

Título Prevención y Control del Lavado de Activos (Capítulo IV) en Propuestas de Políticas Públicas Integrales para la Prevención del Avance del Narcotráfico

Tipo de Producto Capítulo de Libro

Autores D'Albora Francisco J.

Código del Proyecto y Título del Proyecto

A15S03 - Proyecto de Modificación Legislativa del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo

Responsable del Proyecto

D'Albora Francisco J.

Línea

Prevención para el Lavado de Activos

Área Temática

Derecho

Fecha

Septiembre 2015

INSOD

Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas
Proyectuales

UADE 

Prevención y Control del Lavado de Activos²

I. Diagnóstico

El **sistema legal de prevención y control del lavado de activos** y del financiamiento del terrorismo, que replica los estándares internacionales impuestos por el documento denominado “Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF)”, debe ser analizado desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, los aspectos referidos al **Derecho Penal**, en particular la tipificación de ambos delitos y su aplicación a casos concretos. En segundo término, las cuestiones vinculadas al **Derecho Administrativo**, puntualmente al marco regulatorio y al régimen de sanciones aplicables en el ámbito de la **Unidad de Información Financiera (UIF)**, a saber:

1. Las **normas penales** para hacer frente a sendas actividades delictivas han presentado, en todos los casos, aspectos técnicos que han **dificultado su aplicación a casos particulares para arribar a sentencias condenatorias**. Esto no guarda relación con los fenómenos en sí mismos, en términos fácticos, sino con la **falta de adecuación de las normas para abordar hechos complejos relacionados con el crimen organizado transnacional**. Ello se traduce en

2 En el marco de las actividades de la Comisión “Prevención de Lavado de Activos” del OPRENAR, el presente trabajo fue elaborado por el Dr. Francisco J. D’Albora, docente universitario, ex presidente y miembro fundador de FAPLA (Fundación Argentina para el Estudio y el Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo), responsable del Proyecto de Modificación Legislativa del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo de la Fundación UADE y coordinador del curso de Prevención de Lavado de Activos de UADE Business School. También colaboraron con este trabajo: Julio Macchi, miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa; Marcelo Casanovas, presidente de FAPLA; Cecilia Lanús Ocampo, directora del Área de Estudios en Derecho y Finanzas de la Universidad del CEMA; Leonel Suozzi, investigador del Instituto de Ciencias Sociales de la Fundación UADE y docente del Departamento de Derecho de la misma casa de altos estudios; Lucas Martínez, coordinador de Extensión de la Fundación UADE, y Andrés Cuesta, director de Investigación y Extensión de la Fundación UADE.

que, **desde el año 1989**, en que se tipificó el primer delito de lavado de activos provenientes del narcotráfico y los delitos conexos, vigente hasta mayo del año 2000, en que la Ley 25.246 reformuló el delito en el artículo 278 del Código Penal (CP), vigente hasta junio de 2011, en que la reforma operada por la Ley 26.683 sustituyó a este último por el actual art. 303 CP, **solo se hayan dictado cuatro sentencias condenatorias, todas ellas con fundamentos cuestionables**. El delito de financiamiento, tipificado por el art. 306 CP en la Ley 26.734, por su parte, no ha permitido el dictado de ninguna condena hasta el presente. Según se ve, **urge una reformulación integral de las normas que tipifican ambos delitos** para adecuarlas, además de a los requerimientos internacionales, a las características propias de nuestro ordenamiento jurídico.

2. El **sistema preventivo** tiene como autoridad de aplicación a la UIF. El legislador le ha delegado expresamente la regulación de los aspectos atinentes al cumplimiento de la **obligación de reportar operaciones inusuales o sospechosas**, imponer controles y sancionar incumplimientos. Pero la totalidad de las **resoluciones dictadas por la UIF exorbitan el límite impuesto por la ley** y avanzan profusamente en cuestiones precisamente detraídas de sus facultades.

Desde comienzos del año 2010, la actividad regulatoria desarrollada por la UIF ha sido muy prolífica y a la vez imprecisa, cuestión que, al igual que la señalada en el párrafo anterior, compromete su validez en términos constitucionales. Los **sujetos obligados padecen una estéril recarga de obligaciones que no se traducen en una mayor eficacia del sistema**. Los controles son selectivos y la supervisión es aleatoria.

