

LA EVASIÓN TRIBUTARIA Y PREVISIONAL COMO DELITO PRECEDENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS

Dra. Silvia Guadalupe Catinot ⁽¹⁾

Este trabajo tiene por objeto analizar la idoneidad de la evasión tributaria y previsional para constituirse en delito precedente del delito de lavado de activos (en adelante “LA”), así como también el rol de la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante “AFIP”) frente al delitos de LA y los delitos previstos en el Título IX de la ley N° 27.430.

I.- LAVADO DE ACTIVOS

Se entiende por LA a toda operación comercial o financiera tendiente a legalizar los recursos, bienes y servicios provenientes de actividades ilícitas. Se trata de operaciones realizadas para ocultar o encubrir la naturaleza o el origen de fondos provenientes de actividades ilegales. En efecto, el LA es un proceso por el cual se procura justificar legalmente e incorporar al circuito económico capitales de origen ilegal, creando una simulación transaccional que permita ver lo ilegal como legal. Se trata de una actividad planificada, organizada y dirigida a un objetivo concreto: legalizar dinero ilícito producto de delitos precedentes.

En tal sentido, Borinsky define el LA como *“un conjunto de operaciones de distinta naturaleza tendiente a legalizar recursos y bienes provenientes de actividades ilícitas, y transformarlos, dándoles apariencia de tener un origen lícito”*, por lo cual, podemos decir que *“se trata de una actividad delictiva que tiene por finalidad procurar que quienes hayan obtenido una ganancia ilícita a través de la comisión de cualquier otro delito (narcotráfico, trata de personas, contrabando, corrupción, fraude fiscal, etc.) puedan utilizar dicha renta sin correr el riesgo de auto incriminarse. Mediante el lavado de activos se busca, por un*

¹ Contadora Pública Nacional (UNL), Abogada (UBA) y Tasadora, Martillera Pública, Tasadora (UNMORON). Especialización en Tributación (UNER) y en Derecho Tributario Internacional (Univ. de Barcelona). Especialización en Magistratura (UNLAM). Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados - (PROFAMAG). Especialización en Docencia Universitaria para Ciencias Económicas (UBA). Formación Pedagógica de Carrera Docente (UBA). Doctoranda en el área “Derecho Fiscal” (UBA). Admitida en el *International Tax Program (ITP), Harvard Law School, Harvard University* (2002 y 2003). Docente de grado y posgrado. Autora de libros y artículos sobre la especialidad tributaria. Disertante en diversos congresos, seminarios y jornadas sobre la especialidad. Silvia Catinot & Asociados.

*lado, eliminar el rastro que une a los fondos con el delito que los originó y, por el otro, asignarles un (falso) origen lícito, que aviente cualquier sospecha”.*²

El proceso de LA procura justificar legalmente e incorporar al flujo económico capitales de origen ilegal, creando una simulación transaccional-operativa que permita ver lo ilegal como legal. Este proceso se integra con actos que le dan forma, contenido y seguridad, relacionando transacciones económicas-financieras y vínculos legales e ilegales, a fin de mezclar y encubrir las acciones de las etapas del proceso destinadas a dar forma legal a los activos. Estos “componentes de integración” del LA son: (i) Introducción o colocación; (ii) Transformación o estratificación, e (iii) Integración.

Introducción o Colocación. Consiste en deshacerse materialmente de importantes sumas de dinero en efectivo, introduciéndolas en el sistema financiero o en sectores de la economía formal. A estos efectos, se suelen utilizar varios sujetos, incluso aquellos que se encuentran fuera del sistema financiero tradicional.

Transformación o Estratificación. Se trata de la separación del producido de la actividad delictiva de su fuente, a través de complejas operaciones financieras. A estos efectos, se suelen ejecutar varias operaciones para disfrazar o disimular el origen de los fondos, con el objeto de eliminar rastros y evidencias y obtener el anonimato.

La simulación está presente en todo el proceso de LA a partir de la incorporación del dinero ilegítimo a los distintos sistemas de la economía regular (vgr. depósitos, inversiones financieras, inmobiliarias, comerciales, donaciones, liberalidades, etc.). El tránsito de los flujos ilegales recorre una variedad de actividades económicas, que combinan lo comercial con lo financiero, y en la que intervienen, por lo general, sujetos localizados en distintos ámbitos geográficos lo que consolida el proceso de LA.

La detección de las operaciones tendientes a legitimar activos de origen ilícito tiene probabilidad de éxito en las etapas de colocación y transformación.

Integración. Se trata de la introducción de los bienes procedentes de actividades ilegales, otorgándoles apariencia de legalidad y que da fin al proceso de LA. A tales efectos, se emplean métodos como la realización de transacciones inmobiliarias, la constitución de empresas pantallas en paraísos fiscales, el otorgamiento de créditos simulados, entre otros.

² Borinsky, Mariano H. y Pascual, Juan I., “El delito de lavado de activos”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores online.

