

La “doctrina Capone” y su influencia legislativa en nuestro país *

Por **Jorge Mario Lanzón** y **Patricia Adriana Lanzón**

El crimen organizado origina una “doctrina”

Alphonse Gabriel Capone nació en Brooklyn (EE.UU.) el 17 de enero de 1899 y murió en Florida (EE.UU.) el 25 de enero de 1947. Más conocido como Al Capone o “Scarface” (“Caracortada”) por una herida en el rostro como consecuencia de una pelea a cuchillo, comenzó su carrera criminal en Brooklyn y la prosiguió en Chicago, donde se convirtió en la figura más importante del crimen organizado. Chicago tenía una población que antes de 1890 –por la anexión de varios barrios– sobrepasaba el millón de habitantes, y durante la época de la *Ley Seca* (1919-1933) se hizo famosa por el contrabando de licores y por los enfrentamientos entre bandas de *gangsters*, entre los que descolló la figura de Al Capone, protagonista de la matanza de San Valentín, de 1929.

Al entrar en vigor en 1919 la 18ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU., por iniciativa del congresista Andrew Volstead, se prohibieron las bebidas alcohólicas, bajo imperio de la llamada *Ley Seca*¹, que se prolongaría hasta 1933.

* Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Al respecto, dice el humorista Groucho Marx, en su libro *Groucho y yo* (Tabula T, Editores, nov. 2005): “La prohibición no sólo tuvo muchas consecuencias para mí, sino también para el resto del país [...] muchas personas que la votaron y la aprobaron [...] estaban convencidas de que transcurrirían sólo unas pocas semanas antes de que todo el mundo estrellara contra las paredes las botellas que le quedasen y aceptase la Enmienda [...] el mundo está lleno de gente que puede gobernar la vida de los demás sólo con conseguir que se apruebe una ley. Existen en EE.UU. grandes grupos que, si les fuese posible, prohibirían el uso de todo lo que personalmen-

Durante los siguientes catorce años, la *Ley Seca* motiva una situación de corrupción generalizada y origina el “crimen organizado” –especie de superestructura del ilícito– para controlar la venta ilegal del licor.

Por otro lado, dado que la prohibición del consumo de alcohol en varios Estados no redujo la sed de la demanda, las mafias de diverso origen se encargaron de producir y distribuir el producto ilegal.

Al Capone –como apuntamos– era el líder del grupo de Chicago que desarrollaba sus actividades delictivas en diversos campos, incluido el comercio de bebidas alcohólicas.

Las autoridades estadounidenses sabían quién era y qué hacía el *hombre del sombrero y el cigarro* pero no lograban probarle nada. Hasta que en un momento, cuando decidieron revisar sus declaraciones de impuestos, descubrieron que Capone gastaba muy por encima de lo que hubieran permitido sus ganancias declaradas y es así como el mafioso termina preso por evasión impositiva.

En 1929, una comisión presidencial dictamina que las leyes antialcohólicas fueron un fracaso, y, en consecuencia, son derogadas.

Se conoce actualmente en ciertos círculos, especialmente tributarios, con el nombre de “doctrina Capone”, a esta forma de proceder desde la ley, en clara alusión a lo que marcamos antes como única vía para enviar a la cárcel al famoso delincuente norteamericano.

¿En qué consiste? Perseguir, juzgar y condenar a presuntos delincuentes averiguando **las fuentes del dinero “sucio”** que su actividad criminal les ha proporcionado y han invertido lícitamente en la economía con el procedimiento denominado “**lavado de dinero**”, tratando de que esos fondos reingresen a la sociedad. Se entiende que la forma más adecuada, conforme este enfoque, para combatir en principio al narcotráfico y luego a otra gama de delitos –por lo general de características supranacionales– es reprimir las **fuentes productoras**.

Así, la “doctrina Capone” preconiza que se haga con los delincuentes que visiblemente mueven mucho dinero, lo mismo que se hizo en su momento con Al².

