

Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo

Inconstitucionalidad de la ley 25.246 y de la resolución 10/2004 UIF * **

Por **Horacio L. Pelosi**

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha avalado, por principio, toda iniciativa o legislación que tenga como fin evitar y prevenir el lavado de dinero y la realización de actos ilícitos, con especial atención al narcotráfico y el terrorismo internacional. De cualquier modo, estas acciones deben sustentarse en la ley y no implicar o conllevar una violación al principio de legalidad. Como Institución, el Colegio ha exigido siempre el respeto y la defensa del Sistema Jurídico, única fuente de una sociedad justa y libre.

A partir de estos conceptos, es necesario comprender la situación actual de los escribanos y la necesidad de plantear una medida cautelar en defensa de la violencia jurídica que instauran normas inconstitucionales como la ley 25.246¹ y la resolución 10/2004 de la Unidad de Información Financiera.

* El presente artículo ha sido elaborado en base a los fundamentos redactados por los doctores David Halperín y Luis Careri como parte de la interposición de acción declarativa (Art. 322 CPCN) “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c. E. N. Ministerio de Justicia y DD. HH. - UIF Resolución 10/04 s/ proceso de conocimiento”, iniciada el 3 de febrero de 2005 ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de esta Ciudad.

** Publicado en *La Ley* del 24/6/2005.

(1) Ley 25.246 sancionada el 13/04/2000, promulgada el 05/05/2000. B. O. 11/05/2000, titulada “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera. Creación, función, integración y competencia. Sujetos obligados a informar. Régimen penal administrativo. Actuación del Ministerio Público Fiscal. Modificación del Código Penal y

Para analizar las razones por las cuales nuestra Institución ha promovido una acción declarativa (art. 322 del CPCCN) contra el Estado Nacional (Unidad de Información Financiera) es importante recordar los antecedentes inmediatos.

1. Antecedentes

El 5 de mayo de 2000, con la promulgación de la ley 25.246, se modifica el Código Penal, especialmente los artículos 277, 278 y 279 del Capítulo XIII, el que pasó a denominarse “Capítulo XIII: Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo”. En el Capítulo II de esa misma ley, se crea la Unidad de Información Financiera (UIF), entidad con autarquía funcional que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, quedando a su cargo el análisis, tratamiento y transmisión de información que permitiera prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de diversos delitos. Asimismo, el 27 de diciembre de 2004, la Unidad de Información Financiera dictó la Resolución 10/2004 por la que se aprueba la “Directiva sobre Reglamentación del artículo 21 incisos a) y b) de la Ley N° 25.246 sobre Operaciones Sospechosas, Modalidades, Oportunidades y Límites del Cumplimiento de la Obligación de Reportarlas. Escribanos Públicos, la guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas”. El “Reporte de Operación Sospechosa” y el “Reporte Sistemático de Información para Escribanías. Mecanismo de Información Electrónica”, la que se refiere específicamente como sujetos obligados a informar a la Unidad de Información Financiera, a los escribanos públicos.

Estas normas violan el principio de *legalidad* en tanto obligan a los escribanos públicos a denunciar operaciones consideradas sospechosas basándose en criterios difusos, subjetivos y cuyo supuesto básico es la *sospecha indiscriminada* de todos los ciudadanos.

Ante esto, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires realizó la presentación mencionada con el objeto de defender al notariado de disposiciones legales y reglamentarias que transgreden principios y garantías amparados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales.

2. Argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de estas normas y justifican la medida cautelar presentada

a) Transgresión del Principio de Legalidad y Tipicidad

En primer lugar, el art. 21 inc. b, *viola la función de garantía del Derecho Penal objetivo* –o sea, el principio de legalidad y tipicidad– y el principio de culpabilidad, en tanto establece que las personas obligadas a brindar información a la Unidad de Información Financiera deberán “informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efec-

de la ley 23.737” (*Adla*, LX-C, 2805 –El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2000-B, p. 1635–).

tos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, así como también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada. La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de *pautas objetivas*, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad”.

b) Violación del secreto profesional

En ese mismo sentido, los artículos 14 y 20 *transgreden el deber de guardar el secreto profesional prescripto* en la ley 404² reguladora del notariado en la Ciudad de Buenos Aires (art. 29 incisos j y p). El art. 14 porque establece que “En los casos en que a la Unidad de Información Financiera le sean opuestas disposiciones que establezcan el secreto de las informaciones solicitadas, podrá requerir en cada caso autorización al juez competente del lugar donde deba ser suministrada la información o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de la misma”. Por otra parte, el art. 20 establece que “No serán aplicables ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley las disposiciones legales referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni los compromisos de confidencialidad establecidos por la ley o por contrato cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente del lugar donde la información deba ser suministrada o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de ésta, o por cualquier tribunal competente con fundamento en esta ley”. De este modo se faculta a la UIF a requerir documentación y al hacerlo, en el caso de los escribanos, *infringe el artículo 73 de la Ley 404, que establece que los escribanos sólo podrán entregar documentación del protocolo si lo solicita un juez competente*. Esta norma ha sido dictada en ejercicio del poder de policía de las profesiones, que constituye una *facultad reservada* a las provincias y también a la Ciudad de Buenos Aires.

c) Transgresión del Principio de reserva de ley y Delegación ilegítima del poder punitivo del Estado

El art. 14 inc. 10 no sólo viola el *principio de reserva de ley*, sino también los arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, *al constituir una delegación ilegítima del poder punitivo del Estado*.

(2) Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada 15/6/2000, promulgada el 12/7/2000. B. O. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 24/7/2000, titulada “Ley Orgánica Notarial. Se dejan sin efecto en el ámbito de la Ciudad las Leyes Nacionales 12.990 y 22.722 y la Resolución Nacional 1104/91 (M. J.)” (*Adla*, LX-D, 4603).

3) Fundamentación de la inconstitucionalidad de la ley 25.246 y de la resolución 10/2004 de la UIF

3.1 Ley 25.246

Tanto el art. 21 inc. b, al diferir a la reglamentación la determinación de las operaciones sospechosas, como el art. 14 inc. 10, en cuanto faculta a la Unidad de Información Financiera a dictar las directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, están afectando el principio de legalidad.

Este principio ha sido consagrado, como es sabido, tanto por la Constitución Nacional, en sus artículos 18 y 19, como por los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Adla*, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107), con rango constitucional de acuerdo con el inc. 22 del art. 75 de la primera. La legalidad significa que la *única fuente de la ley penal* en el sistema argentino son los órganos constitucionales habilitados y la única ley penal es *la ley formal de ella emanada*, conforme al procedimiento que establece la Constitución Nacional (conf. *Derecho Penal*, Eugenio R. Zaffaroni, Ed. Ediar, p. 112). También, establece que el *único órgano* habilitado constitucionalmente para dictar las leyes penales es el Poder Legislativo.

La legalidad significa que la conducta prohibida –el tipo penal– debe ser determinada con la máxima precisión técnica posible y en forma taxativa, en cumplimiento de la garantía que al respecto fuera receptada por nuestra Constitución Nacional. Por lo tanto, el art. 21 inc. b de la ley 25.246 viola este principio, por cuanto no sólo no precisa la acción típica, sino que remite a “una sospecha” para su configuración y, por otra parte, remite a un *órgano administrativo* –UIF– la precisión de la conducta abarcada en el tipo penal. Se convierte, así, en una *ley penal en blanco* en tanto el tipo penal depende de la configuración de un órgano administrativo. Cabe, en este punto, citar al doctor Edgardo Alberto Donna, en su obra *Teoría del Delito y de la Pena*, quien sostiene que “*las personas a quienes se dirige la norma deben poder prever cuál es la conducta prohibida. De allí que el legislador, a quien se le exige la determinación del tipo penal, lo debe hacer de manera expresa, a los efectos de completar la norma*”. Esto es, la norma no puede completarse en la determinación del tipo por el reglamento o el decreto a que ella hace referencia, cuando se trata de una ley penal en blanco.

