

DERECHO PENAL

I, II y III Encuentro
2011-2012

Intercátedras

NÚMERO I - AÑO 2013

Directores: Javier A. De Luca - Daniel A. Erbetta



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

Índice General

I Encuentro Intercátedras p. I

Crónica de una muerte anunciada.

Análisis del fallecimiento de María Cristina Lennie en el contexto de la causa “ESMA”

por PABLO G. LAUFER p. 3

¿Qué delito es?

por VALERIA A. LANCMAN p. 23

II Encuentro Intercátedras p. 4I

Reseña p. 43

Reflexiones político-criminales en torno a la ley
que pune el Terrorismo y la Financiación del Terrorismo

por GUSTAVO FRANCESCHETTI p. 45

Análisis de la agravante del art. 41 *quinquies* incorporado por l a ley 26.734

por MARTÍN G. RICCARDI p. 6I

Transcripción de la exposición de Hernán López
en la Jornada Intercátedras, Rosario, 16/03/2012

por HERNÁN LÓPEZ p. 77

III Encuentro Intercátedras p. 91

Reseña p. 93

Reflexiones acerca de la regulación de la libertad condicional.

Su revocación: supuestos y efectos

por CECILIA SUPERTI p. 95

Bien jurídico, dominio del hecho y sus soluciones

por CAROLINA BRESSIA y MATÍAS EIDEM p. 147

Fuentes citadas p. 169

Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el Terrorismo y la Financiación del Terrorismo⁽¹⁾

por GUSTAVO FRANCESCETTI⁽²⁾

I | Introducción

Me he propuesto reflexionar sobre la nueva legislación penal promovida para cumplir con exigencias internacionales en materia de regulación del terrorismo y financiamiento del mismo. Me refiero a la ley 26.734 (BO 27/12/2011) que, básicamente, derogó los arts. 213 *ter* y *quater* del Código Penal y, en su lugar, incorporó el art. 41 *quinqüies* (agravante genérica) y nuevos tipos penales (art. 306) al flamante Título XIII del Código Penal.

Propongo una contextualización de la reforma legislativa a partir de un *racconto* histórico, un abordaje político criminal y un análisis dogmático-constitucional, que desnudará un proceso de internacionalización del orden jurídico del Estado nacional que responde a los cánones de lo que se conoce como “Derecho Penal del Enemigo”.

.....
(1) Estudio realizado para ser presentado en el II Encuentro Intercátedras de Derecho Penal de la UBA (Javier De Luca) y UNR (Daniel Erbetta), 16 de marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UNR.

(2) Docente de Derecho Penal 1 y de la Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNR. Defensor Regional de Rosario del Servicio Público Provincial de Defensa Penal de Santa Fe.

2 | Proceso de internacionalización: narcotráfico, lavado de activos y terrorismo

Como se sabe, ciertos hechos y fenómenos se presentan como realidades complejas, dinámicas y transnacionales, circunstancia que ha sido base para el impulso de un proceso de coordinación de políticas y adopción de patrones globales y normas comunes a través de convenciones, organismos, recomendaciones y reglas impulsadas por los países centrales que dominan el escenario internacional.

Esa estandarización de intervenciones jurídicas incluye medidas administrativas, financieras y legales, entre las que está la que me interesa: la criminalización de determinadas conductas.

Sin lugar a dudas, el terrorismo es uno de esos fenómenos. Sin embargo, por compartir el origen, tener una íntima ligazón y ser acometidos con la misma lógica, voy a dar cuenta de otros dos fenómenos a los que el de terrorismo se encadena: el tráfico ilícito de estupefacientes y el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas (blanqueo de capitales).

En la década del '80, los países centrales se ocuparon de lograr, a nivel mundial, la criminalización más amplia posible del fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes y la República Argentina actuó en consecuencia: en 1989 sancionó la ley 23.737 que produjo un endurecimiento en el tratamiento penal de la cuestión.

Señalo algunos ítems que interesan a mi objetivo: a) la ley se dicta para cumplir con la obligación internacional asumida en tal sentido;⁽³⁾ b) invocando que el fenómeno del tráfico de estupefacientes es un flagelo⁽⁴⁾ que

(3) Nuestro país ha ratificado todas las convenciones internacionales en la materia. Ratificó mediante la ley 16.478, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; mediante la ley 21.704, la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y por ley 24.072, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena, 1988.

