

Inconstitucionalidad y subjetividad vs. función notarial *

Por **Julián Matías Castro** y **Arnaldo Adrián Dárdano**

Introducción

Expresa Isidoro Blanco Cordero, en su libro *El delito de blanqueo de capitales*, que puede definirse al lavado de dinero como “El blanqueo de capitales en virtud del cual los bienes de origen delictuoso ingresan al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”.

La existencia de normativa que intente evitar el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas es consecuencia de una realidad internacional.

Si analizamos los objetivos perseguidos para la creación del *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) y el resultado de su trabajo, entre ellos sus Recomendaciones, que constituyen el marco internacional básico en la lucha contra el blanqueo de capitales, es inmediata nuestra categórica aprobación. ¡Cómo no estarlo!

Argentina, como miembro del citado organismo internacional, busca efectivizar dicha lucha mediante la creación de un sistema preventivo, en principio reflejado con la sanción de la ley 25246 y consecuente creación de la Unidad de Información Financiera (UIF).

La sociedad en su conjunto sufre las consecuencias nefastas de la existen-

* Trabajo presentado para el Tema II: *El notario como colaborador del Estado en la lucha contra el lavado de activos provenientes de ilícitos*, en las VII Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur y el XVII Encuentro Nacional del Notariado Novel, que tuvieron lugar en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, del 20 al 22 de octubre de 2005.

cia de múltiples maniobras que, sin control, incorporan dinero proveniente de actividades ilícitas a la economía legal a través de una aparente legalidad.

Los distintos operadores de la vida económica deben aunar sus esfuerzos para compartir junto con el Estado la lucha contra este flagelo de la modernidad, desde su escenario particular.

Es innegable que el notariado, por su parte, a través de su intervención y como custodio de la seguridad jurídica, ha sido un fiel reflejo de dicho accionar. El escribano da fe de la identidad de los requirentes incluyendo en el documento una acabada identificación de la persona, acreditando –de ser el caso– la personería jurídica y la representación indicada; redacta el negocio con una descripción pormenorizada de la operatoria, actúa también como agente de recaudación de los tributos y de información a los organismos de recaudación y finaliza, en la mayoría de los negocios económicos por él instrumentados, con la rogatoria para su inscripción registral, con su consecuente publicidad. Este accionar tiende a desalentar la concreción de actividades derivadas del lavado de dinero.

Es de remarcar que en Argentina, a través de numerosas leyes, históricamente se le han impuesto al escribano obligaciones accesorias a su función, lo que ha aceptado sin remuneración alguna, siendo esto un fiel ejemplo de colaboración, y hasta desprovista de un interés económico, para ayudar al Estado a controlar y exigir el pago de impuestos, así como el cumplimiento de una gran cantidad de normas.

Pero la novel ley 25246 impone al notario obligaciones que no son solamente accesorias a su actividad, sino contrarias al espíritu mismo de la función notarial, ya que torna a todas las operaciones como “sospechables”, esperando que el escribano cumpla con actividades más típicas de un investigador profesional que de un profesional del derecho.

Es importante primeramente examinar el panorama internacional en la materia, así como las Recomendaciones del *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) sobre el blanqueo de capitales, a fin de verificar si la normativa argentina toma en consideración lo aconsejado por dicho organismo. A continuación, se analizará la legislación argentina vinculada a esta problemática y sus contradicciones con la restante normativa, para luego focalizar sobre la esencia de la función notarial y, en particular, en la relación entre los notarios y el Estado.

Desarrollo

I. El lavado de dinero y el panorama internacional

El fenómeno del lavado de dinero ocupa hoy un lugar preferencial en la agenda de los temas que más preocupan a la comunidad internacional. Por tal motivo, es importante la preocupación por elaborar medidas efectivas tendientes a atacar a la “criminalidad organizada” que existe detrás de ciertas operaciones financieras que hacen ingresar dinero de origen delictivo en el flujo lícito de activos.

La Directiva del Consejo de la Comunidad Europea N° 91/308, en cuya Ex-

posición de Motivos afirma que: “El reciclaje de dinero se debe combatir principalmente con medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales” y que “el fenómeno del reciclaje de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y terrorismo)” es un claro ejemplo de lo expuesto.

