras de peligro abstracto para su configuración. En defensa de la protección de los bienes jurídicos colectivos o difusos, se ha dicho que ellos son admisibles en función de las actuaciones necesarias de tutela de las sociedades democráticas, es decir, atendiendo a determinadas exigencias de política criminal.⁷

Otra pregunta que debemos formularnos es: ¿Qué criterio debe tener en consideración el legislador al momento de penalizar una conducta humana? Sobre este aspecto podemos decir que el legislador sólo debe hacer uso del proceso de penalización en última instancia o como último resorte legal (en Latín, *ultima ratio*). Este es justamente el principio de *ultima ratio* o principio de mínima penalización del derecho penal. Se trata de un principio de ética legislativa; que fue profundamente estudiado por la doctrina penal Alemana. Klaus Roxin, por ejemplo, considera que el derecho penal debe ser reservado para proteger los intereses jurídicos de mayor relevancia (*Rechtsgüter*).⁸ En consecuencia, cuando el legislador pretende proteger algún bien jurídico de menor seriedad, lo que corresponde es que se utilicen, con ese fin, normas de carácter privado

⁶ Cfr. Gunther Jakobs '*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*' (Traducción de Manuel Cancio Mella y Bernardo Feijoo Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid), (Editorial Civitas S.A., 1996) 11-33.

⁷ Ibid.

⁸ Ver Klaus Roxin, '*Derecho Penal – Parte General*' (Traducido por Diego Luzón y otros) (Editorial Vivitas S.A., Madrid, 1997) 52-55.

(ejemplo, del derecho civil o comercial) o semi-públicas (del derecho administrativo), que son menos restrictivas para las garantías individuales que las normas de carácter punitivo o represivo. En otras palabras, el derecho penal sólo debe ser invocado por el legislador cuando el derecho civil, comercial o administrativo resulta inapropiado para resguardar al bien jurídico que se pretende salvaguardar.⁹

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, se suele decir que el principio de *ultima ratio* no siempre se respeta. Cuando esto ocurre se suele decir que el Estado actúa en forma espasmódica y haciendo uso del derecho penal como primer resorte legal (en Latín, *solo ratio*); sin que exista un debido análisis de efectividad o costo-beneficio previo. Cuando el principio de *ultima ratio* no se respeta, también se suele decir que vivimos una ‘*over-criminalization*’ de conductas humanas, o bien una ‘inflación’ o ‘expansión’ abusiva del derecho penal.¹⁰

3. El debate: ¿se justifica la penalización del lavado de dinero? Y, en su caso ¿nos hallamos ante un delito ‘uniofensivo’ o bien ‘pluriofensivo’?

En nuestros días no existe consenso entre la doctrina más calificada respecto del bien jurídico que debe proteger el delito de lavado de dinero. Incluso, existe un reducido sector de la doctrina que se encuentra a favor de la despenalización del lavado de dinero, alegando que dicha conducta no daña sustancialmente ningún bien jurídico que le de contenido y justificativo a su penalización.¹¹ En definitiva, para esta posición, la criminalización del lavado de dinero no se justifica a la luz de los requisitos especiales de la teoría del derecho penal; en especial, en lo que hace al respeto del principio de *ultima ratio* del derecho penal.

⁹ Nils Jarebourg, ‘Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)?’, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, Volume 2, 523, 530.

¹⁰ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed., Oxford University Press, Oxford 2006) 35.

¹¹ En este sector de la doctrina se encuentra, por ejemplo, Peter Alldridge, ‘The Moral Limits of the Crime of Money Laundering’, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5:279, 2001-2002, p. 315.

Como veremos a continuación con detalle, existe un segundo sector de la doctrina que justifica la penalización del lavado de dinero; alegando que dicha actividad afecta, principalmente, un determinado y claro bien jurídico. Este segmento es el que considera al crimen de blanqueo como un delito uniofensivo. Finalmente, existe un tercer sector que concibe al delito en cuestión como pluriofensivo; es decir, que protege más de un único bien jurídico.

Más allá de la cantidad de intereses sociales que proteja la norma penal en cuestión, la doctrina también debate sobre *cuales* (y no cuantos) son los bienes jurídicos resguardados por el delito. En este sentido, las distintas líneas de opinión se dividen entre quienes sostienen que el delito de lavado de dinero protege uno o dos de los siguientes cuatro bienes jurídicos: (a) el bien jurídico protegido por el delito previo o subyacente al del blanqueo de capitales; (b) la administración de justicia; (c) el sistema socio-económico o la libre competencia; y, finalmente, (d) quienes creen que el delito de blanqueo protege la estabilidad o seguridad de las naciones y el sistema democrático de gobierno. A continuación, analizaremos cada una de estas posturas.