(4) Siempre me ha llamado la atención el uso del término "flagelo" para referirse a situaciones que se quieren desmesurar. Flagelo remite a calamidad, a azote de Dios; no es obra (ni

requiere de la adopción de medidas excepcionales, se adelanta la punición a actos preparatorios que son claramente ejercicio de libertades individuales⁽⁵⁾ y también se la lleva a momentos posteriores a su consumación, el lavado de dinero proveniente del narcotráfico, con criterios explícitos de extraterritorialidad en la aplicación de la ley penal y decomiso de los bienes así obtenidos.⁽⁶⁾

En la década del 90, ante la evidente ineficacia de la estrategia de criminalización del tráfico y consumo de estupefacientes, se comenzó a trabajar más intensamente sobre el producto del tráfico como ilícito abrevando en la excepcional situación de interferencia que tiene en las economías nacionales el blanqueo de capitales "malhabidos". Cito como hecho importante:

- a. La creación del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)⁽⁷⁾ en 1989, integrado por el G-7⁽⁸⁾ y con la adhesión de los dos organismos internacionales de crédito más importantes,⁽⁹⁾ que reúne expertos con el objetivo de promover medidas destinadas a combatir el lavado o blanqueo de capitales.

El Grupo emitió 40 Recomendaciones que son una batería de normas administrativas y penales a dictar por sus miembros, con cierto margen de

.....

responsabilidad) de los mortales, es una cuestión divina inmanejable que habilita todo tipo de excepciones.

(5) En el art. 14, segundo párrafo, se penaliza específicamente la tenencia de estupefacientes para consumo personal para dejar atrás la situación de despenalización de hecho que operaba por el fallo de la CSJN desde 1986.

(6) En el art. 25, se penaliza a quien, sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los delitos de la ley 23.737, conociendo o sospechando el origen ilícito de las ganancias, bienes o cosas, las guarda, oculta, compra, recepta o interviene de algún modo del beneficio económico. No importa que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero. El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley, con el objetivo final de su decomiso.

(7) Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). Cabe resaltar que no se trata, siquiera, de un Organismo Internacional a quien se puede asignar la calidad de sujeto de derecho internacional, ni de un organismo nacional, ni una organización civil con jurisdicción en algún país.

(8) Se trata de un auto-agrupamiento de siete países (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido) que opera desde 1973 para adoptar decisiones conjuntas y ejercer mayor poder en el escenario mundial.

(9) Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial.

flexibilidad en su materialización, cuyo eje central es la criminalización del lavado de activos de origen delictivo,⁽¹⁰⁾ la creación de Unidades de inteligencia a las que se les debe suministrar obligatoriamente información sobre operaciones financieras y congelar y decomisar los fondos.

No es ningún secreto que las Recomendaciones originales del GAFI fueron diseñadas en 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero por los lavadores del dinero de la droga y, en 1996, fueron revisadas para reflejar la evolución de las tipologías del lavado, generando las Recomendaciones finales que todos hoy conocemos.⁽¹¹⁾

La membresía del GAFI implica el compromiso de cumplir con las recomendaciones, presentar autoevaluaciones y aceptar la vigilancia multilateral (visita de una misión especializada de otros miembros que verifican en el terreno el cumplimiento de las Recomendaciones conforme a 120 criterios preestablecidos).

A nivel regional, también hubo movimiento en el panorama internacional enderezado a implantar normas de actuación común útiles para impedir el lavado de activos de origen delictivo:

- b. La Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD), nacida en el seno de la OEA, formó en 1999 la Unidad contra el Lavado de Activos, cuya misión fue apoyar a los Estados en la lucha contra el blanqueo de capitales y emitió el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves.
- c. En 1999, se creó el Grupo de Fuerza de Tareas entre Bancos Centrales de miembros del MERCOSUR, que emitió en el año 2000 las Pautas de Regulación Mínimas para que las adopten esos Bancos en la prevención y represión del lavado de dinero.
- d. A fines del año 2000, se crea el GAFISUD en Cartagena de Indias, para agrupar países latinoamericanos con el mismo objetivo que el GAFI.

.....

(10) Tomando como base la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 de Naciones Unidas (Convención de Palermo).