Bajo esos primeros lineamientos, los Estados miembros de la Unión Europea han ido incorporando la tipificación del lavado de dinero como delito autónomo. Así, en las legislaciones penales de Alemania, Austria e Italia, se ha previsto expresamente la penalización del blanqueo de dinero con clara independencia del delito de receptación o encubrimiento.

En los Códigos Penales de Bélgica, Francia y España, en cambio, se ha seguido una técnica legislativa distinta, en la que se amplían las alternativas de la figura clásica de la receptación de bienes provenientes de un delito (encubrimiento).

También es importante hacer constar que en la mayoría de las legislaciones penales europeas, donde se legisla el lavado de dinero, existe un complemento por el cual, a través de un régimen administrativo, se obliga a distintos sujetos a informar.

Sin embargo, si bien se avanza permanentemente en la intención de arribar al establecimiento de pautas comunes, aún existen importantes discrepancias entre los Estados que integran la Comunidad Europea en lo relativo a la penalización, o no, de la comisión culposa de las figuras delictivas previstas en cada ordenamiento jurídico y sobre las formas de represión de las acciones vinculadas al blanqueo de dinero.

Estas discrepancias repercuten negativamente en las posibilidades de represión de conductas vinculadas al lavado o blanqueo de dinero de origen delictivo. Y por parte de los sujetos obligados han generado, además, un reclamo de pautas objetivas sobre las conductas a informar, coincidiendo que las obligaciones impuestas, en la mayoría de los casos atentan operativa y económicamente contra las organizaciones financieras y entorpecen el tráfico jurídico.

II. EL GAFI

El *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) es un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales. Con estas medidas se intenta impedir que dichos productos se utilicen en actividades delictivas futuras y que afecten a las actividades económicas lícitas.

El GAFI está actualmente integrado por 29 países (Alemania; Argentina; Australia; Austria; Bélgica; Brasil; Canadá; Dinamarca; España; Estados Unidos; Finlandia; Francia; Grecia; Hong Kong; China; Irlanda; Islandia; Italia; Japón; Luxemburgo; México; Noruega; Nueva Zelanda; Reino de los Países Bajos; Portugal; Reino Unido; Singapur; Suecia; Suiza y Turquía) y dos organismos internacionales (la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del

Golfo). Entre sus miembros se encuentran los principales centros financieros de Europa, América del Norte y del Sur, y Asia. Es un organismo que reúne a expertos encargados de adoptar medidas sobre cuestiones jurídicas, financieras y operativas.

La necesidad de abarcar todos los aspectos relevantes de la lucha contra el blanqueo de capitales se refleja en el conjunto de las cuarenta Recomendaciones que el GAFI ha decidido aplicar y cuya adopción se promueve en todos los países que forman parte de él. Las Recomendaciones se redactaron inicialmente en 1990. En 1996, las cuarenta Recomendaciones se revisaron para reflejar la experiencia de los siguientes seis años y los cambios experimentados en materia de blanqueo de capitales.

Las mencionadas Recomendaciones constituyen el marco básico de la lucha contra el blanqueo de capitales y han sido concebidas para una aplicación universal.

III. La Recomendación 23 del GAFI

Dentro de las Recomendaciones realizadas por el GAFI es importante analizar la N° 23, que establece: “Los países deberían estudiar la viabilidad y utilidad de un sistema en el que los bancos y otras instituciones financieras e intermediarios declararían todas las transacciones de moneda nacionales e internacionales por encima de un determinado umbral, a un organismo central nacional que disponga de una base de datos informatizada a la que tengan acceso las autoridades competentes en materia de blanqueo de capitales, y cuya utilización esté estrictamente limitada”.

¿Los profesionales vendríamos a ser los intermediarios? ¿El notario, funcionario público, depositario del poder fedante, sería para la Recomendación 23 del GAFI un intermediario? ¿No se habrá equivocado el legislador al incluir dentro de la legislación a sujetos que no estaban contemplados en el pensamiento de las personas que redactaron las Recomendaciones de un grupo cuyo enfoque consiste en combatir el lavado de activos delictivos desde la acción financiera?