3.a. Protección del bien jurídico tutelado por el delito subyacente.

Esta primera posición se encuentra inspirada en la idea de que el blanqueo de capitales o también denominado proceso de legitimación de activos provenientes del crimen no es más que un ‘accesorio’ o una ‘consecuencia natural y necesaria’ del delito previo o subyacente. Acorde con esta posición, el delito previo o precedente se encuentra íntimamente interconectado con el subsiguiente proceso de lavado de activos. Razón por la cual el consecuente reciclado de activos no es más que un acto continuo y derivado del delito precedente. Asumiendo entonces que el uno (delito precedente) es parte

integrante del segundo (delito de lavado de activos) la consecuencia razonable -según esta posición- es que el delito de lavado de activos protege, en definitiva, el mismo bien jurídico que el delito precedente o subyacente. Suelen sostener esta posición, en definitiva, quienes creen que el delito previo y el de blanqueo concurren en forma coyuntural; por subsunción. A favor de esta posición se encuentran varios autores, entre los que se destacan, Miguel Acosta y Eduardo Lopez Betancourt,¹² Jesús María Silva Sanchez,¹³ y Javier Alberto Zaragoza Aguado.¹⁴

Esta es la opinión, también, de Heba Shams; quien cree que el lavado de dinero no es más que un acto de complicidad del delito previo. Entonces, para ella, el delito de lavado de dinero se trata de un ‘crimen derivado’ (*‘derivative crime’*), en el sentido de que su daño deriva directamente del delito previo generador de los activos de procedencia criminal que se someten al posterior proceso de blanqueo.¹⁵

Una de las críticas más relevantes a esta tesis se centraliza en que esta posición, en muchos casos, parece de difícil aplicación. Por ejemplo, en un caso de asesinato difícilmente pueda afirmarse que la conducta de lavado posterior a la consumación del delito previo supone una nueva lesión a la vida.¹⁶

¹² Miguel Acosta Romero and Eduardo Lopez Betancourt, *‘Delitos especiales’* (Porrúa, Mexico D.F. 1994) 226.

¹³ Jesús María Silva Sanchez, *‘La recepción específica. El artículo 546 bis (f) del Código Penal [Español]’*, (Edersa, Madrid 1990) 481.

¹⁴ J. Zaragoza Aguado, *‘El blanqueo de capitales. Aspectos sustantivos: su investigación’*, (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1994) 114. Con posterioridad, este autor cambió de opinión, diciendo que el delito de lavado de dinero es pluriofensivo, ya que resguarda el orden socio-económico y la democracia y seguridad de las Naciones. Ver en este último sentido, Javier Zaragoza Aguado, ‘El blanqueo de bienes de origen criminal’, en Eduardo Fabian Caparros, Isidoro Blanco Cordero and Javier Alberto Zaragoza Aguado (eds.), *‘Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial’*, (CeCPLA, Montevideo 2003) 199-202.

¹⁵ Heba Shams *‘Legal globalization: Money Laundering Law and Other Cases’* (Sir Joseph Gold Memorials Series, Vol. 5, The British Institute of International and Comparative Law, London 2004) 7. Una posición similar es brindada por otros autores del *common law*, tales como: N. Abrams, ‘The New Ancillary Offenses’, 1 *Criminal Law Forum*: 1 (1989), at. 7.

¹⁶ P. Gomez Pavon, *‘El bien jurídico protegido en la recepción, blanqueo de dinero y encubrimiento’* (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, No. 53, 1994) 211.

Por lo demás, esta explicación tampoco es satisfactoria cuando el delito previo afecta a bienes colectivos como por ejemplo la salud pública; debido a que el grado de afectación a este interés social no se ven alteradas o agravadas por las operaciones de blanqueo que se realicen con el dinero obtenido del delito previo que atenta contra la salud pública.¹⁷

Cabe consignarse, además, que la presente posición ha caído en desuso. Su fundamento dogmático resultaba lógico cuando se entendía, años atrás, que el delito previo al del blanqueo de capitales resultaba ser, únicamente, el tráfico de estupefacientes.¹⁸ De este modo, se decía que el delito de blanqueo de capitales era una continuación necesaria de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, por lo que el bien jurídico protegido debía ser idéntico al de este último.¹⁹

Por los motivos expuestos y los que expondremos seguidamente, creemos que no es correcto suponer que el bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión deba ser únicamente el bien jurídico tutelado por el delito subyacente. Las recientes recomendaciones de la GAFI, CICAD-OEA (*soft law*) y el espíritu de los tratados

¹⁷ Cfr. Ramón Ragues Valles, 'Lavado de Activos y Negocio Standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado', en '*¿Libertad económica o fraude punible?. Riesgo penalmente relevante e irrelevante en la actividad económica-empresaria*' (Ed. Marciel Pons, Madrid, 2003) 127/154.