Asimismo, las sanciones administrativas impuestas por la UIF reflejan un sistema de asignación de responsabilidad objetiva que no respeta las pautas fijadas al respecto por la Corte Suprema. La revisión judicial de estas decisiones se supedita a un recurso con efecto meramente devolutivo, motivo por el cual, tratándose de multas de significativa entidad económica, aplicadas en un marco jurídico que genera serios reparos, se impone su ineludible consideración para una real salvaguarda de los derechos afectados.

Por último, la facultad asignada a la UIF de disponer el **congelamiento administrativo**, conferida por el último párrafo del art. 6° de la Ley 26.734, **requiere límites precisos aún pendientes**. Es que los aspectos relacionados

con la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo, impuesto en términos similares por la Resolución del Consejo de Seguridad ONU 1373/01 y por las antiguas 9 Recomendaciones Especiales —hoy subsumidas en las 40 Recomendaciones—, nada tienen que ver con el denominado “terrorismo financiero”, apelación que remeda la inconcebible “subversión económica” de la Ley 20.840.

II. Lineamientos de política pública en materia de prevención del lavado de activos que deberían seguirse para superar la situación actual

1. Cuestiones penales

El **delito de lavado de activos de origen delictivo debe ser reformulado en su totalidad**. Entendemos que debiera derogarse la reforma operada por Ley 26.683, que afecta gravemente el sistema del Código Penal argentino, sin presentar ningún aspecto conveniente.

Comenzar a pensar en el lavado de dinero como delito impone realizar un exhaustivo análisis de aquello que se quiere proteger utilizando la última razón del sistema jurídico. En tal sentido, nos parece que la cuestión axil, presupuesto de una adecuada identificación del bien jurídicamente protegido, pasa por tomar posición sobre cuál es el objetivo real que se persigue al decidir su tipificación: ¿combatir el crimen organizado oponiéndole un frente global homogéneo que opere como una suerte de “legalidad organizada”? O, muy por el contrario, ¿crear un mero instrumento de intenso control socioeconómico que permita perfeccionar el arsenal estatal, imponiendo regulaciones que ineludiblemente restringen el ámbito de reserva garantizado por los sistemas constitucionales?

Aceptar una ineludible y acotada injerencia estatal en la actividad de los particulares, siempre dentro del límite tolerado por el principio de reserva, **en función de la necesidad de evitar que las utilidades del crimen organizado infecten los sistemas económicos legales**, y como una de las pocas alternativas razonables conocidas para combatirlo eficazmente, **resulta absolutamente**

distinto que admitir la utilización creciente de semejantes herramientas al solo efecto de controlar las actividades lícitas de los ciudadanos. Aunque en este último caso se declame la misma finalidad: **si los instrumentos utilizados poco o nada afectan la expansión de las actividades delictivas, el marco regulatorio, aunque se adecue a los requerimientos internacionales, se limita a operar como un mero e ilegítimo factor de control social o económico.** He aquí el primer peligro que debemos confutar.

A su vez, la totalidad del análisis debe tamizarse con un dato objetivo de la realidad. Los Estados nacionales vienen incorporando **normativa diseñada en un contexto supranacional** que, hoy por hoy, deja poco margen para el disenso. Es que las “40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF)” se imponen por distintos motivos, entre los que cabe destacar como esencial, el argumento de la lucha de la comunidad internacional contra el crimen organizado. Sin perjuicio de la eventual eficacia del sistema propuesto, los reparos jurídicos, éticos o filosóficos que subsisten dan de bruces con la irrefutable circunstancia de una acotada –muy acotada– consideración. Pero ello no quita que los países que opten por acoplarse al sistema cumplan con la irrenunciable obligación de **adecuar las Recomendaciones a los requerimientos de sus propios sistemas jurídicos.** Y la **elaboración de los tipos penales** impuestos debe cumplir, a rajatabla, con los principios liminares del Derecho Penal liberal, a saber, **legalidad** y **reserva.**

Al asociar la prevención y el control del lavado de dinero con la financiación del terrorismo, el peligro de desborde se incrementa de manera significativa. No necesitamos un Derecho Penal del enemigo para luchar eficazmente contra los fenómenos que atacan las bases de nuestra sociedad; necesitamos, en cambio, el imperio del derecho, tanto en el plano local como en el internacional, y a sus principios basales.