Es de hacer notar que en la propia conformación de la Unidad de Información Financiera, prevista en el artículo 8 de la ley 25246, compuesta por 11 miembros, no se reserva ningún sitio para los profesionales obligados.

IV. Legislación argentina sobre lavado de dinero

La ley 25246, promulgada el 5 de mayo de 2000, modifica el Código Penal al crear un Capítulo denominado “Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo” y modifica el artículo 278 al establecer penas para quienes hubieran participado en la transferencia de bienes provenientes de un delito “que adquieran la apariencia de un origen lícito”.

También crea la UIF (Unidad de Información Financiera) en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a cuyo cargo queda –conforme a su artículo 6º– el análisis, tratamiento y transmisión de informa-

ción que permita prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de diversos delitos.

En su artículo 14 se establece que si a la UIF se le opone el secreto profesional, podrá requerir a un juez la autorización pertinente.

Su artículo 20 prevé quiénes serán los sujetos obligados a cumplir con el deber de información a la UIF, entre los cuales se encuentran los escribanos públicos (inc. 12), y agrega que “No serán aplicables las disposiciones legales referentes al secreto [...] profesional ni compromisos de confidencialidad, cuando el requerimiento de información sea formulado por el Juez competente ...”.

En el artículo 21 se enumeran las obligaciones de los sujetos obligados, entre las que se encuentra, en su inciso b) la de “Informar cualquier hecho u operación sospechosa [...] que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad [...] como así 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...”, y continúa dicho artículo disponiendo que la UIF establecerá, “a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado...”. En su inciso c) se obliga a los sujetos informantes de abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley.

Finalmente, en el artículo 24, se contempla la sanción por el incumplimiento del deber de informar que no configure un delito más grave, con una multa de 1 a 10 veces el valor total de los bienes u operación.

A través de la Resolución 10/2004 de la UIF, de fecha 27 de diciembre de 2004, se aprueba la “Directiva sobre Reglamentación del Art. 21 inciso a) y b) de la ley 25.246”, una “Guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas”, se aprueba un procedimiento para el “Reporte de Operaciones Sospechosas” y otro procedimiento para un mensual “Reporte Sistemático de Operaciones”.

Entre otras, dicha Resolución fija una Pauta sobre cómo y con qué profundidad “identificar a los clientes”, que excede la mera identificación, al requerírseles datos acerca de su actividad comercial o laboral, y datos de contacto como direcciones, teléfonos particulares, laborales e, incluso, dirección de correo electrónico. También establece que en el caso de intervención de sociedades, deberá requerirse, además, la documentación acreditativa de la existencia de la sociedad y de la que surja el carácter del interviniente, y el Libro de Depósito de Acciones y Asistencia a Asambleas a efectos de verificar la última asamblea societaria registrada, de donde surjan los nombres y apellidos, documentos y domicilios de los socios actuales. Copia de toda la documentación antedicha deberá conservarse durante un período mínimo de 5 años.

Por otra parte, para operaciones superiores a \$ 500.000, exige a los escribanos que requieran documentación respaldatoria que justifique los fondos; se aceptan, entre otros, certificación de contador público, certificación bancaria de la que surja la existencia de los fondos, o aquella que acredite la venta de bienes muebles, inmuebles, valores o semovientes por importes sufi-

cientes. Para operaciones superiores a \$ 200.000 pero inferiores a \$ 500.000, bastará con la declaración jurada del requirente sobre la licitud y origen de los fondos.

La Resolución establece que en caso de “inusualidad” o “sospecha”, teniendo en cuenta elementos tales como volumen, valor, características, frecuencia y naturaleza de la obligación frente a las actividades habituales del cliente o requirente, deberá reportar dicha circunstancia, acompañando toda la documentación respaldatoria con la que cuente, dentro de las 48 hs de haber tomado conocimiento de la operación, y todo ello sin informar a los requirentes del reporte efectuado. La UIF se reserva la facultad de resolver sobre la suspensión de la ejecución de cualquier operación o acto previamente informado.