II.- EVASIÓN TRIBUTARIA Y PREVISIONAL

A diferencia de la elusión tributaria³, la evasión fiscal se produce en aquellos casos en los que el contribuyente evita el pago del impuesto mediante la violación directa de la norma que dispone su obligatoriedad.

Rosembuj⁴ señala que se trata de un “comportamiento ilícito del particular” que incumple la obligación de ingreso pecuniario que deriva de la concreción del hecho imponible.

Entre las principales causas de la evasión tributaria y previsional, pueden mencionarse las económicas (vgr. crisis y recesión económica, carga tributaria excesiva), psicosociales (vgr. cultura de la corrupción, impunidad, desinterés por el conocimiento de las obligaciones tributarias), políticas (vgr. errónea distribución de la carga impositiva, carencia de estímulos que alienten el cumplimiento tributario), técnicas (vgr. existencia de un sistema tributario técnicamente incoherente y lleno de contradicción, desinformación tributaria), jurídicas (vgr. imprecisiones de técnica legislativa en normas tributarias, administración tributaria con estructura organizativa burocrática e ineficiente).

La evasión fiscal en el contexto internacional ha adquirido relevancia en casos como los que se mencionan a continuación:

(i) *Panama Papers*. Es un caso emblemático que se originó en la filtración de documentos confidenciales de la firma de abogados panameña Mossack Fonseca. Según esa investigación, 270 firmas offshore aparecían asociadas a la Argentina, mientras que más de 1200 argentinos eran directivos y/o accionistas en sociedades ubicadas en paraísos fiscales y/o dueños de empresas off-shore en Panamá. La evasión está íntimamente ligada al LA. En este caso, la actividad ilegal es la evasión. Sin embargo, la existencia de mecanismos de LA junto a la falta de controles estatales pueden permitir el ocultamiento del origen de activos proveniente de cualquier actividad ilegal.

³ La elusión impositiva consiste en la adopción por parte del contribuyente de formas jurídicas inapropiadas para la consecución de la finalidad económica perseguida. Es decir, se selecciona un determinado tipo contractual que no es el que el derecho asignaría para el acto económico que quieren perfeccionar las partes y esta elección tiene por fin primordial la minimización de la carga tributaria relacionada con el mismo.

⁴ Rosembuj, Tulio, “El Fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario”, Madrid, 1994, pág.

(ii) *HSBC Banca Privada en Suiza*. En 2014 Credit Suisse Group se convirtió en la primera institución financiera en más de una década en aceptar la culpabilidad de un delito cuando el banco reconoció conspirar para ayudar a evadir impuestos (US\$2.600 millones) a ciudadanos estadounidenses, luego de una larga investigación del Departamento de Justicia de EE.UU. Esta causa fue conocida como la “Causa Falciani”. Los medios periodísticos informaban que Hevré Falciani, un ingeniero en sistemas italo-francés, que trabajó diez años en el HSBC en Ginebra, Suiza, copió datos de 130.000 cuentas secretas que contenían miles de millones de dólares y euros no declarados. Falciani huyó con archivos a Francia, donde entregó la información a las autoridades fiscales de ese país. Ese fue el inicio de una enorme grieta en el secreto bancario en uno de los paraísos fiscales del mundo. Entre los titulares de cuentas de la entidad financiera figuraban contribuyentes argentinos: 222 imputados por evasión impositiva agravada y LA por la fuga de más de 3.500 millones de dólares.

(iii) *UBS*. En 2009 UBS, el mayor banco de Suiza, pagó US\$780 millones al gobierno y agencias de EE.UU. para resolver acusaciones que ayudó a decenas de miles de ciudadanos estadounidenses a evadir impuestos.

III.- EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

En nuestro país, la figura penal del delito de LA tuvo, como primer antecedente, una tipificación vinculada a los delitos de narcotráfico (art. 25, ley N° 23.737⁵). Dicha legislación identificó el bien jurídico protegido con el interés jurídico afectado en el delito antecedente: la salud pública.

Recién la ley N° 25.246⁶ modificó el Capítulo XIII, Título XI, Libro II del Código Penal, el que en virtud de su art. 1, pasó a denominarse “Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo”, derogando el art. 25 de la Ley de Estupefacientes. Además, el art. 3 sustituyó el art. 278 del Código Penal, tipificando el delito de LA, como una especie del género de encubrimiento. Si bien la sanción de la ley 25.246 implicó una evolución en relación al bien jurídico protegido, ésta no identificó un bien jurídico propio, entendiendo al mismo como una figura de encubrimiento agravado.

⁵ Publicada en el B.O. el 11/10/1989.

⁶ Publicada en el B.O. el 10/05/2000.

La ley N° 26.683⁷ planteó una reforma sustancial del Código Penal, ya que identificó como delito autónomo a los denominados “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”. En efecto, el nuevo art. 303, Título XIII del Código Penal⁸ tipificó la conducta penal de manera autónoma, permitiendo en adelante reprimir conductas de “auto lavado”, sin las restricciones que implicaba el acto de encubrir el delito ejecutado por otro, ya que la ley N° 26.683 derogó el art. 278 del Código Penal.