Teniendo en cuenta lo expresado previamente, se detallan a continuación una serie de propuestas vinculadas a las cuestiones penales del lavado de activos:

1. Se postula un **tipo penal autónomo**, que debiera tipificarse en una **ley penal especial** y reconocer al orden socioeconómico como bien jurídicamente protegido. En ese orden de ideas, identificado el ámbito de protección penal de bienes

jurídicos en el que debiera ubicarse el delito, atendiendo a su pluriofensividad, parece claro que ello impone acudir al estado actual de la discusión y considerarlos de carácter supraindividual o pluripersonal, circunstancia que impone optar por una ley penal especial y abandonar el limitado marco de opciones de códigos penales centenarios. Una buena alternativa a considerar en el derecho comparado es el orden socioeconómico, con un contenido similar al que exhibe en el Código Penal español.

2. En lo referido a los **delitos previos**, esto es aquellos que generan la ganancia ilícita que luego será objeto de las diversas conductas típicas del lavado de activos, el comienzo del desarrollo inicial, aceptado en general tal cual lo postularon los organismos internacionales que se ocupan del tema, puede ser hoy seriamente cuestionado desde la perspectiva del mismo Derecho Penal. Es que la creación de nuevos delitos, que en definitiva consisten en formas de participación posdelictual y que, de alguna u otra manera, ya figuraban en los distintos códigos penales, al menos en los sistemas jurídicos europeos o continentales, a través de la participación criminal o el encubrimiento, debiera encararse sin desatender la señera advertencia que alerta sobre los peligros que encierra para una sociedad libre, en un estado de derecho, un indebido ensanchamiento de la persecución penal por hechos que, en el peor de los supuestos, debieran ser considerados por otras áreas del ordenamiento jurídico.

En definitiva, la **escasa eficacia de los tipos penales de lavado de dinero en el derecho comparado**, en atención a la magnitud global del fenómeno cotejada con la **limitada cantidad de sentencias condenatorias**, impone reformular los presupuestos iniciales. Por eso creemos que, en relación con los delitos previos, hay serios motivos para reconsiderar si incluso la totalidad de los delitos asociados al crimen organizado justifica, hoy en día, su presencia como elementos del tipo objetivo. Va de suyo que **objetamos rotundamente la opción de admitir a todos los delitos** en tal carácter. Solo una lectura sesgada de las **"40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)"** puede concluir semejante desatino. La **referencia a la mayor cantidad posible de delitos debe ser entendida en su relación con el crimen organizado**.

Pero este baremo ya no es considerado como suficiente y con acierto se postula una precisa **limitación en cuanto a admitir como delitos previos solo aquellos**

con capacidad para afectar el normal funcionamiento de los mecanismos superiores de la economía. Al abordar la necesidad de referir en el tipo de lavado al delito previo, suele utilizarse el sustantivo “delito”, circunstancia no fácil de obviar. Ello impone, necesariamente, acordar su significación como elemento típico y se propuso, tanto en el orden local como en el plano internacional, que no se requiriese el dictado de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada material y, en su lugar, se acordase que la referencia alude al concepto de delito en abstracto, circunstancia vicariante con el concepto del injusto: acción típica y antijurídica, dejando de lado los aspectos subjetivos atinentes a la culpabilidad. Claro que, su prueba en un caso concreto, al igual que el resto de los elementos típicos indispensables para arribar a la certeza apodíctica que habilita la condena, requiere el señalamiento preciso de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del injusto que se admita como delito previo, aunque el hecho conforme la denominada cifra negra del delito y no hubiese sido siquiera denunciado, menuda tarea que deberá afrontarse sin mengua para las garantías constitucionales en el proceso penal. La aclaración respecto a la interpretación como elemento del tipo, del delito precedente, si se satisface solo con el ilícito penal, debe repensarse en función de los reales requerimientos de la política criminal del Estado.

3. Deben simplificarse los elementos típicos del precepto de la norma del actual artículo 303 CP, para **exigir dolo directo o de primer grado y elegir verbos típicos precisos** que cubran todas las alternativas de relación con el objeto material —dinero o bienes provenientes de un ilícito penal— en el ordenamiento jurídico argentino: tener, usar, disponer o administrar. Por último, debieran eliminarse los restantes elementos típicos que podían tener sentido en el actual artículo 303 CP para incrementar las exigencias, puesto que, al admitirse como delito previo a todos, se impone especificar elementos para excluir conductas. El requisito de dolo directo propuesto limita sensiblemente la cantidad de casos que pueden resultar abarcados por la norma, motivo por el cual no resultan necesarios.