Por lo demás, se convierte en una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del Poder Legislativo, motivo suficiente para declarar su inconstitucionalidad, ya que la norma complementaria –Resolución 10/2004 de la UIF– surge de un órgano sin facultad legislativa. Al emitir esa norma, la Unidad de Información Financiera ha dictado una norma general nula, de nulidad absoluta, conforme al art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional que veda al Poder Ejecutivo y, por ende, a sus órganos de menor jerarquía, la emisión de disposiciones de materia legislativa. Es importante señalar que esta delegación transgrede, además, el art. 76 de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que tampoco neutraliza la inconstitucionalidad de esta ley el

argumento de las materias inestables que las requiere, en el sentido de que los cambios rápidos no podrían ser seguidos por el legislador penal –como se indica en la Resolución 10/2004, Anexo II: Guía de transacciones inusuales o sospechosas–, ya que no hay materia que requiera cambios tan urgentes ni que requiera de prevención punitiva que justifiquen la omisión de la función irrenunciable del legislador. La doctrina considera constitucionalmente tolerable solamente aquella ley penal en blanco que reenvía a otra ley de igual jerarquía, siempre y cuando no se violen principios de estricta legalidad, proscripción de analogía y no retroactividad (Zaffaroni, ob. cit.). La ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad, ya que da lugar a la analogía, absolutamente prohibida en materia penal, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio y del principio de legalidad (Zaffaroni, ob. cit.).

En este caso se está habilitando con poder punitivo al órgano administrativo, poder que es exclusivo del Poder Legislativo –art.75, inc. 12 de la Constitución Nacional–.

Asimismo, esta ley, al sancionar como conducta típica “la no información de una sospecha”, lleva a una imprecisión descriptiva que viola el principio de máxima taxatividad legal. Es necesario conocer con precisión la conducta prohibida por la norma o la descripción de la conducta cuyo cumplimiento es sancionado. Por lo contrario, en este caso, la vaguedad legislativa se manifiesta al prescribir que la conducta merecedora de punición es “no informar *una sospecha*”, *sin indicar taxativamente, cuándo el sujeto “debe sospechar”*.

El Estado debe dar una advertencia leal al ciudadano acerca de la conducta prohibida para que éste pueda conducirse adecuadamente. Si el ciudadano no conoce las reglas de juego, el Estado no puede exigirle su cumplimiento. Y si la ley no cumple acabada y precisamente con esa advertencia resulta inconstitucional. Imponer la obligación de informar una “sospecha” con la vaguedad de interpretación de la acción así descrita, más allá del intento de precisión sobre su alcance contenido en la norma y su reglamentación, implica una flagrante violación al principio de legalidad que torna en inconstitucional, tanto la ley como su reglamentación.

Por lo expuesto, queda en claro que la ley 25.246 viola la garantía de legalidad y, además, el principio de culpabilidad al diferir la determinación de la sospecha y las circunstancias en que el sujeto informante debió entender que una operación era sospechosa al criterio o voluntad de un tercero, en este caso, la propia UIF. En ese sentido y en relación con la función del escribano, esta norma debería poder permitir el estricto cumplimiento de la normativa notarial. Siguiendo los conceptos de la teoría de la imputación objetiva, no puede esperarse del escribano una actividad *de investigador para la cual no fue preparado* y que no es de su incumbencia. Si la ley le impone ahora ese rol, debe hacerlo en forma precisa, indicándole taxativamente las condiciones objetivas de cuándo y por qué debe sospechar de una operación.