Contra este enfoque se formularon críticas que partieron de distintos sectores. El semanario *The Economist* y hombres de la escuela de Chicago (Milton Friedman) creen, en cambio, que el camino adecuado es la legalización controlada del consumo de drogas, reduciendo su precio y bajando en forma considerable el cúmulo de los negocios de los narcotraficantes y sus ganancias.

te no les agradara: fumar, beber, bailar, ir al cine, comer salami italiano y, si pudiese ser regulado, incluso el amor. Ahora sabemos el éxito que tuvo la Enmienda 18. No sólo no impidió que la gente bebiera, sino que ayudó a crear las grandes bandas de malhechores que en la actualidad son casi tan poderosas como el Gobierno...”.

(2) Es una tendencia actual en materia de prevención y lavado de dinero, como se ha sostenido en Jornadas Tributarias sobre el tema, llevadas a cabo en nuestro país, donde también se previno que los lavadores de dinero son los mejores contribuyentes, lo cual dificulta en mucho la tarea.

Otra visión, llamada "civilizatoria", considera que la expansión de fenómenos como el consumo de drogas, la corrupción y las actividades derivadas como el lavado de dinero, son síntomas de una crisis ético-cultural cuyas manifestaciones no pueden ocultarse con incursiones armadas en las selvas latinoamericanas ni regulaciones periféricas del capital financiero.

Aplicación de la "doctrina Capone"

La actividad criminal genera fondos importantísimos, que por sus características denotan que nos hallamos ante un problema que excede los límites de lo policial. Así se ocuparon en señalar organismos internacionales de prestigio, como Naciones Unidas, el FMI y periódicos de gran circulación, principalmente en los EE.UU.

Los rubros que se citan son variados. Tráfico de drogas, proxenetismo, evasión impositiva, tráfico ilegal de personas, corrupción administrativa, tráfico de armas, etc. En todos los rubros citados, pero principalmente en el último, los límites entre los negocios lícitos e ilícitos, dinero negro y dinero blanco, son casi imposibles de precisar.

Entonces, se recurre a **revivir** la "doctrina Capone".

Se dictan normas legales que se inspiran en ella. Se combate el oscuro "lavado de dinero", cimiento de la corrupción imperante, tratando con este método de quitarle todo apoyo económico a la delincuencia; de la misma manera en que se envió en el pasado al *gangster* norteamericano al presidio de Alcatraz, no por la matanza de San Valentín, que se sabía cometida por él y que no se podía o no se quería probar, sino por fraudes impositivos.

La idea original de esta "doctrina" transforma al necesario y casi angustiante procedimiento represivo en norma jurídica. Este proceso, con todos sus desajustes jurídicos, ha llegado a la legislación argentina.

El lavado de dinero. La ley argentina sobre estupefacientes

El lavado de dinero es, sabemos hoy, un proceso por el cual los bienes cuyo origen es delictivo se integran al sistema económico, aparentando haber sido obtenidos en forma legal. Es uno de los delitos más complejos que existen, pues no se manifiesta claramente, sino que requiere profundas investigaciones. Además, por tratarse de un delito transnacional, se hace necesaria la colaboración de todos los países, a través de sus organismos gubernamentales abocados a la investigación. Este accionar delictuoso es advertido por los países desarrollados –quizás fundamentalmente por el trastorno que originaba a la economía en la década del 70–, quienes, con los EE.UU. a la cabeza, buscan la manera de combatirlo, comenzando esa persecución con el delito de narcotráfico. El tema se extendió a otros delitos graves, como el tráfico de armas, de seres y órganos humanos, corrupción, contrabando, evasiones fiscales y otros.

Los primeros antecedentes legislativos, en el orden internacional, nos remontan en EE.UU. a la ley de control de lavado de dinero del año 1986, con las adecuaciones posteriores de los años 1988 y 1992; en el Reino Unido de

Gran Bretaña, con la ley de delitos vinculados al narcotráfico del año 1986, con las adecuaciones del año 1993; en Italia con la L. 55 del 19/3/1990 y 197 del 5/7/1991; en Francia, con la L. 90-614 del 12/7/1990 y España con la L. 19 del 28/12/1993.