(11) Hay un reconocimiento explícito en la Introducción a las 40 Recomendaciones en español de la página oficial del GAFISUD: www.gafisud.org

A mediados de junio del año 2000, el G-7 intensificó la presión. Los Ministros de Economía de los miembros de ese grupo fijaron un plan para persuadir a una lista de 15 países “no cooperantes” que se hizo pública, amenazándolos de impedirles el acceso al sistema bancario internacional y advirtieron a los bancos privados que las transacciones con esos países serían intensamente escrutadas. Es decir, las Recomendaciones del Grupo trocaban en condicionantes de una ayuda financiera internacional, a tal punto que la totalidad de esos países se alineó rápidamente y hoy el GAFI tiene 31 países como miembros plenos.⁽¹²⁾

La República Argentina estaba en esta lista gris y, teniendo en cuenta que para la política económica de aquel momento el acceso a créditos internacionales era vital, actuó en consecuencia: dictó la ley 25.246, integró el grupo que originó el GAFISUD⁽¹³⁾ y pidió la primera evaluación del GAFI para ingresar como miembro pleno.

La citada ley tuvo la finalidad de cumplimentar las 40 Recomendaciones del GAFI, de allí que:

- Tipificó como delito de encubrimiento el lavado de dinero de origen delictivo, para lo cual modificó los arts. 277, 278 y 279 del CP y derogó el art. 25 de la ley 23.737. Es decir, ahora el blanqueo de capitales no sólo se pune cuando proviene del narcotráfico, sino también de cualquier otro delito.
- Creó la Unidad de Información Financiera (UIF)⁽¹⁴⁾ con autarquía funcional en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuya función primordial es prevenir y combatir lavado de dinero de graves delitos. Se obliga legalmente a determinados sujetos a suministrar información sobre operaciones sospechosas para su análisis y posterior denuncia y/o constitución en querellante (en 2003, la República Argentina se suma al Grupo Egmont).⁽¹⁵⁾

(12) PEROTTI, JAVIER, “La problemática del lavado de activos y sus efectos globales. Las iniciativas y experiencias internacionales y argentinas en la materia”. Trabajo presentado a la Conferencia Subregional del Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa en Perú, julio de 2007.

(13) El GAFISUD tiene personalidad jurídica y estatus diplomático en Argentina, donde además se encuentra su sede y secretaría.

(14) A poco de aparecer, en 2001, durante el Gobierno de De la Rúa redujo el Directorio de 11 a 5 miembros por ley 25.414 y, durante el Gobierno de Néstor Kirchner, en julio de 2006, volvió a reducir a unipersonal y consejo asesor por ley 26.119.

(15) Se trata de un organismo internacional no formal, nacido en Brusela en 1995, que agrupa a más de 100 Unidades de Información Financiera en todo el mundo, dedicada a fomentar la instauración de las mismas. Se trata de organismos estatales, con cierta autarquía, dedicados

- Impuso un régimen penal administrativo para las personas jurídicas y físicas con acentuado uso de criterios de responsabilidad objetiva.
- Aclaró que los fondos, bienes y cosas de origen ilícito son objeto de decomiso.

Paralelamente, en esa misma década comienza a gestarse también el proceso de internacionalización del fenómeno terrorismo, que quedará atado al de blanqueo de capitales, como se verá.

Tras la generación de numerosos Convenios de Naciones Unidas referidos a ataques terroristas puntuales (ataques a la aviación civil, comunicaciones marítimas, manipulación de material nuclear, ataques con bombas, etc.) en las décadas de los años 70 y 80, dicho organismo multilateral avanzó decididamente entre 1994 y 1999 en la concreción de un Convenio Genérico para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

En marzo del año 2000, la República Argentina dictó la ley 25.241 en la que se animó a una primera definición de los hechos de terrorismo, los que se identifican como acciones de miembros de una organización, cuyo objetivo fuere causar alarma o temor y que utilizare medios comisivos de gran poder ofensivo para alcanzar a un número indeterminado de personas. Esta definición, si bien es la que coincide con el imaginario social del terrorismo, es vaga e imprecisa, pues no termina por describir cuál o cuáles son las acciones que debe cometer dicha organización con esos medios comisivos y alcance.

También, se prevé la figura del colaborador o arrepentido para quien se reduce la pena si aporta durante la investigación datos útiles al descubrimiento de un hecho que está por perpetrarse o la continuidad de otro que ya tuvo comienzo.