¹⁸ La primera definición del delito de lavado de dinero en el plano internacional, penalizaba el lavado de dinero pero sólo proveniente de delitos ligados al tráfico de drogas. Según artículo 3 (1) de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Drogas y Sustancias Psicotrópicas; más conocida como Convención de Viena (adoptada el 19 de Diciembre de 1988; entró en vigencia el 11 de Noviembre de 1990). A la fecha la Convención de Viena fue ratificada por más de 187 países.

¹⁹ Dentro de la doctrina Argentina no hemos encontrado ningún autor que esté a favor de esta posición. En la doctrina Española, esta postura era sostenida por muy pocos autores, entre los que se encontraba Jesús María Silva Sánchez, '*La receptación específica. El art. 546 bis. F) del Código Penal*', (Edersa, Madrid 1990) 481. Debe aclararse que, en España, luego de la reubicación sistemática del delito del blanqueo en el Capítulo que se refiere a los delitos contra el orden socioeconómico, la doctrina, en forma unánime, se alejó de esta posición. Actualmente, el Código Penal Español contempla el delito de lavado de dinero en el Capítulo XIV 'De la receptación y otras conductas afines', correspondiente al Título XIII 'Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico'.

internacionales sobre la materia (*hard law*), así como la legislación comparada, se orientan todos en favor de un delito de lavado de activos tipificado en forma autónoma del resto, incluso del delito previo o precedente al del blanqueo.²⁰

3.b. Protección de la administración de justicia.

Dentro de esta denominación se encuentran los que sostienen que el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo es la administración de justicia. Fundamentan su posición afirmando que la actividad de blanqueo y reciclado dificulta la investigación del delito precedente. En definitiva, la conducta de lavado de activos provenientes del delito no es más que un proceso de ocultamiento y de reciclaje que tiende justamente a ocultar la fuente criminal de un activo, transformándolo en otro activo que aparezca como proveniente de una fuente legal o actividad lícita. Este proceso de transformación, conversión y ocultamiento dificulta sensiblemente el trabajo investigativo de la autoridad pertinente que desea, finalmente, dar con los autores o partícipes del delito previo, del que provienen los bienes sometidos al proceso de reciclaje. La afectación a la administración de justicia es tan evidente que son varios los autores que consideran a éste uno o dos de los bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo. Entre estos

²⁰ Para más detalles sobre la tendencia universal en el sentido señalado ver, por ejemplo: William C. Gilmore, *'Dirty Money: the evolution of international measures to counter Money Laundering and Financing of Terrorism'* (3rd edn, Council of Europe Publishing, Germany 2004).

autores encontramos a Carlos Aranguez Sanchez,²¹ Blanco Cordero,²² Gomez Pavón,²³ Enrique Bacigalupo Zapater²⁴ y Palma Herrera.²⁵

Esta parece ser la posición adoptada por el legislador Argentino. El delito de blanqueo de capitales en la Argentina (artículo 278 del CP), está ubicado a continuación del delito de encubrimiento (artículo 277 del CP). Ambos delitos se sitúan bajo el título de los “Delitos contra la Administración Pública”, teniendo como mira la protección de la administración de justicia. Aquello sería así, si tenemos en cuenta que las distintas figuras de encubrimiento tipificadas bajo este título del Código Penal se refieren a conductas que entorpecen la acción policial y judicial destinada al esclarecimiento de los hechos delictivos y consecuentemente a la determinación, aprehensión y castigo de sus responsables.²⁶ Tradicionales autores de nuestro país, tales como Núñez y Creus, han entendido que el delito de encubrimiento se encuentra dentro del título de los delitos contra la administración pública, aunque en rigor lo que se lesiona es la administración de justicia, toda vez que la actividad encaminada a comprobar la existencia de un delito

²¹ Carlos Aranguez Sanchez, *‘El delito de blanqueo de capitales’* (Marcial Pons, Madrid 2000) 94. Este autor reconoce que la administración de justicia puede ser uno de los valores jurídicos afectados por el blanqueo. Sin embargo, finalmente, se inclina por entender que el delito en cuestión es uni-ofensivo y que protege, principalmente, al sistema socio-económico o la libre y justa competencia.

²² Blanco Cordero, *‘El delito de blanqueo de capitales’* (Aranzadi, Pamplona, Spain 1997) 164. Este autor considera que el delito de blanqueo es multiofensivo ya que resguarda en todos los casos a la administración de justicia y en algunos casos también al régimen socio-económico.

²³ P. Gomez Pavón *‘El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento’* (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, No. 53, 1994) 211-212. Para este autor el delito de blanqueo protege, principalmente, la administración de justicia.