El delito de LA se encuentra tipificado en el art. 303, inc. 1) del Código Penal, que reza *“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”*.

Se ha dicho que el delito de LA es *“un delito complejo, integrado por varias fases o etapas, que se estructura sobre un tramado por lo general enmarañado de procesos, negociaciones o actos jurídicos, tendientes a que los fondos o bienes obtenidos de cualquier hecho ilícito aparezcan como legítimos, o sea, como conseguidos legalmente o a través de actividades lícitas”*.⁹

El delito de LA no requiere calidad especial en el autor, razón por la cual se trata de un delito común. La acción típica consiste en introducir o poner en circulación bienes provenientes de un ilícito penal en el mercado, realizando una operación de maquillaje para darles apariencia de un origen lícito. Y puede ser cometido a través de una o varias de las de las acciones que allí se indican.

⁷ Publicada en el B.O. el 21/06/2011.

⁹ Tazza, Alejandro, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Parte especial”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, T. III, pág. 566.

El sujeto activo puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo es la sociedad o el Estado, por cuanto afecta su orden económico por la introducción en el circuito financiero de bienes o dineros procedentes de actividades delictivas.

En cuanto a la consumación, Simaz¹⁰ entiende que, aunque el LA no es un delito permanente, en muchas ocasiones el proceso no permite desvincular los bienes de su primigenio origen ilícito, aún cuando el capital sufra sucesivos lavados.

Respecto del aspecto subjetivo, cabe señalar que el LA es un delito doloso de resultado de peligro concreto.

Como es dable observar, cualquier delito puede ser precedente del delito de LA.

Ahora bien, el art. 303, inc. 1) del Código comentado establece una condición objetiva de punibilidad¹¹, al determinar que la conducta será típica siempre que el valor de los bienes objeto del delito¹² supere la suma de \$ 300.000.-, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. Si el valor de los bienes no superare la suma mencionada, el autor será reprimido por la comisión de un delito menor con una pena menor, conforme contempla el inc. 4) del precepto comentado.

Agravantes. El inc. 2) prevé una serie de agravantes que aumentan la pena prevista en el inc. 1) en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, cuando (i) el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; o (ii) el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones¹³.

¹⁰ Simaz, Alexis L., “El nuevo tipo penal de lavado de activos en el Código Penal argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores online.

¹¹ Roxin explica que una acción típica, antijurídica y culpable es, por lo general, punible. Sin embargo, excepcionalmente, en algunos tipos penales concretos, se añaden otros supuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de punibilidad (Cfr. Roxin, Claus, “Derecho penal. Parte General”, Ed. Civitas, Madrid, 2008, T. I “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, pág. 195).

¹² Los bienes objeto del delito son tanto aquellos que derivan directamente del delito (originarios), así también los bienes que proceden mediatamente de él. Es decir, los bienes que entran en el patrimonio en lugar del bien originario o a consecuencia de él.

¹³ En este caso, el autor sufrirá también la pena de inhabilitación; pena en la cual también incurrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

Receptación intermedia. El inc. 3) del art. 303 comentado contempla el delito de receptación intermedia¹⁴, reprimiendo a aquel que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, para hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inc. 1), tendiente a darle la apariencia posible de un origen lícito.

Autolavado de activos. El art. 303 del Código Penal permite la punibilidad del autolavado, ya que cualquier persona puede ser el autor, incluso aquél que haya intervenido previamente en el delito subyacente.

Finalmente, cabe señalar que el art. 303, en su último párr., prevé que las disposiciones allí previstas resultarán aplicables aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera de la Argentina, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

En virtud de todo lo expuesto, se puede concluir que el delito de LA puede ser cometido por cualquier persona -incluso por quien ha intervenido previamente en el delito subyacente (autolavado de activos)-, ya que no existe impedimento alguno para que exista identidad en la autoría (evasor-lavador). Además, el LA requiere necesariamente la configuración de un delito previo del cual provengan los bienes cuyo disfraz de legalidad se persigue materializar, pudiendo tener como precedente un delito tributario.

Por su parte, el art. 304 del Código Penal contempla penas aplicables cuando los hechos delictivos previstos en el art. 303 mencionado sean realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal. Y el art. 305 prevé que el juez de la causa puede adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales medidas cautelares suficientes, a los efectos de asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del/os bien/es que sean instrumento, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los arts. 303 y 304.

El bien jurídico tutelado por el art. 303 del Código Penal es el orden económico y financiero del Estado. En tal sentido, Tazza¹⁵ sostiene que dicho precepto tutela, de manera

¹⁴ Córdoba, Fernando, “Delito de lavado de dinero”, Ed. Hammurabi, Bs. As., pág. 51.