Tras los ataques a las Torres Gemelas el 11 de setiembre de 2001, en el mes de octubre se amplió el mandato del GAFI para abordar el tema de financiamiento del terrorismo. Se emitieron ocho recomendaciones especiales sobre este punto específico en el entendimiento que el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo están íntimamente vinculados.

.....

exclusivamente a recibir información de sujetos legalmente obligados a entregarla, detectar operaciones sospechosas y convertirse en la columna vertebral de la prevención del lavado de activos.

En lo sustancial, se recomendó ratificar o hacer ley el Convenio de Naciones Unidas para Represión del Financiamiento del Terrorismo; tipificar el delito de financiamiento de terrorismo relacionado con actos y organizaciones terroristas de modo similar al de lavado de activos; congelar y confiscar bienes de terroristas, informar operaciones sospechosas, colaborar a nivel internacional y controlar más de cerca las organizaciones con fines no lucrativos.

En octubre de 2004, luego del atentado terrorista en la estación de trenes Atocha en Madrid (11M), se emitió una novena recomendación que obliga a controlar y restringir el transporte de dinero en efectivo a través de las fronteras.

A consecuencia de ello, dado que la República Argentina forma parte del GAFI desde fines del año 2000, con el objetivo de dar cumplimiento a la primera de estas ocho Recomendaciones, dictó las leyes 26.023 (adoptó el texto de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, firmada en Barbados en el año 2002)⁽¹⁶⁾ y 26.024 (adoptó el texto del Convenio para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1999).

Por esta vía, se tuvo una mayor aproximación a lo que debía considerarse "hechos de terrorismo" y "financiamiento del terrorismo". La primera de las leyes entiende como delitos de terrorismo aquellos descritos en determinados convenios específicos.⁽¹⁷⁾

(16) Esta Convención establece que los Estados Parte utilizarán las recomendaciones del GAFI, GAFISUD, GAFIC y CICAD.

(17) a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; d) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; e) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; g) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; i) Convenio Internacional para la represión de los

Por su parte, la ley 26.024 entiende como “delito de financiación del terrorismo” el acto de proveer o recolectar fondos, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, para utilizarlos, o a sabiendas que se usarán, en todo o en parte para cometer algunos de los delitos comprendidos en los tratados del anexo (son los mismos que enumera la Convención Interamericana adoptada por ley 26.023) o cualquier otro acto destinado a matar o lesionar a civiles o a quienes no participen en una situación de conflicto armado, con el objetivo de intimidar a esa población u obligar a un gobierno a hacer o dejar de hacer algo.

En el año 2004, tras la segunda evaluación del GAFI y primera del GAFISUD a la República Argentina, surgieron algunas recomendaciones explícitas, tanto en materia de lavado de activos de origen ilícito como en financiación del terrorismo.

De allí que, en marzo de 2006 se dicta la ley 26.087 (modificatoria de la ley 25.246) por la que se reduce el ámbito de las excusas absolutorias del art. 279 CP (es decir, amplía el campo de punición) y se revoca la necesidad de consentimiento judicial para levantar el secreto bancario, bursátil o profesional (esto es, la UIF ya no necesita acudir a un Juez para lograr que le sea remitida información protegida bajo secreto, salvo cuando se trate de secreto fiscal).

Al año siguiente, en julio de 2007, se dicta la ley 26.268 por medio de la cual la República Argentina busca dar satisfacción a la segunda de las Recomendaciones de las ocho dictadas por el GAFI tras el atentado 11S. Sustituye el art. 1 de ley 25.241 (ahora son “hechos de terrorismo” los previstos en el art. 213 *ter* CP) y agrega al Capítulo “Delitos contra el Orden Público” del Código Penal, un título sobre “Asociaciones ilícitas terroristas y financiamiento del terrorismo”.

Tipifica en el art. 213 *ter* la asociación ilícita terrorista por la que se reprime el “tomar parte” de una asociación cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo,

.....
atentados terroristas cometidos con bombas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; j) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

siempre que se reúnan las siguientes características: tener plan de acción destinado a propagar odio étnico, religioso o político; estar organizada en redes operativas internacionales; disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas. Esta definición está en línea con la proporcionada por la derogada ley 25.241 y es ampliatoria de la brindada por la ley 26.023 (Convención Interamericana contra el Terrorismo) que la circunscribía a los delitos descriptos en determinadas convenciones, es decir, hay una ampliación del campo de punición.