²⁴ Enrique Bacigalupo Zapater, ‘Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido’, in Bacigalupo Zapater (ed.) *‘Curso de Derecho penal económico’* (Marcial Pons, Madrid, 1998) 199.

²⁵ José Manuel Palma Herrera, *‘Los delitos de Blanqueo de Capitales’* (Edersa, Madrid 2000) 284.

²⁶ Esta postura fue la adoptada por la CSJN Argentina, en el fallo Geosur S.A. s/competencia” del 4/11/2003 al afirmar que el delito de lavado de activos de origen delictivo fue tipificado en nuestro país, como una forma especial de encubrimiento; siendo en consecuencia, la administración de justicia, el único bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos del artículo 278 (1) (a) del Código Penal.

e individualizar a sus autores o partícipes se ve entorpecida por la conducta del encubridor.²⁷ Queda claro que quienes están a favor de esta postura sostienen que, por lo menos en nuestra legislación, el delito de lavado de activos es un delito de “encubrimiento agravado”. Aquello, debido al modo en que fue redactado el tipo penal por el legislador, y sobre todo, por la ubicación que se le dio en el código.²⁸

Cabe destacarse que, actualmente, existe media sanción de la Cámara de Diputados sobre una nueva ley de lavado de activos en la Argentina, que re-ubica al delito de lavado de activos bajo el nuevo título de “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”.²⁹ Con esta modificación el legislador Argentino pretende estructurar un delito de lavado de dinero autónomo, distinto e independiente del delito de encubrimiento o de cualquier otra norma penal.

Tal como se ha expuesto anteriormente, los autores o legisladores que adoptan esta posición coinciden en observar al delito lavado de dinero como un crimen dependiente del delito de encubrimiento. Para ellos, el delito de lavado de activos no es más que una especie, agravada, dentro del género de delitos de encubrimiento, que protegen, todos ellos, a la administración de justicia como bien jurídico primordial. Sin embargo, debo decir que existe una confusión conceptual en esta argumentación. Si bien es cierto que los delitos de encubrimiento y lavado de dinero pueden tener rasgos similares, la realidad es que la naturaleza jurídica de ambos delitos es distinta. En otras palabras, si bien ambos delitos tienen características comunes (como por ejemplo el verbo típico “ocultar”) en el fondo se tratan de delitos independientes uno del otro, al proteger bienes jurídicos distintos. Como venimos diciendo hasta aquí y seguiremos sobre esta línea, el

²⁷ Cfr. A. Donna, Edgardo *Derecho Penal. Parte Especial*, (T. III, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 1999) 468.

²⁸ Roberto Durrieu, *El Lavado de Dinero en la Argentina* (Lexis Nexis, Buenos Aires 2006) 97.

²⁹ Cámara de Diputados – 40/11. Tema: Proyecto de Ley en Revisión Modificando el Código Penal respecto del delito de Lavado de Activos. Fecha de Ingreso a la Cámara de Senadores: 5 de Mayo de 2011.

delito de encubrimiento protege principalmente a la administración de justicia, mientras que el delito de lavado de dinero se trata de un delito pluriofensivo que protege intereses individuales y colectivos que van más allá de una correcta administración de justicia.

3.c. Resguardo del sistema socio-económico.

En este apartado se encuentran los autores que coinciden en subrayar, más allá de las particularidades de cada legislación, que la protección de intereses de carácter macroeconómico son la clave para determinar el bien jurídico resguardado por el delito de reciclaje de activos criminales.³⁰

De todos modos, cabe indicar que no todos los autores utilizan el término ‘orden socioeconómico’ para definir esta realidad. Otros términos igualmente usados son: ‘sistema financiero’,³¹ ‘economía lícita y sistema bursátil’,³² ‘orden social y económico’,³³ ‘estabilidad público económico’³⁴ y ‘orden en la libre competencia’,³⁵ entre otros.

³⁰ A favor de esta postura se encuentran los organismos internacionales, muy especialmente la OEA, FMI, BID y el Banco Mundial, como también la GAFI y sus Recomendaciones. Ver, por ejemplo: P. J. Quirk, *Macroeconomic Implications of Money Laundering* (WP/96/66, IMF, Washington D.C., 1996); V. Tanzi, *Money laundering and the international financial system* (WP/96/55-EA, IMF, Washington D.C., 1996). Ver también, Hans Geiger and Oliver Wuensch, ‘The fight against money laundering – An economic analysis of a cost-benefit paradoxon’, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 10, No. 1, 2007 p. 91-106. En nuestro país esta posición fue avalada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7°, en el fallo caratulado “Sundow Bike Argentina S.A.”, del 20/08/2003.