A través de una Guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas, la Resolución enumera, de manera no taxativa sino meramente ejemplificativa o de supuestos, una serie de situaciones descriptas en forma genérica e imprecisa, que de manera subjetiva a consideración y bajo responsabilidad del escribano interviniente, deberá evaluar y eventualmente considerar como sospechosa.

En relación con el “Reporte Sistemático”, a través de éste deben ser informadas mensualmente, de manera electrónica, dentro de los 5 primeros días hábiles de cada mes, la totalidad de las escrituras efectuadas durante el mes anterior, de transferencia de dominio sobre inmuebles cuyo monto o valuación sea superior a \$ 200.000 y las escrituras de mutuos por un importe superior a \$ 50.000.

V. Aplicación actual de la normativa

El ejercicio de las obligaciones que surgen de la mencionada normativa se encuentra suspendida en varios Estados provinciales, en razón de decisiones judiciales motivadas en acciones de amparos propiciadas por los respectivos colegios profesionales.

Todos los Colegios de Escribanos del país, de manera concordante, coinciden en estimar que las obligaciones que surgen de dicha Resolución, e incluso parte de la propia ley, son inconstitucionales, en especial las siguientes normas:

Art. 21, inc. b, por el que se remite a una “sospecha” para la configuración de un delito, término subjetivo en sí mismo, y en especial al permitirse a la UIF reglamentar dicha circunstancia, lo que implica delegarle la facultad para completar el tipo penal a un organismo dependiente del Poder Ejecutivo, lo que claramente afecta el principio de legalidad y tipicidad de la norma penal, así como también afecta el principio de culpabilidad al diferir la determinación de la sospecha y de las circunstancias en que el sujeto informante debió entender que una operación era sospechosa a un tercero, que en este caso es la UIF. La conducta típica de “no información de una sospecha”, sin establecer de manera clara y objetiva cuándo debe sospechar, le impide al escribano actuante conocer con precisión la conducta prohibida para evitarla y crea una situación de incertidumbre que afecta el ejercicio de la función.

Arts. 14 y 20, que avasallan el “secreto profesional”, cuya normativa surge de la legislación local (para el caso de la Ciudad de Buenos Aires se encuen-

tra prescripto en la ley de la Ciudad 404, art. 29, incisos j y p, y en el caso de la provincia de Buenos Aires, en el decreto-ley de la Provincia 9020/78 t. o. 1986, art. 35, inciso 6). Es de notar que dicha normativa local fue dictada en ejercicio del poder de policía de las profesiones, que constituye una facultad reservada a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, no delegada a la Nación, por lo que no puede ser objeto de legislación por normas del Gobierno federal.

Art. 14, inc. 1, que faculta a la UIF a requerir información, ya que también existe transgresión con la normativa local que obliga a los notarios a informar y exhibir los documentos obrantes en el protocolo solamente a solicitud de las partes o de un juez competente (para el caso de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra en el artículo 73 de la ley 404 local, y para la provincia de Buenos Aires, en el decreto-ley de la Provincia 9020/78 t. o. 1986, arts. 150 a 152).

La Resolución 10/2004 completa la norma penal establecida en la ley y, además, su Anexo II, claramente en contra de lo previsto en la propia ley 25246, no establece las pautas objetivas para el informe de operaciones sospechosas sino, muy por el contrario, establece pautas absolutamente subjetivas, conforme lo expuesto precedentemente en la descripción de la “Guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas”, todo lo que implica una violación a la ley y un exceso reglamentario.

VI. El Estado como protector de la función notarial

La necesidad de contar con seguridad jurídica hizo que la sociedad creara al notario. Esa necesidad fue reconocida posteriormente por el Estado, quien delegó en éste la función fedante. Tanto el Estado como la sociedad necesitaban de un funcionario imparcial que diera fe y de cuyos documentos no surgiera duda alguna.

El notario, como profesional del derecho a cargo de una función pública, da fe de los actos y hechos que por ante él ocurren, identificando a los requirientes, a las partes, acreditando las representaciones, describiendo los bienes y las particularidades de los negocios que ante él se instrumentan, volcando las escrituras por él autorizadas en el protocolo, invistiendo al acto de matricidad y, en muchos casos, ruega su inscripción en los distintos Registros otorgándole publicidad.