El sistema debiera completarse con un tipo agravado que contemple las conductas de ocultamiento, siguiendo el modelo alemán: ocultar el origen de los bienes o dinero descriptos en el tipo básico, frustrar o ponga en peligro el esclarecimiento de su origen, su ubicación, individualización, secuestro, embargo o decomiso.

2. Cuestiones administrativas

Se detallan a continuación una serie de propuestas en torno a las cuestiones administrativas de la prevención y control del lavado de activos:

1. El sistema de control administrativo en el ámbito de la UIF impone reformular, prácticamente, la totalidad de las Resoluciones dictadas para adecuarlas a los límites constitucionales y de la propia Ley 25.246. Gira en torno a la obligación de informar operaciones inusuales o sospechosas, puesta en cabeza de una extensa nómina de sujetos. Los sujetos obligados, enumerados taxativamente en el artículo 20, deben cursar sus reportes de operaciones sospechosas (ROS) a la UIF, organismo encargado de esclarecer su licitud, utilizando para ello sus importantísimas facultades para reunir la información necesaria a tal fin. La clave de bóveda del sistema radica en la facultad conferida por el legislador a la UIF, en el párrafo segundo del inciso b) del artículo 21 (Ley 25.246), para establecer "... a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad". Dicho en términos sencillos, para especificar qué y cómo debe informar cada uno de los sujetos obligados. Va de suyo, entonces, que resulta un presupuesto ineludible de la entrada en vigencia de la obligación de informar operaciones inusuales o sospechosas, el dictado por parte de la UIF de la reglamentación respectiva.

Desde la primera Resolución UIF (dirigida al sector bancario), hasta la más reciente, se reiteran una serie de circunstancias que, en nuestra opinión, comprometen su validez. La más superficial de las lecturas de cualquiera de las Resoluciones UIF dictadas en ejercicio de la delegación consagrada por el artículo 21, inciso b), segundo párrafo (Ley 25.246), evidencia un **detallismo exagerado para regular la concertación de operaciones y la información que debe requerirse a la clientela, resultando la imposición de una inadmisibles cantidad de obligaciones que exceden el marco impuesto por la ley**, convirtiendo virtualmente al poder administrador en poder legislativo, en contravención a lo que indican los artículos 1.º, 19, 28, 99 inciso 2.º y 103 de la Constitución Nacional. Esta **exagerada carga** resulta muchas veces **contraproducente con la idea de "conozca a su cliente"** que rige al sistema de información que la UIF desea imponer a través del deber de generar un perfil de cliente para cada operación.

Además, el cúmulo de obligaciones referido conspira contra el normal ejercicio de las respectivas actividades específicas de cada uno de los sujetos alcanzados por la reglamentación, vulnerando la garantía establecida por el artículo 14 id.

Por último, el legislador solo delegó la fijación de pautas objetivas, especie que desde el punto de vista lógico se complementa con las pautas subjetivas. Como específicamente se acotó la delegación a las pautas objetivas, resulta indiscutible que la UIF no puede utilizar pautas subjetivas en sus reglamentaciones. A poco de que se repare en que las diferentes Resoluciones aluden a "... la experiencia e idoneidad..." de los sujetos obligados, se cae en la cuenta de que se ha incurrido en otra extralimitación inadmisibile. **Exigir del obligado un juicio de valor que defina la procedencia del ROS conspira contra la propia eficacia del sistema: quien propicia un ejercicio de subjetividad debe asumir la posibilidad de que quien cumple con dicho parámetro asuma un criterio diferente del sustentado por la autoridad de contralor.** Se ingresa, así, en un terreno donde pueden tener lugar preocupantes situaciones discutibles y enojosas.