También prevé en el art. 213 *quater* la financiación del terrorismo como la recolección o provisión de bienes o dinero, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar a una asociación ilícita terrorista de las descriptas en el artículo 213 *ter*, o a un miembro de éstas para la comisión de cualquiera de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento. Esta regulación también entraña una mayor criminalización de conductas, pues va más allá de las exigencias de la ley 26.024 (Convenio de UN contra la Financiación del Terrorismo).

Con ambas tipificaciones se buscó separar convenientemente la punición de la pertenencia a una asociación o su financiamiento, del acaecimiento o declaración de responsabilidad sobre el hecho terrorista que aquella asociación hubo impulsado o financiado. Se trata de un adelantamiento de la zona de punición a actos preparatorios, de la misma factura y con similares excusas a las brindadas en el caso del tráfico ilícito de estupefacientes.

Por medio de esta ley, además, se faculta a la UIF a intervenir en materia de financiación del terrorismo y varios tipos más de acciones relacionadas (fraudes a la administración pública, otras asociaciones ilícitas, contrabando de armas, prostitución y pornografía infantil, etc.). Se nota aquí un claro avance del proceso de internacionalización por el que se añaden paulatinamente más cantidad de delitos a la competencia de un organismo que, en principio, había sido creado exclusivamente para el lavado de activos.

También, se prevé la facultad del Juez de la investigación penal de congelar los fondos o bienes relacionados con hechos de terrorismo o su financiación, con destino a su decomiso.

En el año 2010, llega la tercera evaluación del GAFI y segunda del GAFISUD a la República argentina. En su informe sostuvo que no hay una decisión política seria de perseguir (no hay ninguna condena, la información de la Unidad de Información Financiera es deficiente, etc.) y que el marco regulatorio no es óptimo, lo que fue calificado por algunos analistas como “tarjeta amarilla”⁽¹⁸⁾ en términos futbolísticos y el país quedó al borde de la expulsión de la membresía si no efectuaba cambios que se reclamaban desde 2004.

En materia de lavado de activos de origen delictivo, se apuntó que no está regulado como figura autónoma sino como encubrimiento, mientras que no es pacífica la doctrina y la jurisprudencia nacional respecto de si es o no necesario que haya condena sobre el delito precedente;⁽¹⁹⁾ que, al tratarse de un encubrimiento, no se pena el auto-lavado (el auto-encubrimiento es impune);⁽²⁰⁾ no es clara la responsabilidad penal a personas jurídicas y se debe incluir la mera tenencia de activos delictivos para uno u otro fin (blanqueo o cesión a organización terrorista).

En materia de financiación del terrorismo, exigió adecuar la tipología del delito de financiamiento del terrorismo a la Recomendación Especial II (delito específico y autónomo) e implementar procedimientos adecuados para congelar fondos relacionados con el financiamiento del terrorismo sin autorización judicial (Recomendación Especial III).

Consecuentemente, Argentina preparó su informe de Autoevaluación en febrero de 2011, pero a medida que se acercaba la fecha de emisión del Informe del Pleno del GAFI previsto para fines del mes de junio, se supo que no era convincente la política de adecuación a las Recomendaciones y existían altas posibilidades de que fuera reprobado. Para evitar sanciones (entre las cuales a floraba como posible la expulsión de la membresía), en junio de ese año se dictó la ley 26.683 (dos días antes de la emisión del Informe del Pleno del GAFI) por la que se modificó por tercera vez la

.....

(18) BULIT GOÑI, ROBERTO, “Tercera evaluación del GAFI. Tarjeta amarilla”, en www.fapla.org.ar

(19) A este argumento se le respondía que está ínsita en la figura del lavado de activo de origen delictivo que haya un delito precedente.

(20) A este argumento se responde que se trata de un acto co-penado; la intención de la figura penal no es agregar más penurias al propio delincuente, sino perseguir a quienes lo ayudan a ocultar el fruto de su delito.

regulación penal del lavado de activos de origen delictivo incorporando las sugerencias.