Seramente nos preguntamos si determinados países no deberían instituir la figura del notario, en lugar de crear Unidades de Información Financiera. El notariado de tipo latino ha demostrado a lo largo de los años ser una excelente herramienta para disuadir el acto delictivo. El notario, a través de su función, protege la seguridad jurídica, asesora a las partes, vigila el cumplimiento de las obligaciones legales y fiscales, y custodia la documentación, en forma imparcial y con pericia jurídica.

Es de remarcar que la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), analizando la problemática del lavado de dinero y las cuarenta Recomendaciones del GAFI, sugiere que para cumplimentar la lucha contra el blanqueo de capitales, el sistema financiero debe adoptar medidas comunes que hagan

(utilizando el término textual de la Recomendación) “a la verdadera identidad del cliente”, su carácter en los casos que represente a otro, comprobar la existencia y estructura jurídica del sujeto, y conservar al menos durante 5 años todos los documentos necesarios sobre las transacciones realizadas. Todo ello ha sido cumplimentado por el notariado en forma acabada e irreprochable a lo largo de la historia.

Ahora bien, no sólo el notario debe cuidar de su función, ejerciéndola dentro de la ética y del derecho, también el Estado es responsable de cuidar que la esencia de la función notarial no sea alterada. Cuando el notario o el Estado olvidan los objetivos creadores de la función, la desvirtúan y ponen en riesgo la seguridad jurídica y la paz social.

El Estado no debe imponer a los notarios obligaciones que sean incompatibles con su función porque indirectamente estará atentando contra la seguridad que, por otro lado, busca conseguir. El notario debe no sólo ser fiel a su función sino que, además, el Estado debe velar para que la función notarial no sea turbada.

El Estado debe aprovechar el instrumento notarial y sus elementos, combatir el delito, pero no debe cargar al notario con obligaciones extrañas a su función, porque esto pone en riesgo, en definitiva, a la seguridad jurídica buscada en su génesis.

VII. La normativa actual afecta a la función notarial, la seguridad jurídica y atenta contra la justicia social

Hemos analizado anteriormente cómo la normativa actual afecta claramente la función notarial, en los fundamentos de inconstitucionalidad argumentados por los colegios profesionales. Además de ello, observamos una cierta perversidad de la ley que, por un lado, obliga al escribano a brindar sus servicios notariales –salvo legítima excusación– y, por otra parte, lo obliga a sospechar de toda su actuación reportando situaciones sobre la base de un criterio subjetivo y sin conocimiento de esta circunstancia a las partes. Esta “posibilidad” va destruyendo la confianza que debe inspirar el escribano como depositario de la fe pública.

El hecho absolutamente necesario y que forma parte de la “esencia” del Derecho Penal de conocer con precisión la conducta prohibida para buscar que los sujetos la eviten, queda desvirtuado al crear un tipo penal por “colaborar en la transferencia de bienes [...] con apariencia de un origen lícito”, cuando justamente forma parte de las características de las operaciones de lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas que los negocios financieros e inmobiliarios se realicen a través de “maniobras ocultas”.

Por otra parte, en cuanto a la “no información de una sospecha”, sin que la ley determine con precisión el alcance, que contempla como mínimo una multa de *1 a 10 veces el valor total de los bienes u operación* si no configura un delito mayor, afecta el ejercicio de la función en su conjunto, ya que implica un “temor injustificado al ejercicio profesional”, una carga permanente que incide negativamente en su psiquis y pone en riesgo su propia estabilidad econó-

mica y la de su familia por la magnitud de la pena prevista, basado en no haber cumplido con una sospecha a consideración de un organismo administrativo. No es lógico mantener en “estado de duda” permanente a una persona que estudió, se preparó y opusculó para ejercer una profesión y prestar un servicio al conjunto todo de la sociedad, imponiéndole un castigo de semejante importancia, sin haber intervenido activamente en la actividad delictiva.