³¹ Isidoro Blanco Cordero (1997) 185.

³² Ver the EU Directive 1991/308/CEE (Preamble).

³³ The United Nations Vienna Convention (Preamble).

³⁴ Martos Nuñez, *Derecho penal económico* (Editorial Montecorvo, Madrid 1987) 271.

³⁵ Carlos Aranguéz Sánchez (2000) 84.

Cualquiera de los términos enunciados será útil para definir el duro golpe a la competencia leal producido por agentes económicos que cuentan con una fuente de capital criminal, a un costo económico muy inferior al del capital legalmente originado. De este modo las ventajas que obtienen determinados agentes de la actividad económica que cuenten con activos provenientes de un ilícito, con respecto a otras que se manejan con dinero “limpio”, son notables.³⁶

Otro aspecto del orden socioeconómico que puede ser lesionado por el blanqueo es la credibilidad del sistema financiero. Queda claro que, bajo una perspectiva macroeconómica el blanqueo de capitales perjudica la estabilidad y solidez del sistema financiero, debido a que esta actividad ilícita, al ingresar al mercado legal -generalmente a través de instituciones financieras- puede generar que el público pierda la credibilidad respecto de la transparencia del sistema económico. Esta realidad puede producir que capitales financieros se asienten en economías con reglas de juego más claras y no donde predomine el blanqueo de divisas provenientes del crimen; produciéndose así la correspondiente lesión al interés económico general.³⁷

Sin embargo, hay quienes rechazan esta postura analizando la cuestión desde un punto de vista práctico. Sostienen, en síntesis, que tal afectación al sistema económico muy difícilmente pueda constatarse en un proceso penal. Según esta posición, para comprobarse este extremo será necesario que en los procesos donde se investigue este delito se solicite un dictamen de peritos en economía para que determinen en qué medida la conducta reprochada ha influido negativamente en el funcionamiento de la economía, la credibilidad del sistema financiero o bien a la libre y justa competencia. Esta postura concluye que, si se llegaran a requerir tales dictámenes técnicos, los procesos terminarán con una absolución; ya que resulta imposible contar con tal prueba

³⁶ J. A. Zaragoza Aguado, ‘El blanqueo de bienes de origen delictivo’ (CeCPLA, Montevideo 2003) 199-201.

³⁷ Ibid.

empírica.³⁸ Por tal motivo, concluyen rechazando por imposibilidades prácticas al sistema socio-económico como bien jurídico protegido.

De todos modos, nuestra posición es contraria a la expuesta en el párrafo anterior. No creemos que sea necesario requerir una pericia contable en un proceso criminal por lavado de activos, para entenderse lógicamente que este delito de características económicas afecta directamente al mercado de la libre competencia y a la transparencia de los mercados. Los efectos negativos sobre la sociedad y su economía es una consecuencia necesaria de la actividad de blanqueo; por lo que no resulta necesario un dictamen técnico para corroborar tal evidente realidad. No soy de los que cree que toda idea o razonamiento, sobre todo cuando aquel resulta evidente, deba ser sustentado con evidencias empíricas. De este modo, al probarse en un expediente que un criminal ha realizado operaciones de lavado de activos provenientes del crimen, entonces, quedará también probado que se ha visto afectado el sistema socio-económico. Ambas realidades son intrínsecas y al comprobarse una necesariamente ocurrirá la otra. Lo expuesto resulta más evidente si la operación de reciclado incluye activos provenientes de crímenes serios (penalizados, por ejemplo, con penas de prisión superiores a un mínimo de uno/tres años) o bien cuando los activos tengan un valor económico de carácter sustancioso o significativo.

3.d. Resguardo de la seguridad, soberanía y democracia de los Estados.

El argumento principal a favor de esta posición se inspira en que el proceso de lavado de activos provenientes del delito, en sí mismo, facilita a la consolidación económica de cualquier empresa del delito (ejemplo: crimen organizado o grupo terrorista); permitiéndoles la expansión de sus organizaciones con total impunidad. Esta es la

³⁸ Cfr. Ramón Ragues Valles, op. cit. Con argumentos muy parecidos ver: Peter Alldridge '*Money Laundering Law*' (Hart Publishing, Oxford 2003) 25.

opinión, por ejemplo, de Stephan Barton,³⁹ Kris Hinterseer⁴⁰ y de Zaragoza Aguado,⁴¹ quienes creen que uno de los objetivos principales de un criminal (incluido el crimen organizado o el terrorismo) puede ser el cometer delitos por los cuales puedan obtener un beneficio económico (*'acquisitive crimes'*) y, blanqueados esos activos, ponen peligro o dañan la seguridad, soberanía y democracia de las naciones.