¹⁵ Tazza, Alejandro, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Parte Especial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, T. III, pág. 563.

genérica, el funcionamiento del mercado económico y financiero del Estado en tanto ciertas conductas pueden llegar a afectarlo, alterando el libre juego del mercado de capitales interno o provocando un desequilibrio en el marco de las regulaciones que el gobierno argentino haya impuesto para este orden de situaciones.

La jurisprudencia también ha dejado sentado su criterio. Así, la Cámara Federal de Casación ha dicho que *“La ley 26683 no derogó el delito de lavado de activos que regía al momento de la presunta comisión de los hechos endilgados al imputado, sino que modificó su ubicación sistemática dentro del Código Penal y el bien jurídico tutelado. El cambio efectuado por el legislador respecto de qué bien jurídico protege la norma penal no implicó una creación de un nuevo tipo penal por cuanto la conducta prohibida continuó siendo la misma, es decir, tal como expuso el fiscal ante esta instancia, ‘dar apariencia lícita a bienes o efectos procedentes de un ilícito anterior en el que no se participa’”* y que *“las modificaciones estructurales y sistemáticas realizadas por el legislador al momento de la sanción de la ley 26683 responden a cuestiones de política criminal”* (“Brito” - CFed. Casación Penal – Sala II - 12/2/2016).

El bien jurídico tutelado por la norma bajo análisis es el orden económico y financiero del Estado, razón por la cual se trata de un delito pluriofensivo.

IV.- DELITOS PRECEDENTES DEL LAVADO DE ACTIVOS

Tal como fuera anticipado en el apartado III.1. precedente, el art. 303 del Código Penal no delimita los delitos precedentes del LA. Siendo ello así, cualquier delito previo resulta suficiente, siendo la única limitación que los bienes sobre los que recaen las conductas típicas provengan de un ilícito penal. Los bienes objeto del delito de LA son tanto aquellos que derivan directamente del ilícito, sino también los bienes que proceden mediatamente de él. Es decir, aquellos que entran en el patrimonio en lugar del bien originario o a consecuencia de él. En efecto, el hecho punible precedente, del cual se obtienen ganancias ilícitas, puede ser cualquier tipo delictivo que involucre una ganancia ilegal.

Si bien el tipo penal del art. 303 no requiere la condena previa por el delito precedente, considero que el delito precedente debe estar probado en un proceso penal, así como también acreditarse la conexidad entre el delito previo y los activos objeto del LA. Ello así

por cuanto el delito de LA es la represión penal del producido de una actividad ilícita precedente.

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que *“no es necesario que el delito antecedente resulte acreditado por una sentencia judicial firme tanto en su configuración típicamente antijurídica como en la autoría responsable del acusado. Basta que se haya demostrado en la causa donde se ventila el lavado de activos que el primer hecho era típico y antijurídico”* (Cfr. Causa N° 6754, ‘Orentrajch, Pedro y otro s/rec. de casación’, Sala I, CFed. Casación Penal, el 21/3/2006 y Reg. 2039/19, voto del doctor Hornos, Sala 4, CFed. Casación Penal, 10/10/2019,).

V.- ¿LA EVASIÓN TRIBUTARIA O PREVISIONAL TIENE IDONEIDAD PARA CONSTITUIRSE COMO DELITO PRECEDENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS?

Atento a que el art. 303 del Código Penal no delimita los delitos precedentes, cualquier delito puede constituirse como precedente del LA, incluso los delitos contenidos en el Título IX – Régimen Penal Tributario de la ley N° 27.430¹⁶.

Ahora bien, ¿cuáles son los delitos previstos en el Título IX de la ley 27.430? Veamos.

Los delitos tributarios se configuran cuando:

(i) El obligado, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de \$ 1.500.000,- por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año. (evasión tributaria simple, art. 1, Título IX, ley).

(ii) Se verificare el presupuesto fáctico mencionado en (i) y: (a) el monto evadido superare la suma de \$ 15.000.000.-; o (b) hubieren intervenido persona/s interpuestas o se hubieren utilizado estructuras, negocios, patrimonios de afectación, instrumentos fiduciarios y/o jurisdicciones no cooperantes, para ocultar la identidad o dificultar la identificación del verdadero sujeto obligado (testaferros) y el monto evadido superare la suma de \$ 2.000.000.-; o (c) el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos,

¹⁶ Publicada en el B.O. el 29/12/2017. El art. 280 de dicha norma derogó la ley N° 24.769.

liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de \$ 2.000.000.-; o (d) hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos (operaciones simuladas con facturas apócrifas), siempre que el perjuicio generado por tal concepto superare la suma de un millón quinientos mil de pesos (\$ 1.500.000). (evasión tributaria agravada, art. 2, Título IX, ley)

(iii) El obligado, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperos, devoluciones o cualquier otro subsidio nacional, provincial, o correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de naturaleza tributaria siempre que el monto de lo percibido, aprovechado o utilizado supere la suma de \$ 1.500.000.- en un ejercicio anual. (aprovechamiento indebido de subsidios, art. 3, Título IX, ley)