Ese “temor injustificado al ejercicio profesional” se ve agravado, desde el punto de vista civil, por la responsabilidad de su accionar. La ley 25246, en su artículo 18, establece que “El cumplimiento, de buena fe, de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa, ni de ninguna otra especie”. Pero ello, compatibilizado con el resto de los derechos previstos en la Constitución Nacional y del ordenamiento legal positivo vigente, será interpretado en cada caso particular por los jueces actuantes, de manera tal que este cumplimiento subjetivo coloca a los profesionales a cargo de la función notarial entre una disyuntiva de asunción de responsabilidades que afectan claramente su actuación; siendo en cualquiera de los casos posiblemente sancionado: por un lado, si su sospecha fue infundada y ello provocara un daño al sujeto denunciado o, por el otro, si no hubiere tenido la diligencia suficiente, conforme la UIF, para levantar fundada sospecha de un acto que por su propia naturaleza se encuentra teñido de un velo de legalidad.

No puede esperarse del escribano una actividad de investigador para la cual no fue preparado. La función notarial se ve modificada por reglas que lo obligan a “sospechar” y, por lo tanto, el análisis de esta circunstancia implicará tener una infraestructura necesaria para dicho análisis, que requiere recursos de tiempo y dinero, amén de las responsabilidades del mismo. Ese dispendio de tiempo propio y de sus dependientes, así como de dinero, provoca el desvío de la energía del ejercicio de la función en otra carga, todo lo que obstaculiza, encarece y desvirtúa la función notarial, y, en consecuencia, atenta contra la seguridad jurídica.

Específicamente, el art. 21, inc. c. de la ley 25246, que obliga al escribano a abstenerse de revelar al requirente o a terceros las actuaciones informadas, afecta la función notarial en sí misma. El notario cumple un rol docente al enseñar a las partes los alcances jurídicos del acto a otorgar, y analiza su juridicidad, su adecuación a las normas, y todo ello en un marco de absoluta imparcialidad.

Por otra parte, la Reglamentación 10/2004 de la UIF impone a los escribanos el deber de reportar información ya comunicada a otras dependencias del Estado, lo que requiere de tiempo laboral propio o de empleados para poder efectuarse. Nos referimos al reporte sistemático, basado en pautas objetivas, cuya información también debe presentarse, cuatrimestral, mensual y hasta quincenalmente a sujetos también requeridos por la propia UIF. Es de hacer notar que los negocios de contenido económico informados son comunicados mayoritariamente con identificación de partes, montos e individualización de los bienes, a otras dependencias del mismo Estado Nacional (la Administra-

ción Federal de Ingresos Públicos, principalmente), lo que implica una duplicidad de reportes, mayor posibilidad de errores y un evidente superior costo operativo. Esto sin contar con que similares datos son enviados al Gobierno local para facilitar el cumplimiento de las obligaciones locales.

El encarecimiento del servicio notarial en su conjunto atenta principalmente contra los estratos sociales de menores recursos, al alejar a aquellos que más necesitan del asesoramiento y de la protección que el notariado les brinda desde sus orígenes.

La ley busca poner, tanto a notarios como también a organismos, entidades y a otros profesionales, en un rol para el que no han sido creados, teniendo como consecuencia un caudal de información que atenta contra la propia estructura de la Unidad de Investigación por un posible gran cúmulo de información recibida, que se evidencia en los reiterados pedidos de personal y equipamiento que la propia Unidad hace en sus reportes anuales al Parlamento argentino. El sistema aplicado atenta contra la economía del procedimiento, encarece la actividad privada y genera un alto índice de conflictividad jurídica entre los involucrados.

VIII. El escribano, colaborador en la lucha contra el lavado de dinero

El escribano colabora con el Estado de múltiples formas, no sólo informando sino también recaudando y posteriormente ingresando el dinero tanto a las arcas del Estado Nacional como a las de los Estados locales, tareas que ha cumplido de manera eficiente, conforme lo corrobora la propia realidad y continuidad en tal ejercicio.

La función notarial desde su inicio es incompatible con la instrumentación de actos o hechos que impliquen un delito evidente. Tanto es así que si el notario tuviera una mínima duda de que con su intervención se estaría violando la ley, debería negarse a prestar el servicio y, si la sospecha tuviera entidad suficiente o se evidenciara una violación a la ley, debería denunciarlo inmediatamente.