Hasta la reforma operada por la Ley 26.683, la obligación de informar se limitaba, claramente, al reporte de las operaciones inusuales detectadas por los sujetos obligados, en las condiciones reglamentadas por la UIF en virtud de la delegación expresa efectuada por el legislador en el inciso b, segundo párrafo, del artículo 21 (Ley 25.246). El nuevo artículo 20 bis amplía sensiblemente el concepto puesto que ahora incluye el deber de poner a disposición de la UIF la documentación recabada de sus clientes para poder definir su perfil de actividades usuales — contracara de las inusuales—, conforme al inciso a del artículo 21. Pero este criterio se ha ampliado considerablemente en el nuevo artículo 21 bis, de manera que la totalidad de la información incluida en los legajos del cliente quedará a disposición de la UIF, resintiendo el límite impuesto por el primer párrafo del inciso 1.º del artículo 14 que, con justeza, la habilita a recabar cualquier información necesaria "para el cumplimiento de sus funciones" que, obviamente, nacen cuando debe esclarecer la licitud de un ROS cursado previamente por alguno de los sujetos obligados.

Además, deberán reportar conductas o actividades de las cuales "...pueda inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo".

Con claridad, **la nueva ley añade a la obligación de reportar operaciones inusuales ya existente, la de efectuar juicios de valor subjetivos, independientemente de la inusualidad, sobre la eventual vinculación de un hecho con actividades delictivas.** Creemos que el límite constitucional de la convocatoria a terceros para complementar las funciones estatales de control, que toleraba imponerles la obligación de reportar operaciones inusuales, se ve seriamente desbordado al exigir la formulación de una valoración en torno a la sospecha de ilicitud, **desnaturalizándose así el sistema** y abriendo la puerta a graves conflictos que perjudicarán su funcionamiento. **Ni la UIF es un órgano de persecución del delito ni puede pretenderse que los sujetos obligados devengan expertos en Derecho Penal.** Por otra parte, las desmedidas exigencias a los sujetos obligados generan un volumen de información y ROS que pueden resultar contraproducentes en relación con el objetivo primordial de detectar operaciones de lavado de dinero proveniente del crimen organizado.

2. Muy especialmente, debe **revisarse la discrecionalidad del proceso de selección de los sujetos obligados a fiscalizar, el procedimiento sumarial para la imposición de sanciones y la proporcionalidad de las multas.**

Por un lado, el control en sí debe reunir ciertos elementos aleatorios para no direccionar arbitrariamente la selección del sujeto a verificar. Sin embargo, una vez determinado ese sujeto, resulta fundamental contar con un procedimiento objetivo y predeterminado de cuáles son los elementos a fiscalizar, los deberes a cumplir y, eventualmente, las sanciones por cada infracción cometida. Solo a través de estas pautas podrá evitarse una utilización discrecional del poder de fiscalización y sanción administrativa de la UIF con fines que excedan la prevención, control y sanción de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

3. **Debe someterse a la UIF a algún organismo de control que supervise su desempeño,** atento la magnitud de las facultades con que ha sido dotada. El **artículo 15 de la Ley 25.246** establece el deber de la UIF de presentar una **rendición anual de su gestión al Congreso Nacional,** así como a comparecer ante sus comisiones “todas las veces que éstas lo requieran y emitir los informes, dictámenes y asesoramiento que éstas le soliciten”. **En la práctica, no existe un control real de las operaciones de la UIF, de su presupuesto económico-financiero, ni de aquellas acciones discrecionales mencionadas previamente.** Nuevamente, las importantes atribuciones e incumbencias de la

UIF exigen la existencia de un órgano de contralor que garantice su adecuado funcionamiento, así como un mínimo resguardo de las libertades de ejercicio de actividades lícitas por parte de los sujetos obligados.

4. En línea con lo expuesto previamente, sería conveniente **revisar el proceso de financiación del órgano** pues, según el artículo 27 de la Ley 25.246, el producido de la venta o administración de los activos involucrados en los delitos pertinentes, así como el de las multas que esta impone, “serán afectados a financiar el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera (UIF), así como a sus programas de capacitación”. Si bien dicho articulado también hace referencia a financiar la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y diversos programas de salud, no se observa en la práctica un detalle transparente de los recursos ni de su utilización.

5. Deberían existir **incentivos para que los sujetos obligados de carácter privado se identifiquen con el fin último del sistema de prevención**, alineando el cumplimiento de sus obligaciones con los resultados esperados y concretos que su contribución permitirían obtener. Más allá de una sincera actitud del sujeto obligado y una asociación con sus regímenes internos de responsabilidad social empresaria, debería pensarse en un **sistema de premios y castigos para los sujetos que contribuyen activamente o no en la prevención del crimen organizado**.