(iv) El agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare dentro de los 30 días corrido de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de \$ 100.000.- por cada mes. (apropiación indebida de tributos, art. 4, Título IX, ley)

Los delitos relativos a los recursos de la seguridad social se configuran cuando:

(i) El obligado, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere al fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente, correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma de \$ 200.000.- por cada mes. (evasión previsional simple, art. 5, Título IX, ley)

(ii) Se verificare el presupuesto fáctico mencionado en (i) precedente y: (a) el monto evadido superare la suma de \$ 1.000.000.-; o (b) hubieren intervenido persona o personas interpuestas b) Hubieren intervenido persona o personas humanas o jurídicas o entidades interpuestas, o se hubieren utilizado estructuras, negocios, patrimonios de afectación y/o instrumentos fiduciarios (testaferros), para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de \$ 400.000; o c) Se utilizaren fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido superare la suma de \$ 400.000.-. (evasión previsional agravada, art. 6, Título IX, ley)

(iii) El empleador no depositare total o parcialmente dentro de los 30 días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes, siempre que el monto no ingresado superase la suma de \$ 100.000.- por cada mes, o el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no depositare, dentro de los 30 días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de \$ 100.000.- por cada mes. (apropiación indebida de recursos de la seguridad social, art. 7, Título IX, ley)

(iv) Quien, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recupero o devolución, tributaria o de la seguridad social, al fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (art. 8, Título IX, ley)

Los delitos fiscales comunes se configuran cuando:

(i) Quien, habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia, propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones. (insolvencia fiscal fraudulenta, art. 9, Título IX, ley)

(ii) Quien, mediante registraciones o comprobantes falsos o cualquier otro ardid o engaño, simulare el pago total o parcial de obligaciones tributarias o de recursos de la seguridad social nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, sean obligaciones propias o de terceros, siempre que el monto simulado superare la suma de \$ 500.000.-) por cada ejercicio anual en el caso de obligaciones tributarias y sus sanciones, y \$ 100.000.- por cada mes, en el caso de recursos de la seguridad social y sus sanciones. (simulación dolosa de pago, art. 10, Título IX, ley)

(iii) El que por cualquier modo sustrajere, suprimiere, ocultare, adulterare, modificare o inutilizare: (a) los registros o soportes documentales o informáticos del fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativos a las obligaciones tributarias o de los recursos de la seguridad social, con el propósito de disimular la real situación fiscal de un obligado; o (b) los sistemas informáticos o equipos electrónicos, suministrados, autorizados u homologados por el fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no

resulte un delito más severamente penado. (alteración dolosa de registros, art. 11, Título IX, ley).

(iv) El que a sabiendas: (a) Dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de los delitos previstos en esta ley; o (b) Concurriere con dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta ley; o (c) Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley. (asociaciones Ilícitas para fines fiscales, art. 15, inc. c, Título IX, ley)

De lo expuesto en los apartados precedentes, se desprende que la evasión o defraudación tributaria y previsional tienen idoneidad para constituirse como delito precedente del delito de LA.

Sin embargo, la doctrina no es unánime al respecto.

En primer término, cabe recordar que el art. 303, inc. 1) del Código Penal comentado se configura cuando el sujeto activo introduce en el circuito económico bienes provenientes de un ilícito penal y le da la apariencia de un origen lícito. El bien jurídico tutelado es el orden económico financiero.

En el caso de la evasión tributaria o previsional, el sujeto activo evita desprenderse de fondos que luego puede o no introducir en el circuito legal; en este caso para darle a dichos fondos un origen de aparente licitud. En materia de evasión fiscal, el bien jurídico tutelado es la hacienda pública.¹⁷

Como es dable observar, el delito de evasión tributaria o previsional y el delito de LA son figuras penales que protegen diferentes bienes jurídicos y exigen diferentes elementos típicos para su configuración¹⁸.

¹⁷ La hacienda pública debe ser considerada desde una perspectiva objetiva en su faz dinámica, o sea, como actividad financiera del Estado, entendiendo por tal el proceso dirigido a obtener recursos y realizar el gasto público. (Cfr. Folco, Carlos M., "Procedimiento tributario: Naturaleza y estructura", 2ª ed. Actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 394.

¹⁸ Fallo "Fariña, Jorge Leonardo s/ Recurso de casación", Cámara Federal de Casación Penal, 6/09/2019.

Ahora bien, hay (i) quienes consideran que la evasión de tributo o los aportes y contribuciones previsionales puede configurar un delito precedente del LA, aún cuando el dinero tenga un origen lícito por originarse en la realización de una actividad legal; y (ii) quienes entienden que la evasión de tributo o los aportes y contribuciones previsional sólo puede configurar un delito precedente del LA cuando el dinero no tenga un origen espureo o ilícito por originarse en la realización de una actividad ilegal.