Por medio de esta ley, para despejar toda duda sobre la independencia y autonomía del delito de lavado de activos de origen delictivo, se vuelve atrás en la regulación legal del delito de encubrimiento (se deroga el art. 278 y se reforma el art. 279 CP), se incorpora un nuevo Título al Código Penal, el XIII, denominado "Delitos contra el orden económico y financiero" a la par que se vuelve a ampliar el ámbito de competencias de la Unidad de Información Financiera.

En este título se tipifica, en el art. 303, el delito antes mencionado como el acto de poner en circulación (o recibir) fondos provenientes de un delito con la posibilidad de que ellos sean blanqueados (aparecieren como lícitos). Hay agravantes por habitualidad e intervención de funcionario público y explicitación de aplicación extraterritorial de la ley penal. Ahora no quedan dudas que, haya condena o no en hecho subyacente (del cual provendrían los fondos ilícitos) y sin que importe quién ha sido el autor de ese hecho (puede o no ser el mismo sujeto que pone en circulación los fondos), el delito queda de todos modos cometido.

En el art. 304, se prevé la aplicación de multas y sanciones que van de la suspensión hasta la cancelación de la personería jurídica cuando intervienen personas jurídicas.

En el art. 305, que se complementa con una nueva modificación al art. 23 CP, se prevé la posibilidad de congelar fondos o bienes delictivos y su decomiso con la comprobación del origen ilícito aunque no medie condena penal.

Esta ley generó la aprobación del GAFISUD, pero el rechazo del GAFI. Este Grupo no tomó en consideración la nueva ley pues el Informe se produjo a base de hechos ocurridos hasta una fecha anterior a la misma y, además, faltaba cumplir con las sugerencias en financiamiento del terrorismo. Consecuentemente, este Informe colocó a la República Argentina en la lista de "países grises" a un paso de la expulsión. Aquí es donde viene, entonces, la ley 26.734 en diciembre de 2011 sobre financiación del terrorismo, que complementa la ley 26.683, para evitar la "tarjeta roja".

Por medio de esta ley, se derogó la anterior 26.268 sancionada en 2007 por la que se habían incorporado los arts. 213 *ter* y *quater* al Código Penal y se hizo una nueva regulación legal mediante la incorporación de una agravante genérica en el art. 41 *quinquies* (a los efectos del delito de terrorismo que, al sustituir el art. 213 *ter* CP, integra el art. 1 de la ley 25.241) y nuevos tipos penales al reciente Título XIII del Código Penal (a los fines del delito de financiación del terrorismo).

Ahora, “delito de terrorismo” puede ser cualquier delito de la parte especial del Código Penal cometido con la finalidad descrita en la agravante genérica que se incorporó mediante el art. 41 *quinquies*. Se toma en consideración la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, aclarando que no se aplicará cuando los hechos a juzgar tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional. Esto es, no es necesario que exista una organización poderosamente armada con redes operativas internacionales, sino que puede cometer delito de terrorismo un individuo en solitario; no es requisito utilizar medios comisivos especialmente ofensivos, basta cualquier delito de la parte especial; no es menester causar alarma o temor con un plan de propagación del odio racial, étnico o religioso, sino que es suficiente con pretender aterrorizar a la población u obligar a un gobierno a hacer o dejar de hacer algo.

Según el art. 306, financiamiento del terrorismo es recolectar o proveer bienes o dinero, directa o indirectamente, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar la comisión de un delito o una persona u organización que intente cometer delitos con la finalidad establecida en el art. 41 *quinquies*. Nuevamente, al preverlo como delito independiente y autónomo, el ámbito de punibilidad ha crecido hacia actos claramente preparatorios. No se requiere siquiera que el hecho delictivo terrorista se intente o que el dinero copiado se use.

A juzgar por la ley 26.024, esta ley excede los requerimientos del Convenio de Naciones Unidas para la Financiación del Terrorismo (que limita la financiación a los delitos enumerados en los tratados del anexo u homicidios o lesiones de personas ajenas a un conflicto armado con la finalidad

de aterrorizarlas u obligar a un gobierno a hacer o no hacer algo) y sólo obedece a las presiones del GAFI.

Los hechos terroristas son declarados de competencia federal y la ley penal se aplica si en la República Argentina tiene lugar el financiamiento aunque la persona u organización a financiar se encuentre fuera de su territorio o el hecho se pretendiere cometer en otro país.