Poco a poco, los distintos países de la Comunidad Internacional fueron tomando parte en la lucha contra el lavado de dinero, dando pautas para ella y, a través de diversos organismos, se dictaron recomendaciones, reglamentos e instrumentos a los efectos de alcanzar los objetivos buscados.

Pueden citarse: la Conferencia Internacional de la Naciones Unidas (1978), la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Sustancias Psicotrópicas, que fue aprobada por la Convención de Viena (1988), el Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria (1988), el Grupo de Acción Financiera –GAFI– (1990), la Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito, luego adoptada por el Consejo de Europa en la Convención de Estrasburgo (1990), la Directiva sobre Prevención del Uso del Sistema Financiero para el Lavado de Dinero, adoptada por el Consejo de la Unión Europea (1991), el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Organización de Estados Americanos (OEA) (1992).

Entre los organismos, como señalan Ezequiel Cabuli y Griselda J. Jatib ³, destacamos la GAFI, en cuya XV Asamblea Anual de Economía (París, julio de 1989) participaron EE.UU., Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, Canadá y comunidades europeas, encontrándose integrada por países y organizaciones internacionales regionales y en la cual la Argentina, Brasil y México participaron como observadores desde el mes de junio de 1999.

En nuestro país, con anterioridad a la sanción de la ley 25246, el lavado de dinero se encontraba regulado dentro de las normas de la ley 23737 de estupefacientes ⁴ y su modificatoria 24424 ⁵.

El artículo 25 de la citada ley 23737 disponía pena de prisión de 2 a 10 años y multa al que "... sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos [...] interviniera en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado".

Se señalan como antecedente las disposiciones de la Convención de Viena de 1988. Previa a la sanción de la mencionada ley 23737, no se había tipificado al lavado de dinero como delito, que desde ese momento es encarado como de "dolo eventual," al requerir el conocimiento o la sospecha del origen ilícito de los bienes, sin necesidad de intervención previa en los hechos ya citados en la ley:

(3) "La prevención del lavado de activos y el ejercicio profesional en el mundo globalizado", en *Revista del Notariado* 884, año CIX, p. 111.

(4) Sancionada el 21/09/1989, promulgada de hecho el 10/10/1989, publicada en *BO* del 11/10/1989.

(5) Publicada en *BO* del 1º/9/1995.

producción, fabricación, comercialización, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes ni la financiación u organización de tales actividades. El delito existía aunque el hecho que lo originara no se hubiera producido en el país.

El juez estaba facultado a disponer, como medidas procesales de seguridad, del producido o de los bienes durante el proceso y su decomiso en caso de verificarse la ilicitud. Se le devolvían al tercero inocente, siempre que comprobara ser poseedor de buena fe, caso contrario tenía aplicación el artículo 39 de la misma ley, que disponía que los bienes o el producido de su venta se destinara a la lucha contra el narcotráfico y a la rehabilitación de los drogadictos.

El artículo 26 se refería al secreto financiero y establecía que para la investigación de los delitos previstos no habría reserva financiera ni bancaria, siempre que la información recibida se utilizara para los fines de la ley.

El marco normativo tenía en cuenta normas de prevención que, sobre el particular, había dictado el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones de contralor.

Paraísos fiscales

En el decreto 1344/98, reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20628, se identificaron los paraísos fiscales, refugios del dinero sucio. Estos países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados, se consideran como de "baja o nula tributación"; "paraísos fiscales" donde se presupone que se instalan los fondos y activos provenientes del crimen organizado.

Por el decreto nacional 916/04, que reglamenta los precios de transferencia, se establece que sus disposiciones se aplicarán sin importar que se trate de sujetos vinculados o dependientes. Esta situación subsistirá hasta que los afectados establezcan una legislación interna que modifique el Impuesto a las Rentas para adecuarlo a los parámetros internacionales en esa materia, que les hagan perder esas características de baja o nula tributación y establezcan la vigencia de acuerdos internacionales de información suscriptos con Argentina, **en virtud de no poder alegar secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante el pedido de informes de la AFIP por aplicación de sus normas internas** ⁶.