En apoyo a la primera de las posturas señaladas en (i), Borinsky¹⁹ sostiene que *“la defraudación tributaria, como cualquier otro delito que dé lugar a ganancias ilícitas, puede valer como hecho previo del delito de lavado de dinero de activos”,* ya que *“si bien el dinero pudo haber tenido un origen lícito por ser producto de una actividad legal, cuando el sujeto activo decidió erosionar indebidamente su tributación, valiéndose para ello de cualquier ardid o engaño ... y defraudó al Fisco manteniendo el activo logrado dentro de su capital; ese dinero que se mantuvo intacto en su patrimonio fue resultado de la comisión de un delito”.* (El resaltado me pertenece)

Es decir, que aún cuando el dinero pueda tener un origen lícito por originarse en una actividad legal, cuando el contribuyente o responsables obligados al pago del tributo y los aportes y contribuciones previsionales decidieron erosionar indebidamente las arcas del Estado, mediante ardid o engaño y mantener el dinero en su patrimonio, ese dinero es el resultado de la comisión de un delito: la evasión tributaria o previsionalfiscal. Se trata de un dinero que se ensució con la acción fraudulenta en perjuicio del Fisco, por lo que resulta absolutamente indistinto que la incorporación inicial haya tenido una fuente legítima, pudiendo configurarse un supuesto de lavado de dinero de activos.

En relación a la postura mencionada en (ii), Vicente O. Díaz²⁰ señaló que *“no es tan absoluto que el tributario sea el delito previo que regula la penalización del lavado de dinero”,* y que si bien *“el producido del delito tipificado por la ley 24769 constituye un enriquecimiento injusto del contribuyente obtenido con el producido a través del ahorro fraudulento de los impuestos evadidos, pero ese dinero no puede identificarse con la tipificación penal de la ley 25246, dinero procedente de un delito grave como tal, atendiendo que el fraude fiscal es siempre la ocultación de una deuda y no el ingreso al patrimonio de*

¹⁹ Borinsky, Mariano H., “Fraude fiscal”, Ed. Didot, Bs. As., pág. 425.

²⁰ Díaz, Vicente O., “Ilícitos tributarios”, Ed. Astrea, Bs. As., pág. 342.

bienes fuera del sistema”, concluyendo que “solo será delito previo los referidos a los delitos de comercio ilícito, lo cual desde ya desaloja por sí, ante lo consignado ut supra al delito tributario”.²¹

Ello así, por cuanto sin hecho imponible no hay hecho punible. Y en la Argentina existe jurisprudencia que entiende que el producido de un delito común no puede ser criminalizado tributariamente. Siendo ello así, la configuración de la obligación tributaria sólo puede surgir de una actividad comercial lícita.

Al respecto, y en comentario al fallo “E., F. s/infracción L. 24769”, de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, Teresa Gómez, señalaba que *“creo interpretar que el señor juez está alertando sobre la discordancia que implica la pretensión de cobrar impuestos sobre dineros ilícitos. Léase, si el dinero de Federico E. es producto del lavado de activos no debe tributar, pues el Estado no puede reclamar tributos sobre hechos ilícitos”*.²²

Es por ello que parte de la doctrina considera el delito de evasión tributaria y previsional no puede ser delito precedente del LA, ya que a los efectos de que el delito de evasión sea considerado como tal, el monto evadido debería provenir de un ilícito penal y no de una actividad lícita.

En segundo término, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cabe recordar que la ley N° 25.246²³, en su art. 6, dispone que la Unidad de Información Financiera (UIF) será la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información para prevenir e impedir el delito de LA (art. 303, CP), preferentemente proveniente de la comisión de “*j) Delitos previstos en la ley 24.769*”; circunstancia que no hace más que convalidar que todos los delitos tributarios que allí se tipificaban (y hoy cuenta con recepción normativa en la ley N° 27.430 pueden resultar precedentes del delito de LA. En efecto, ley N° 25.246 al remitir a la ley N° 24.769 (hoy ley N° 27.430), resulta abarcativa de todos los delitos tipificados en la misma (delitos tributarios, previsionales y comunes allí previstos).

²¹ Díaz, Vicente O., “La exégesis del delito de lavado de dinero y la desvinculación con el delito fiscal” en Bertazza, Humberto y D’Albora, Francisco J. (h.) (Directores), “Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo”, LL, Bs. As., T. I, págs. 287/302.

²² Gómez, Teresa, “Evasión vs. lavado de activos. El Estado no puede exigir tributos sobre hechos ilícitos”, Errepar, DPTyE, junio/2016.

²³ Publicada en el B.O. el 10/05/2000.