Con las reformas legislativas bajo el brazo, el Ministro de Justicia y el titular de la Unidad de Información Financiera defendieron exitosamente la posición Argentina en una misión ante el GAFI durante el primer trimestre del año 2012.

3 | Reflexiones a nivel político criminal

a. A juzgar por los hechos expuestos, se pueden hacer varias afirmaciones:

- Que la criminalización de estas conductas no obedece a necesidades de la sociedad argentina, sino a exigencias de los países centrales que dominan el escenario internacional.
- Que todas las administraciones nacionales (desde De la Rúa, pasando por Duhalde, Kirchner hasta Fernández) han juzgado preferible cumplir con las Recomendaciones del GAFI aún cuando significase pérdida de soberanía en la definición de su política criminal y legislación penal.
- Que las administraciones mencionadas han tratado de cumplir las 40+9 Recomendaciones cautelosamente, sin provocar groseras afectaciones a garantías constitucionales básicas en materia penal y procesal penal, pero la presión para que las mismas se adopten de un modo específico (en desmedro de supuesta flexibilidad concedida a los Estados miembros) ha sido constante y profunda, al punto de vencer toda resistencia. De allí que las razones de la sanción de la ley 26.734 hayan sido atribuidas a "... una extorsión que nos hace el organismo GAFI, de segunda categoría, que se atribuye más derechos que las Naciones Unidas ...", en declaraciones públicas⁽²¹⁾ del Juez de la CSJN, Eugenio R. Zaffaroni.

b. Las razones que se aducen para justificar la criminalización del lavado de activos y financiación del terrorismo, aunque se trate de actos preparatorios, son enmarcadas en la prevención general negativa, esto es, se pena para disuadir. Sin embargo, se puede avizorar claramente una razón de prevención general

.....

(21) Declaraciones publicadas en www.ambito.com.ar, el 23/12/2011.

positiva, la criminalización cumple la funcionalidad de legitimar y profundizar un modelo económico y político determinado. No debe perderse de vista que estos mismos intereses son los que interceden para paralizar la Ley Antimonopolios, vaciar de contenido la Ley de Abastecimiento y derogar la Ley de Subversión Económica⁽²²⁾ o no son igualmente implacables con los paraísos fiscales⁽²³⁾ en que sus nacionales manejan fondos de modo claro.

Una prueba de lo afirmado está dada por el nacimiento de un nuevo bien jurídico. El lavado de activos de origen ilícito y la financiación del terrorismo comenzaron por ser extensiones punitivas para mejorar la *performance* de persecución de otros delitos (tráfico de estupefacientes, terrorismo, etc.) y acabaron por convertirse en el bien jurídico "Orden económico y financiero" incorporado como Título XIII al Código Penal.

- c. En términos generales, no existía en el país un vacío normativo porque la legislación penal ya tenía penalizadas las conductas que se quieren englobar bajo la denominación "terrorismo" (homicidios, lesiones, secuestros, asociación ilícita, etc.) o "financiación del terrorismo" (si se hace un adecuado uso de las reglas de la participación criminal).

Legislar nuevamente o endurecer las penas como método para enfrentar un fenómeno tan complejo es un error de diagnóstico y una ingenuidad que coloca al derecho penal en una función meramente simbólica. Un yerro de diagnóstico, pues el terrorismo no ha proliferado por falta de límites normativos, sino por fanatismo religioso, odio racial y profundas diferencias políticas. Una ingenuidad, pues si el sistema penal no pudo con la delincuencia común, mucho menos podrá con sujetos altamente motivados (religión, odio, dinero, etc.). Para quienes no trepidan en dar su vida por la causa, cual kamikazes, las normas penales no son obstáculo.

- d. Las reformas impulsadas pueden incluirse en los cánones de lo que se conoce como Derecho Penal del Enemigo. En efecto, se utiliza una sistemática penal

(22) CRUZ, CARLOS, "El Gafi y el eterno retorno de la represión", en el semanario digital www.losocial.com.ar, 17/12/2011.

(23) Territorios con régimen tributario flexible para ciudadanos no residentes, que no intercambian información financiera con otros Estados, mantienen estricto secreto bancario y en los que falta transparencia respecto del origen y destino de los fondos, campo propicio para los Bancos off shore y Sociedades IBC (Internacional Business Company) utilizados para el manejo de dinero del narcotráfico y financiamiento del terrorismo. Puede verse una lista de los mismos en la página oficial del OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos): www.oecd.org

que ha ido relajando progresivamente todas las garantías constitucionales en materia penal y procesal penal, justificadas en su necesidad para con determinados sujetos que se colocan como enemigos del Derecho y que, por tanto, deben ser tratados de ese modo.