Ley 25246. Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo ⁷

a) Antecedentes

Los diputados Di Cola, Cristina Kirchner, Lafalla y Soria pidieron la constitución de una Comisión Especial Investigadora con el objeto de "deslindar y atribuir responsabilidades" en las maniobras de lavado de dinero a las que se vinculaban diversos Bancos y entidades financieras de nuestro país, entendiéndose que el Congreso no puede estar afuera de la lucha internacional contra el lavado de dinero.

(6) La nómina de los paraísos fiscales que contiene el decreto puede consultarse en www.uif.gov.ar.

(7) "Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", por Horacio L. Pelosi, *Revista del Notariado* 881, año CVIII, p. 27.

b) Sanción de la ley y del decreto reglamentario

El primer proyecto presentado en 1995 fue aprobado recién en el año 2000 ya que las presiones realizadas desde diversos sectores vinculados con las finanzas demoraron su tratamiento, más que nada porque objetaban que la Comisión pedida por los legisladores fuera a estar integrada por personas no técnicas, alegando que los Bancos –merced a la gestión señalada bajo el *slogan* “conozca a su cliente”– estaban capacitados para realizar la labor de información.

Finalmente, la Ley sobre el Lavado de Activos se sancionó el 13 de abril de 2000 y se publicó el 10 y 11 de mayo del mismo año bajo el número 25246. Su decreto reglamentario, número 169 del año 2001, tardó un año en dictarse y se hizo cuando la presión del Senado de los EE.UU. se tornó muy fuerte, debido al escándalo generado por la falta de normas regulatorias del delito de lavado de dinero ⁸.

c) Delitos que abarca, no sólo el narcotráfico

La Ley penaliza el lavado de dinero proveniente de una serie de delitos, no sólo del narcotráfico. Se fijan penas para quien comete el delito, para quien lo encubre, ayuda, oculta pruebas, no realiza denuncia o adquiere dinero proveniente del ilícito.

Se crea la **Unidad de Información Financiera**, encargada del análisis, tratamiento y transmisión de la información a los efectos de prevenir el lavado de activos. Los alcances de la Ley en relación con los delitos a tener en cuenta es fijada por ésta en su artículo 6: “... a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de:

- Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de **estupefacientes** (ley 23737),
- Delito de contrabando de **armas** (ley 22415 *Código Aduanero, sanc. y promulg. 2/3/1981; public. 23/3/1981*).
- Delitos relacionados con las actividades de una **asociación ilícita** calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal ⁹.

(8) En el año 2006 la Ley de Lavado de Dinero sufrió dos modificaciones a través de las leyes 26087 y 26119, que sintéticamente se refieren: la primera a la inoponibilidad del secreto bancario, bursátil o profesional y la segunda, a la integración de la UIF, a la que se incorpora un Consejo Asesor, entre otras cuestiones.

(9) Artículo 210 bis del Código Penal: *Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) estar integrada por diez o más individuos; b) poseer una organización militar o de tipo militar; c) tener estructura celular; d) disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.*

- Hechos ilícitos cometidos por **asociaciones ilícitas** ¹⁰ organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales.
- Delitos de **fraudes** contra la Administración Pública ¹¹.
- Delitos contra la **Administración Pública**, previstos en los Capítulos VI (*Cohecho y trámite de influencias*), VII (*Malversación de caudales públicos*), IX (*Exacciones ilegales*) y IX bis (*Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados*) del Título XI del libro Segundo del Código Penal.
- Delitos de **prostitución de menores y pornografía infantil**, previstos en los artículos 125 ¹², 127 bis ¹³ y 128 ¹⁴ del Código Penal.