En tercer término, cabe traer a colación lo manifestado por Durrieu, respecto de los delitos fiscales y el LA. Al respecto, sostiene que es tendencia global *“la ampliación del ámbito de aplicación de los delitos precedentes al delito de blanqueo, tanto en los instrumentos internacionales vinculantes (hard law) como en los no vinculantes (soft law). Esta tendencia parece reflejar la voluntad de la comunidad internacional de procesar y condenar el lavado de activos provenientes de diversas clases de delitos, entre los cuales se encuentran los delitos fiscales”* y que *“la investigación, procesamiento y condena por la comisión del delito previo (crímenes fiscales) y su posterior e independiente proceso de lavado de dinero parece factible; pero siempre y cuando quede claro para el juzgador que la operación financiera o económica sometida a investigación trajo como resultado la afectación grave y directa de los bienes jurídicos que debe proteger el delito fiscal (el patrimonio del Fisco) y el delito de lavado de dinero (el sistema socioeconómico)”*.²⁴

Considero que la evasión tributaria y previsional tiene idoneidad para constituirse como delito precedente del delito de LA sólo si el monto del tributo o los conceptos previsionales evadidos tienen un origen lícito por originarse en la realización de una actividad legal.

VI.- EL ROL DE LA AFIP FRENTE A LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y LOS DELITOS PREVISTOS EN EL TÍTULO IX DE LA LEY N° 27.430

La AFIP tiene a su cargo la ejecución de la política tributaria, aduanera y de recaudación de los recursos de la seguridad social de la Nación, siendo sus funciones principales, (i) la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos y accesorios dispuestos por las normas legales respectivas; (ii) el control del tráfico internacional de mercaderías dispuesto por las normas legales respectivas; (iii) la clasificación arancelaria y valoración de las mercaderías; y (iv) todas aquellas funciones que surjan de su misión y las necesarias para su administración interna²⁵.

En materia de LA, cabe recordar que el art. 20 de la ley N° 25.246 establece el deber de informar que tienen los “sujetos obligados” ante la Unidad de Información Financiera (UIF), entre los que se señalan, en el inc. 15, a *“Los organismos de la Administración Pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o*

²⁴ Durrieu, Roberto (h.), “El delito tributario y el lavado de activos”, LL, 2013-C-879.

²⁵ Decreto N° 618/1997, publicado en el B.O. el 14/07/1997.

sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: (...) la Administración Federal de Ingresos Públicos....”

Siendo ello así, la AFIP tiene la obligación de informar a la UIF sobre operaciones sospechadas de LA en su carácter de organismo de la Administración Pública que ejerce funciones regulatorias, de control y supervisión sobre actividades económicas.

Asimismo, cabe señalar que el instituto del secreto fiscal, previsto en el art. 101 de la ley N° 11.683²⁶ no resulta aplicable, respecto de la información relativa a los hechos y actividades sospechosas que debe suministrar la AFIP, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley N° 25.246.

Finalmente, cabe resaltar que, mediante la Disposición 350/2018²⁷, la AFIP dispuso la creación del Comité de Prevención de LA/FT, para coordinar acciones para combatir estos delitos, siendo competencias de este Comité: (i) Aprobar los lineamientos estratégicos de la Dirección de Prevención de LA/FT, en concordancia con las políticas establecidas por la UIF; (ii) Supervisar el cumplimiento de la AFIP, en los términos de la Ley N° 25.246, sus modificatorias y complementarias y por la normativa reglamentada por la UIF, en el rol de sujeto obligado; (iii) Aprobar el Plan de Cumplimiento de Prevención de LA/FT y supervisar su ejecución; (iv) Aprobar los modelos de actuación, instrucciones y protocolos de trabajo en materia de prevención de LA/FT que deban ser incorporados a las tareas de fiscalización que desarrollen las áreas operativas involucradas; (v) Aprobar los reportes de operaciones sospechosas (ROS) para su posterior remisión a la UIF, asegurando lo establecido en el art. 22 de la Ley N° 25.246, sus modificatorias y complementarias; (vi) Aprobar los informes de gestión de la Dirección de Prevención de LA/FT y (vii) Autorizar la asistencia a la justicia, cuando ella así lo requiera expresamente en causas relacionadas al LA/FT, siempre que guarden relación con los delitos de contrabando, evasión fiscal o previsional.

Por su parte, y en el marco del Título IX de la ley N° 27.430, la AFIP debe formular denuncia penal por la comisión de los delitos allí previstos, una vez que se haya dictado la determinación de oficio de la deuda tributaria o se haya resuelto en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los recursos de la seguridad social,

²⁶ Publicada en el B.O. el 12/01/1933.

²⁷ Publicado en el B.O. el 21/12/2018.

aún cuando estos actos se encontraren recurridos. Si no correspondiera efectuar la determinación administrativa de la deuda, la denuncia será formulada de inmediato. En ambos casos, se requiere dictamen jurídico de los funcionarios competentes. Además, si la denuncia penal fuere formulada por un tercero, el juez debe los antecedentes a la AFIP para que inicie el procedimiento de verificación y determinación de la deuda tributaria o previsional. La AFIP debe emitir el acto administrativo mencionado en el párrafo anterior dentro de los 120 días hábiles administrativos, prorrogables a requerimiento fundado de dicho organismo (art. 18, ley).