Para ellos, se puede apelar a tipos penales abiertos o semiabiertos (descripciones vagas, difusas, carentes de referencias materiales concretas),⁽²⁴⁾ criminalización de peligros abstractos (alejados de la afectación concreta al bien jurídico), bienes jurídicos eminentemente públicos (orden económico y financiero), anticipaciones punitivas a actos preparatorios (que siempre se utilizan como prueba presunta de lesión al bien jurídico), erigir una mera participación en tipo penal independiente (para abrir la puerta a penar la tentativa de participar), imponer penas elevadas en relación a afectaciones de otros bienes jurídicos más importantes, etc.

El Derecho Penal del Enemigo no sólo se limita a cuestiones de fondo, sino que se complementa, a nivel procesal penal, con el uso de instrumentos premodernos propios de la Inquisición.⁽²⁵⁾ Primero, se premia la delación en detrimento de la eticidad del Estado (sigue vigente la regulación del arrepentido en materia de terrorismo, art. 2 y siguientes de la ley 25.241); después, se le quitan garantías procesales básicas (conocer la imputación y las pruebas, contar con la asistencia de abogado defensor, etc.) colocando al acusado en un limbo jurídico por un tiempo (varía la cantidad de días según la legislación europea de que se trate) o *sine die* como en Guantánamo; luego la justificación de la tortura,⁽²⁶⁾ después la ejecución directa y sin juicio previo.⁽²⁷⁾

.....

(24) Por ejemplo, las Convenciones Internacionales no son específicas a la hora de definir "hechos de terrorismo" y acaban por definirlo a partir de la toma de participación en una asociación con fines determinados. La Convención de Roma, por esta razón, rehuyó a incluir el terrorismo en su competencia.

(25) ERBETTA, DANIEL, "Algunas reflexiones sobre la tipificación de los delitos de asociación ilícita terrorista y su financiación", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Rosario, NovaTesis, n° 1.

(26) Tanto el FBI como la CIA han reconocido que en Guantánamo se aplica tortura a los detenidos y se la ha justificado en nombre de la seguridad del país y, por ejemplo, por el hecho concreto de haber logrado el paradero de Osama Bin Laden.

(27) En mayo de 2011, el Presidente Barack Obama, Premio Nobel de la Paz, ordenó la ejecución de Osama Bin Laden en territorio afgano y, en setiembre, la del ciudadano

- e. Permitir una legislación que responda a los cánones del Derecho Penal del Enemigo implica un debilitamiento institucional progresivo que resulta preocupante en tanto constituye la puerta de entrada a un lugar de plena expansión de este tipo de fenómenos internacionales y excepcionales.

Extensión a una creciente lista de hechos que ameritan un tratamiento especial, como la prostitución y la pornografía infantil, el contrabando de armas, ciertas asociaciones ilícitas y/o determinados fraudes a la administración pública (delitos ya incluidos entre las competencias de la Unidad de Información Financiera por ley 26.268, si bien el organismo fue creado pura y exclusivamente para el lavado de activos de origen delictivo) y otros que puedan surgir (trata de blancas, etc.).

Se corre el riesgo de un lento traspaso de hechos de delincuencia común a hechos excepcionales justificados al calor de la ineficiencia del sistema penal tradicional y la internacionalización del fenómeno, y, por esta vía, el sistema de garantías quede reservado a un número reducido de hechos. Como ha sostenido el Dr. Daniel Erbetta,⁽²⁸⁾ se abre un pequeño camino sólo de ida que luego se transforma en una ancha avenida.

.....
estadounidense Anwar Bin Nasser Bin Abdullah al-Aulaqi (fuera de Afganistán), justificada jurídicamente por la Oficina de Consejo Legal del Departamento de Justicia en el hecho de que EE.UU. está en guerra y la misma no se circunscribe a Afganistán. Ver en www.lacapital.com.ar, 16/03/2012.

(28) Clase sobre "El sistema penal ante las exigencias del presente" dictada en la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNR (CONEAU 589/09, Cat. B), abril de 2010.