El lavado de dinero se encuentra íntimamente ligado al fenómeno del crimen organizado y el terrorismo transnacional. Según el 'Informe Anual del GAFI' (Paris, 2010), gran parte de los activos que manejan estos grupos criminales fueron sometidos previamente a un proceso de blanqueo, a los efectos de ocultar la fuente criminal de aquellos. Según el destacado informe del GAFI, los activos que manejan estos grupos criminales provienen, principalmente del narcotráfico, seguido por los delitos de tráfico de personas, extorsión y secuestro.⁴²

Esta claro y nadie discute a esta altura, que el lavado de dinero, ejecutado por organizaciones delictivas de alcance global, de enorme poderío económico y técnico, generador de corrupción y destrucción de formas legítimas de convivencia, constituye una de las amenazas más graves a la paz mundial en el presente. Su poder económico, técnico y de *lobby* suele ser su garantía de impunidad. Tanto es así que muy rara vez se termina condenando al jefe máximo de la organización. Y, cuando eso ocurre, los líderes capturados pueden ser reemplazados por otros, más jóvenes, más poderosos y

³⁹ Stephan Barton, 'Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer de rim Katalog des art. 261, I No. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?', in *NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht)* 1993, p. 160.

⁴⁰ Kris Hinterseer, '*Criminal Finance: The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context*' (Kluwer Law International, Netherlands 2002) 23.

⁴¹ Javier Zaragoza Aguado, 'El blanqueo de bienes de origen criminal', en Eduardo Fabian Caparros, Isidoro Blanco Cordero and Javier Alberto Zaragoza Aguado (eds.), '*Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*', (CeCPLA, Montevideo 2003) 199-202.

⁴² A modo de referencia, cabe destacar que, según las últimas estadísticas de las Naciones Unidas, las ganancias anuales del narcotráfico superan los 340 billones de dólares anuales (UNODC, *Global Illicit Drug Trend*, Washington D.C. 2010).

mejor armados, quienes se ven motivados por las ganancias astronómicas que arroja la actividad criminal que desarrollan.

Siguiendo con este pensamiento, podemos decir que la penalización del lavado de dinero, debe ser percibida como una nueva herramienta legal, creada por la comunidad internacional a partir de la construcción de un ordenamiento transnacional dedicado a la materia y que tiene entre sus objetivos principales detener el avance incontrolable del crimen organizado y el terrorismo (que muchas veces se manifiestan en forma transnacional). En esta línea, Guy Stessens opina que los legisladores deben considerar a la penalización del blanqueo como un nuevo instrumento legal tendiente a prevenir y reprimir las vías de financiamiento de los grupos criminales organizados, más que a penalizar al criminal que forma parte o lidera la estructura criminal organizada.⁴³ De esto último se encarga el delito de asociación ilícita (para el *civil law*) o el de *conspiracy* (para el *common law*).

Debemos decir, sin embargo, que el argumento antes expuesto -por más atractivo y razonable que parezca- puede ser objetado del siguiente modo. Hay quienes puedan argumentar, con razón, que el proceso de lavado de dinero, puede ser cometido por un único criminal o bien por un grupo de dos o tres criminales que no entran en la categoría jurídica de 'asociación ilícita' o grupo 'terrorista'. Por lo tanto, siguiendo esta línea de pensamiento la penalización del lavado de dinero no podría encontrar fundamento en el planteo aquí desarrollado que, como hemos expuesto, se centraliza en la íntima interconexión entre el lavado del dinero y el crimen organizado o el terrorismo.

Sin embargo, luego de mucho analizar este última crítica, arribe a la siguiente conclusión. La idea central a tener en consideración para justificar la penalización del blanqueo en su afectación a la seguridad de las naciones, no es la calidad o cantidad de

⁴³ Guy Stessens, *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model* (Cambridge University Press, Cambridge, UK 2000) 9.

criminales que cometan el delito precedente (de donde se obtienen los activos criminales) o bien la calidad o cantidad de criminales que practiquen el subsiguiente proceso de lavado de dinero. Por el contrario, la idea principal debería ser el valor económico de los activos que se destinan al proceso de lavado de dinero. De este modo, resulta lógico afirmar que el lavado de dinero afecta la estabilidad y seguridad de las naciones, cuando un único criminal, un grupo de criminales, o bien una empresa del delito (en sus versiones, asociación ilícita o grupo terrorista) decide someter ‘sustanciosos’ o ‘significativos’ activos criminales a un proceso de reciclaje o blanqueo. No caben dudas que los activos procedentes del crimen, merecerán tal calificativo cuando su valor económico sea elevado.