El problema central que genera la redacción de esta ley 25.246 radica en la falta de determinación de los alcances del término “sospecha”, poniendo al es-

cribano en situación de riesgo, ya que al evaluarse su actividad profesional, de acuerdo con su intervención en una operación bajo el sistema de responsabilidad objetiva, contradice nuestro propio ordenamiento jurídico. En ese sentido puede darse el caso de que, de absoluta buena fe y de acuerdo con su leal saber y entender, una operación en la cual no se verifiquen las circunstancias enunciadas por la reglamentación no le resulte sospechosa al escribano interviniente y, sin embargo, a posteriori se determine –la vaguedad de la ley de la que hablamos así lo permite– que la operación resultó serlo. En ese caso, si el escribano intervino de absoluta buena fe y no sospechó, igualmente se verá imputado en un proceso por su sola intervención material, ya que al no existir datos objetivos a priori, no podrá determinarse la falta de reprochabilidad en su conducta.

Siguiendo con los puntos inicialmente presentados, los arts. 14 y 20 de la Ley 25.246 transgreden la Ley 404 que obliga a los escribanos a guardar el secreto profesional. También contradice el art. 29 inc. j de la Ley 404, que exige a los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires guardar estricta reserva del Protocolo y exhibirlo sólo en los casos previstos en el art. 73 de esa ley. Por su parte, el inc. p del art. 29 lo obliga a mantener el secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de sus funciones. Como hemos visto, en virtud de los arts. 14 y 20 de la Ley 25.246, los secretos profesionales no le son oponibles a la Unidad de Información Financiera. La norma es de por sí confusa, pues se refiere a que dicha Unidad podrá requerir del juez competente el allanamiento del secreto profesional, cuando por el art. 73 de la ley 404 que, en conjunción con lo dispuesto por el art. 29 inc. j, establece que los escribanos sólo pueden exhibir el protocolo al juez competente y a los que tuvieren un interés legítimo con los respectivos documentos notariales, personas que define con precisión en el inc. b del art. 73. Con lo cual parecería que la facultad de prescindir de ese secreto no es tan clara para el organismo administrativo.

Pero lo cierto es que la obligación de guardar secreto profesional surge de una norma dictada en ejercicio del poder de policía de las profesiones atribuido a las provincias y por tanto también a la Ciudad de Buenos Aires; es una norma exclusiva y excluyentemente local, por lo que no puede ser objeto de avasallamiento por normas emanadas del Gobierno Federal. A este respecto, cuadra señalar que el poder de policía constituye una facultad legislativa restrictiva de derechos que tiene por objeto limitarlos para, en esa regulación, tornarlos compatibles con los derechos de terceros (Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pp. 490 y sigtes.). El poder de policía por vía de principio es local, pues las provincias se lo han reservado, esto es, no lo han delegado a la Nación y excepcionalmente puede ser federal o nacional (Marienhoff, M. S.; ob. cit., p. 508). En consecuencia, el avasallamiento de las normas de la ley 404 por parte de la ley 25.246 transgrede la distribución de competencias del régimen federal argentino afectándola notoriamente, y por ello, es inconstitucional.

3. 2 Resolución 10/2004

Pasaremos a continuación a exponer los fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la Resolución 10/2004 de la Unidad de Información Financiera.

Al habersele trasladado a la UIF la facultad de desarrollar la norma penal y también la de establecer el tipo penal, se viola el principio de legalidad contradiciendo abiertamente lo dispuesto por los arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, afectando directamente la garantía de reserva de ley en materia penal, establecida por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. En consecuencia, las normas que dicta el organismo administrativo resultan ser también inconstitucionales.