También la AFIP podrá solicitar al juez penal competente las medidas de urgencia y/o toda autorización que fuera necesaria a los efectos de la obtención y resguardo de elemento de juicio probablemente relacionados con la presunta comisión de los delitos previstos en el Título IX de la ley N° 27.430 (art. 21, ley).

Finalmente, cabe resaltar que la AFIP podrá asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular, por medio de funcionarios designados a esos efectos.

VII.- CONSIDERACIONES

En virtud de lo expuesto precedentemente, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

(i) El LA es un proceso por el cual se procura justificar legalmente e incorporar al circuito económico capitales de origen ilegal, creando una simulación transaccional que permita ver lo ilegal como legal. Se trata de una actividad planificada, organizada y dirigida a un objetivo concreto: legalizar dinero ilícito producto de delitos precedentes. Los componentes de integración del LA son: la introducción o colocación; la transformación o estratificación, y (iii) la integración. La detección de las operaciones tendientes a legitimar activos de origen ilícito tiene probabilidad de éxito en las dos primeras etapas del proceso.

(ii) La evasión tributaria o previsional es un comportamiento ilícito del contribuyente o responsable que incumple la obligación de ingreso pecuniario que deriva de la concreción de un hecho imponible. Entre las principales causas de la evasión, pueden mencionarse las económicas psicosociales, políticas, técnicas y jurídicas.

(iii) El delito de LA está tipificado en el art. 303, inc. 1) del Código Penal, siendo el bien jurídico tutelado el orden económico y financiero del Estado. Se trata de un delito común, pluriofensivo, doloso de resultado de peligro concreto, y consiste en introducir o poner en circulación bienes provenientes de un ilícito penal en el mercado, realizando una operación de maquillaje para darles apariencia de un origen lícito, mediante una o varias de las de las acciones allí previstas.

(iv) El delito de LA puede ser cometido por cualquier persona -incluso por quien ha intervenido previamente en el delito subyacente (autolavado de activos).

(v) El tipo penal del art. 303 no requiere la condena previa por el delito precedente. Considero que el el delito precedente debe estar probado en un proceso penal, así como también acreditarse la conexidad entre el delito previo y los activos objeto del LA.

(vi) El delito de LA puede tener como delito precedente los delitos tributarios y previsionales contemplados en el Título IX - Régimen Penal Tributario de la ley N° 27.430. Siendo ello así la evasión o defraudación tributaria y previsional tienen idoneidad para constituirse como delito precedente del delito de LA.

(vi) Atento a que no existe impedimento alguno para que exista identidad en la autoría del delito de LA, el evasor (tributario o previsional) puede ser el lavador de activos, sin que se vea afectada la garantía de prohíbe la persecución penal múltiple (*non bis in ídem*). Ello así por cuanto no se verifica en el caso la identidad de sujeto, objeto y causa requerida.

(vii) El delito de evasión tributaria o previsional y el delito de LA son figuras penales que protegen diferentes bienes jurídicos y exigen diferentes elementos típicos para su configuración.

(viii) Considero que la evasión tributaria y previsional tiene idoneidad para constituirse como delito precedente del delito de LA sólo si el monto del tributo o los conceptos previsionales evadidos tienen un origen lícito por originarse en la realización de una actividad legal.

(ix) En materia de prevención de LA, la ley N° 25.246, en su art. 20, ha establecido el deber de informar a determinados sujetos caracterizados como “Sujetos Obligados” ante la UIF, entre los que se encuentra la AFIP. Mediante la Disposición 350/2018²⁸, la AFIP dispuso la creación del Comité de Prevención de LA/FT, para coordinar acciones para combatir estos delitos.

(x) En el marco del Título IX de la ley N° 27.430, la AFIP debe formular denuncia penal por la comisión de los delitos allí previstos, en la oportunidad y forma que prevé el art. 18 de la ley. Puede solicitar al juez penal competente las medidas de urgencia y/o toda autorización que fuera necesaria para la obtención y resguardo de elemento de juicio probablemente relacionados con la presunta comisión de delitos allí previstos. Asimismo, se encuentra facultada para asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular, por medio de funcionarios designados a esos efectos.

(xi) Se estima conveniente la capacitación de todo el personal de la AFIP en materia de prevención de LA, y que la AFIP y la UIF puedan efectuar un trabajo mancomunado, a los efectos de detectar posibles casos de LA originados en la evasión tributaria y previsional. Asimismo, la AFIP debería mejorar permanentemente las técnicas de investigación del evasión tributaria y previsional y los procedimientos de debida diligencia en materia de cooperación internacional e intercambio de información entre países cooperantes.

(xii) La acumulación de causas menores impide que la justicia pueda actuar eficientemente en aquellas causas que lo requieran, por su significatividad y relevancia. Consecuentemente, se propone se modifique el actual art. 303 del Código Penal, a los efectos de elevar el importe mínimo a partir del cual se configura el delito de LA y se elimine el apartado 4 de dicho precepto.

²⁸ Publicado en el B.O. el 21/12/2018.