La lucha contra el lavado de activos requiere mucho más que la información de transacciones sobre inmuebles, ya que dicho hecho es sólo un eslabón en una cadena, que por sí mismo, probable y mayoritariamente, no sea suficiente para suponer un accionar con fines ilícitos, y es el Estado el que, contando con la sumatoria de informaciones parciales, combinando y seleccionando información de todas las entidades profesionales, y utilizando aquella de la que ya dispone, debe investigar y tomar las medidas necesarias para combatir el lavado de dinero o, en su defecto, ese accionar debe traducirse en descubrir dichos actos, encontrar a sus responsables, juzgarlos y encarcelarlos.

El Estado debe utilizar un sistema inverso al planteado por la legislación actual, en el que se le otorgue a la Unidad un verdadero rol de investigación, y no el de una oficina recaudadora de datos. La Unidad debe investigar, munida de las herramientas necesarias para dicho accionar, y si del trabajo realizado surgen dudas tangibles sobre la existencia de un delito, deberá recurrir a la juris-

dicción para que de esta forma el Poder Judicial y sus jueces hagan cumplir la ley.

El Estado debe ser el responsable de centralizar la información recibida por todos y cada uno de sus organismos, para luego distribuirla, en forma racional y estratégica, con la mínima burocracia y de la manera más económica en dinero y tiempo para todos los operadores. En resumen, es el Estado quien debe concentrar y desconcentrar, conforme la competencia de las distintas áreas de gobierno, los datos con los que ya cuenta y aquellos obtenidos de todos los sujetos colaboradores, para el cumplimiento de sus fines.

Es más, por la índole de esta problemática, podría resultar hasta insuficiente la información reunida y centralizada en todo el país. Es por ello que se torna de especial importancia una estrecha colaboración en el ámbito regional (MERCOSUR), a través de intercambio de información. En este punto central es de remarcar que tanto la República del Paraguay como la República Oriental del Uruguay no pertenecen a la estructura del GAFI, lo que dificulta este intercambio.

El Estado debe hacerse cargo de su rol. Debe observar imparcialmente el ordenamiento social y jurídico en su conjunto, no dificultando las actividades lícitas ni encareciendo el tráfico jurídico. Puntualicemos que el notariado no se niega a prestar toda su colaboración en la lucha contra el lavado de dinero, pero también es evidente que no puede pretenderse que dicha colaboración sea en desmedro de la propia función notarial.

Conclusiones

Por todo ello, opinamos que:

1) El legislador, buscando cumplir las Recomendaciones del GAFI, cuyo objetivo es combatir el blanqueo de capitales que puedan afectar las actividades económicas lícitas, equivoca el espíritu de dicha fuente al incluir a los profesionales como sujetos obligados, y logra el efecto contrario, ya que entorpece el tráfico lícito y transfiere a éstos obligaciones ajenas a sus funciones.

2) El Estado debe asumir su rol y responsabilizarse por la investigación en la búsqueda de lavado de activos provenientes de actividades ilícitas, sea a través de la información con la que ya cuenta el Estado, aquella suministrada por los sujetos “colaboradores” de manera objetiva, y la ayuda mutua entre países cooperadores.

3) La actual legislación argentina equivoca su orientación al buscar comprometer penalmente al escribano con una tipología confusa y subjetiva e imponerle obligaciones poco claras, peligrosas en cuanto a la responsabilidad, e incluso contrarias a la esencia de la función notarial, en lugar de buscar al “escribano colaborador”, que lo es por sus propias condiciones.

4) La imposición legal, por la que se remite a una “sospecha” para la configuración de un delito, es inconstitucional por afectar los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad. La facultad otorgada a la UIF para requerir información es inconstitucional al transferir al Estado Nacional potestades no delegadas por las provincias. Por último, la reglamentación de la UIF que esta-

blece pautas subjetivas para la determinación de una operación sospechosa implica una violación a la ley y un exceso reglamentario.

5) La figura del profesional fedante de tipo latino, como consecuencia de su función, ha demostrado ser una excelente herramienta para disuadir el acto delictivo.