Siguiendo con este razonamiento, sólo podrán ser penalizados los procesos de lavado de dinero que contengan activos criminales por valores económicos significativos. Entonces, siguiendo y respetando el principio de *ultima ratio* del derecho penal, las operaciones de lavado que el legislador considere que no tienen la entidad suficiente para dañar o poner en serio peligro a la seguridad de las naciones, deberá quedar sujeto al régimen preventivo/regulatorio ‘anti-lavado de dinero’, conformado por normas de carácter civil, comercial o administrativo.⁴⁴ Por lo expuesto, me inclino en favor de penalizar el proceso de lavado de dinero en el mundo, pero sólo cuando la definición del delito incluya un límite cuantitativo, que sirva como parámetro objetivo de criminalidad. El tipo penal de lavado de dinero adoptado por el artículo 278 (1) del Código Penal Argentina es un fiel reflejo de esta idea. El artículo señalado penaliza el lavado de dinero, pero sólo cuando los valores a reciclar tengan un valor económico superior a los AR\$ 50.000. Debe destacarse que el proyecto de ley que goza de media sanción de la Cámara de Diputados⁴⁵ eleva el monto objetivo de punibilidad a AR\$

⁴⁴ La ley 25.246 (2000) denomina al régimen preventivo/regulatorio anti-lavado, como sistema legal ‘penal-administrativo’.

⁴⁵ Cámara de Diputados – 40/11. Tema: Proyecto de Ley en Revisión Modificando el Código Penal respecto del delito de Lavado de Activos. Fecha de Ingreso a la Cámara de Senadores: 5 de Mayo de 2011. Proyecto tratado en la Comisión de Justicia del Senado Argentino con fecha 11 de Mayo de 2011.

300.000 pesos. Sin embargo, la crítica más importante que se le puede hacer a la técnica legislativa empleada por el legislador argentino es el de no haber incluido una cláusula de actualización que refleje los efectos de la inflación económica por sobre el valor consignado e inamovible que contiene la norma penal. Este mismo error, persiste en el proyecto de modificación que se transformará en ley en estos días.

4. El bien jurídico protegido en la legislación comparada.

A continuación expondremos aunque sea en forma sintética, la decisión adoptada por la legislación comparada, respecto de cual es el bien jurídico que debe proteger el delito de lavado de dinero.

Argentina: El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales, según la antigua estructura de la ley 23.737 se trataba, sin duda, de la salud pública.⁴⁶ Sin embargo, en la figura de blanqueo del artículo 278 del Código Penal, se presentan discusiones respecto de cual sería el bien jurídico que se protege. Mas allá de este discusión, la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el fallo *Geosur S.A.*, indicó que el interés protegido es la administración de justicia; ya que el tipo penal del lavado de dinero esta tipificado como un delito de encubrimiento agravado.⁴⁷ Cabe destacarse que el Congreso Argentino está próximo a dictar un nuevo delito de lavado de dinero que ubicará bajo el título de “Delitos contra el Orden Económico y Financiero” y dentro de un nuevo artículo del Código Penal, el artículo 303.

Alemania: La doctrina en este país no es pacífica al interpretar cual es el bien jurídico que protege el artículo 261 StGB del Código Penal Alemán.⁴⁸ Algunos autores

⁴⁶ Abel Cornejo, *Los delitos del tráfico de estupefacientes* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991) 17.

⁴⁷ *Geosur S.A. sobre competencia*, (4 de Noviembre del 2003), CSJN.

⁴⁸ El artículo 261 StGB, se introduce en el derecho Aleman a raíz de la Ley Nacional contra el Crimen Organizado titulada *‘Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität’* (OrgKG) (del día 15 de Julio de 1992 y que entró en vigencia el 22 de Septiembre de

consideran que el delito de blanqueo protege la seguridad interior de los Estados en general, no sólo del Estado Alemán; mientras que otros hablan de la administración de justicia como bien protegido.⁴⁹

Bélgica: En este país lo que se hizo fue sancionar como ley la Directiva del Consejo de Europa 91/308/CEE del 10 de Junio de 1991, referida a las medidas de prevención del lavado de dinero en el sistema financiero. El espíritu de esta norma, en consecuencia, parece no ser otro que proteger el sistema bursátil, por lo que queda descartada la administración de justicia como bien tutelado por la norma.⁵⁰

Colombia: La Ley Especial contra el Crimen Organizado No. 365 de 1997, Ley 333 de 1996, Ley 599 de 2000, y el artículo 323 del Código Penal de Colombia, son el marco normativo contra el crimen económico y organizado. Las citadas leyes diferencian el delito de lavado del de receptación o encubrimiento. En tal sentido, pareciera que en este país el blanqueo es considerado un delito independiente, por lo que puede concurrir con el delito originario o previo; es decir, una posible violación al principio de autoincriminación o del principio del *non bis in idem* es desechado, en principio, en estos casos. Estas cualidades nos dan la pauta de que la norma escrita en este país tiende a garantizar el orden social y económico por sobre otros principios. Además, el delito en cuestión se encuentra ubicado dentro del Libro II, Parte Especial, dentro de los delitos del Título X contra el orden económico social y dentro de un capítulo dedicado a los delitos de lavado de activos.⁵¹

1992) (*Verhandlungen des Deutschen Bundestagen, 12. Wahlperiode, Drucksachen, Band 431, No. 12/898, page 26 ss.*).