La Resolución 10/2004 de la UIF –especialmente el Anexo II– en la medida en que *no establece pautas objetivas*, constituye una violación de la ley y un exceso reglamentario. Por otra parte, también desvirtúa la directriz legal de la ley 25.246, que establece que la Unidad de Información Financiera indicará, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de informar la operación sospechosa. En el Anexo II de la mencionada Resolución se establecen algunas pautas que tienen cierto grado de objetividad y otras que *carecen totalmente de ella*. En estos casos, no cabe ninguna duda de que se produce un claro vicio en su objeto. El objeto del acto, es lo que este decide, opina (Hutchinson, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, p. 331). Según el art. 7 inc. c de la ley 19.549 (*Adla*, XXXII-B, 1752), el objeto debe ser física y jurídicamente posible; debe adecuarse al ordenamiento jurídico todo, es decir, a la Constitución, a la ley y a los reglamentos (Fiorini, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 420/421). El vicio en el objeto se denomina violación de la ley aplicable (Marienhoff, M. S., ob. cit., t. II, pp. 527/529). Tal vicio en el objeto genera la nulidad absoluta del acto.

El Anexo II punto V de la Resolución 10/2004 UIF es ilícito en cuanto impone una obligación que resulta físicamente imposible de cumplir por parte del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, la normativa establece que dicha Institución debe brindar información respecto de las escrituras pasadas por sus matriculados, pero, teniendo en cuenta que los protocolos llegan al Archivo varios años después de autorizados los actos y que los mismos no se encuentran sistematizados, no existe la posibilidad material de que la Institución cuente con la información requerida en los términos previstos por la ley, aun después de ese plazo. Se transgrede así, el art. 7 inc. c de la ley 19.549, que exige que el objeto del acto sea físicamente posible y también el art. 953 del Código Civil (ver Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, p. 118), que castiga con la nulidad los actos jurídicos cuando su objeto es imposible. Al respecto, cabe recordar la nota al art. 953 del Código Civil donde Vélez Sarsfield nos recuerda que: “Mas los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución”.

Estos fueron, en síntesis, los principales fundamentos que sustentan la declaración de inconstitucionalidad de las normas aludidas. Así, se ha acreditado cómo la ley 25.246 ha transgredido el principio de legalidad al haber facultado a la Unidad de Información Financiera a completar el tipo penal, facultad reservada exclusivamente al legislador formal. Asimismo, queda en claro cómo la UIF no ha respetado la directriz del legislador formal y lejos de establecer pautas objetivas para determinar la existencia de sospecha, las ha dejado diferidas a la apreciación de la propia organización administrativa.

4. Conclusiones

4. 1. La acción interpuesta por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires responde a la certeza de que debe legislarse con exactitud sobre las desviaciones que se encuentran plasmadas en las normas señaladas.

4. 2. No se debe imponer a profesionales con funciones claramente determinadas por el Estado, actividades para las cuales no está capacitado y por las cuales puede verse gravemente responsabilizado. La ley que contiene estos defectos resulta inconstitucional, pues no se ajusta al mandato de la Constitución Nacional, esto es, a la estricta observancia del principio de legalidad.

4. 3. Los notariados de diez provincias del país cuentan con medidas cautelares similares a la solicitada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Ellas son Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Corrientes, La Pampa, Catamarca y Tucumán.

Esta circunstancia hace que tanto el ejercicio de la función notarial como la situación de los requirentes tenga tratamientos totalmente diferentes según el lugar de otorgamiento del acto.

4. 4. La mencionada Institución ha sostenido y sostiene con vehemencia la colaboración de los escribanos en la represión de toda clase de delitos y en particular los que han merecido el tratamiento de las cuestiones aludidas.

4. 5. La acción del mencionado Colegio fue iniciada el día 3 de febrero de 2005, sin haber encontrado hasta la fecha tribunal competente que entienda en la misma. Se inició en el fuero Federal Contencioso Administrativo, allí luego de declararse incompetente el Juzgado respectivo pasó al fuero Federal Criminal y Correccional, donde también se estableció la incompetencia para regresar al fuero de origen y el Juzgado de Primera Instancia derivó a la Cámara respectiva el establecimiento de la competencia.