6) El Estado no debe imponer obligaciones a los notarios que sean incompatibles con su función porque indirectamente estará atentando contra la seguridad jurídica y la paz social.

7) Observamos una cierta perversidad de la ley que, por un lado, obliga al escribano a brindar sus servicios notariales y, por otra parte, a sospechar de toda su actuación reportando situaciones sobre la base de un criterio subjetivo, absteniéndose de comunicar esta circunstancia a las partes.

8) El hecho absolutamente necesario y que forma parte de la “esencia” del Derecho Penal de conocer con precisión la conducta prohibida para buscar que los sujetos la eviten, queda desvirtuado al crear un tipo penal por “colaborar en la transferencia de bienes [...] con apariencia de un origen lícito”, cuando justamente forma parte de las características de las operaciones de lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas que los negocios financieros e inmobiliarios se realicen a través de “maniobras ocultas”.

9) La sanción contemplada por la “no información de una sospecha” afecta el ejercicio de la función en su conjunto, conllevando un “temor injustificado al ejercicio profesional”, una carga permanente que incide negativamente en su psiquis y pone en riesgo su propia estabilidad económica y la de su familia por la magnitud de la pena prevista, basado en no haber cumplido con una sospecha a consideración de un organismo administrativo.

10) Ese “temor injustificado al ejercicio profesional” se ve agravado, desde el punto de vista civil, por la responsabilidad de su accionar, lo que genera en el notario una disyuntiva de asunción de responsabilidades que afectan claramente su actuación.

11) No puede esperarse del escribano una actividad de investigador para la cual no fue preparado, lo que obstaculiza y desvirtúa la función notarial y, en consecuencia, atenta contra la seguridad jurídica.

12) La norma que obliga al escribano a informar una mera sospecha subjetiva a la UIF obligándolo a abstenerse de dar a conocer esta circunstancia al requirente afecta a la función notarial, en su rol docente, por el que se enseña a las partes los alcances jurídicos del acto a otorgar.

13) Las obligaciones impuestas, la duplicidad o multiplicidad de reportes, evidencian un mayor costo operativo, tanto de los obligados como del propio Estado, que atenta contra la efectividad del procedimiento, su economía y el encarecimiento consecuente del servicio notarial en su conjunto, lo que afecta fundamentalmente a los estratos sociales de menores recursos.

Bibliografía

- 1) Constitución de la Nación Argentina.
- 2) Ley de la Nación Argentina N° 25246, sancionada el 13/04/2000, promulgada 05/05/2000, y sus decretos reglamentarios.
- 3) Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 404.
- 4) Decreto-ley de la provincia de Buenos Aires N° 9020/78 t. o. 1986.
- 5) 40 Recomendaciones del *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI).
- 6) Análisis de las Recomendaciones de GAFI por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN).
- 7) Resoluciones de la Unidad de Información Financiera, en especial Res. 10/2004 y sus anexos.
- 8) Informe de la Unidad de Información Financiera del año 2003 al Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- 9) Informe de la Unidad de Información Financiera del año 2004 al Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- 10) Reportes de Operaciones Sospechosas, año 2004. Unidad de Información Financiera.
- 11) Documento elaborado por la Comisión de Asuntos Legales de la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina.
- 12) Carella, Alfredo, “Lavado de dinero: alcances del secreto profesional”, *La Ley*, t. 2005 - B, pág. 1277.
- 13) Dumón, Jorge, “De la organización y el deber –Notario y Organización-”. Trabajo realizado en adhesión al XXII Congreso Internacional del Notariado Latino – Instituto de Organización del Notariado – UNA, pág. 9.
- 14) Lasagna, Lidia, “El escribano ante la Ley de Lavado de Dinero”, *La Ley*, t. 2005 – B, pág. 1.158.
- 15) Pelosi, Horacio, “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo – Inconstitucionalidad de la Ley 25.246 y de la Res. 10/2004 UIF”, *La Ley*, t. 2005 – C, pág. 1465.
- 16) Volpe, Fernando, “Deberes de la Dirigencia –Notario y Organización-”. Trabajo realizado en adhesión al XXII Congreso Internacional del Notariado Latino – Instituto de Organización del Notariado – UNA, pág. 35.