⁴⁹ Carlos Aranguéz Sánchez (2000) 82; Blanco Cordero (1997) 165; o bien, Harry Otto, '*Geldwäsche, 261 St GB*' (Juristische Ausbildung 1993) 331.

⁵⁰ Juana Del Carpio Delgada '*El delito de blanqueo de bienes en el Nuevo Código Penal*', (Tirant Monografías, Valencia, 1997) 53 y ss.

⁵¹ Cfr. Rafael Franzini Batlle, '*El delito de lavado de activos como delito autónomo*', (OEA, Washington D.C., 2001) 8.

España: El Código Penal español ubica el delito de blanqueo de activos entre sus artículos 301 y 304; que se encuentran bajo el Capítulo XIV, “De la receptación y otras conductas afines”, dentro del Título de los delitos contra el orden socio-económico. Para muchos autores españoles, uno de los bienes jurídicos afectados es, en consecuencia, el sistema socioeconómico, en conjunto con el de administración de justicia.⁵²

Estados Unidos: En este país, como en la mayoría de los países del *common law* (Reino Unido, Canadá y Australia), el blanqueo se concibe como un delito independiente o autónomo de cualquier otro crimen. De este modo, la *USA Patriot Act*, hasta ahora considerada como la más importante y actualizada disposición en materia de lavado de dinero en USA, tiene al bienestar socioeconómico y a la seguridad interior como bien supremo tutelado.⁵³

5. Conclusiones: hacia un delito de lavado de dinero pluriofensivo.

Tal como hemos podido observar, la discusión reinante en torno a definir el bien jurídico en el delito de blanqueo no es un problema exclusivo de nuestra doctrina, ya que un debate similar se ha abierto en los países antes citados. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo podemos inferir una conclusión común: todos los estados concluyen en la necesidad de incriminar el delito de blanqueo. Aquello se ve reflejado, por ejemplo, en que prácticamente todos los países del mundo han ratificado la Convención de Naciones Unidas de Viena (1988) que internacionaliza en su artículo 3, la definición del delito de lavado de dinero. Los términos de esta Convención son obligatorios para los países que las ratifiquen (*hard law instruments*).

⁵² Ejemplo, Aranguez Sanchez (2000) 95. En contra, Blanco Cordero (1997) 171, que dadas las conductas descritas en el tipo penal español, considera que primordialmente se quiere proteger a la administración de justicia y luego al sistema económico.

⁵³ Ver, por ejemplo, T. Millington and M. Sutherland Williams, *The Proceeds of Crime* (3rd ed., Oxford University Press, Oxford 2009) 528.

De todos modos, mientras algunos ordenamientos jurídicos consideran que la introducción del delito de blanqueo responde a la necesidad de proteger al sistema socioeconómico, otros niegan que exista tal necesidad; considerando que la acción que se quiere incriminar mantiene la lesión al bien jurídico del delito previo. A su vez, una tercera clasificación considera que el blanqueo viene a proteger a la administración de justicia, al igual que lo hace el delito de encubrimiento. Otros finalmente, sostienen que el valor jurídico a proteger resulta ser, fundamentalmente, la seguridad y estabilidad de los Estados, que se ven amenazados por el avance del crimen en general y del crimen organizado y el terrorismo en particular.

Nuestra opinión, como lo venimos adelantando, intenta ir un paso más allá. Nos inclinamos por señalar que el delito de lavado de dinero se trata de un crimen independiente a cualquier otro, y que debe proteger, simultáneamente, cuatro valores jurídicos primordiales para el individuo y la vida en sociedad. Aquellos son: primero, el bien jurídico protegido por el delito previo; segundo, la administración de justicia, tercero, el sistema socio-económico y financiero y, finalmente, el sistema democrático de las naciones.

A diferencia de lo que opinan otros autores, creemos que sería incorrecto asignarle al delito de lavado de dinero tan sólo uno o dos de los cuatro bienes jurídico aquí analizados. No encontramos argumentos de peso para dejar de lado a alguno de los valores jurídicos analizados. En consecuencia, para nosotros, son cuatro los valores jurídicos puestos en juego y que deben ser protegidos y puestos en consideración por el legislador al dictar esta norma penal.