En consecuencia, la lista de delitos que abarca la Ley sobre Lavado de Activos es la siguiente:

- TRÁFICO Y COMERCIALIZACIÓN ILÍCITA DE ESTUPEFACIENTES
- CONTRABANDO DE ARMAS
- ASOCIACIÓN ILÍCITA
- HECHOS ILÍCITOS COMETIDOS POR ASOCIACIONES ILÍCITAS ORGANIZADAS PARA COMETER DELITOS POR FINES POLÍTICOS O SOCIALES

(10) Artículo 210 del Código Penal: *Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.*

(11) Artículo 174, inciso 5º del Código Penal: *Sufrirá prisión de dos a seis años: [...] 5º El que cometiére fraude en perjuicio de alguna administración pública.*

(12) *Texto según ley 25087, art. 5, BO 14/5/1999. El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente cónyuge, hermano, tutor, o persona conviviente o encargada de su educación o guarda. 125 bis. Incorporado por ley 25087, art. 6. El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor, o persona conviviente encargada de su educación o guarda.*

(13) *Texto según ley 25087, art. 16, BO 14/5/1999 El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima la pena será de prisión o reclusión de diez a quince años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.*

(14) *Texto, según ley 25087. Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce años.*

- COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS
- MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS
- EXACCIONES ILEGALES
- ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS
- PROSTITUCIÓN DE MENORES
- PORNOGRAFÍA INFANTIL

d) Alcance de la Ley

Se reforma el Código Penal en relación con el delito de *encubrimiento*, creando a la vez un sistema para prevenir y reprimir lavado de activos provenientes de ilícitos de especial gravedad y consignados en la misma norma, por medio de un organismo administrativo (UIF) con amplias facultades y de singular importancia.

Por medio de la reforma al *artículo 278 (inc. 1) del Código Penal* se introduce al lavado de activos como figura autónoma y **con una base en delitos anteriores** (aplicación “doctrina Capone”).

Este inciso contempla la figura dolosa del lavado de dinero o, en términos generales, “lavado de activos”, al establecer que se configura cuando se “... conviertiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito *en el que no hubiera participado*, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito...”¹⁵.

Es de especial interés dejar aclarado que, de esta manera, se amplía el espectro a otros delitos precedentes o previos de especial gravedad. Ello se deduce a partir de la nueva redacción dada al artículo 278 (inc. 1) del Código Penal, y se confirma con lo dispuesto para la UIF en el artículo 6º de la ley 25246, ya transcrito, que se preocupa expresamente de citar los delitos antecedentes y a los que van a aplicarse las normas de prevención¹⁶.

Las penas aplicables son de prisión de 2 años (mínimo que se eleva a 5

(15) Parte de la doctrina y del derecho comparado le dan el carácter de “encubrimiento agravado”.

(16) En noviembre de 2006 se llevó a cabo en esta Ciudad el Tercer Encuentro Nacional sobre “Prevención del Lavado de Dinero y Financiación del Terrorismo”. En dicha ocasión, además de la participación del Presidente de este Colegio de Escribanos, quien marcó claramente la situación conflictiva y difícil en que la subjetividad de la norma coloca a los notarios, se escucharon análisis y críticas muy sustanciosas al respecto de la situación actual del tema en nuestro país. El Dr. Francisco D’Albora, presidente de la Fundación organizadora, propuso entre otras cosas, una nueva redacción del art. 278 del Código Penal, con un tipo agravado para casos de ocultamiento del origen de los bienes. Opina que debe considerarse al lavado de dinero como figura autónoma del delito de base. Los participantes coincidieron en las siguientes críticas: a) falta tipificar el delito de Financiación del Terrorismo, situación por la que Argentina está en falta con el GAFI; b) existen asimetrías en el cumplimiento y supervisión entre los distintos sujetos obligados a informar, p. e.: los Bancos tienen auditorías internas y externas; los profesionales, no; c) la falta de fallos judiciales apunta a reconocer que la tipificación del delito es algo inadecuada; d) hay desconocimiento de la normativa y falta de capacitación así como de coordinación y colaboración con las autoridades; e) falta coordinación de la UIF con otros actores del sector público; f) fuerte carga operativa, incertidumbre, escaso resultado; g) los clientes desconocen la normativa, compete al Estado la obligación de ponerlos en ese conocimiento.

cuando exista habitualidad o se trate de asociación ilícita formada para la comisión del delito) y una multa de 2 a 10 veces el monto de la operación.

La norma legal fija un *quantum* para que pueda considerarse configurado el delito: el valor de los bienes con "apariencia" de origen ilícito debe superar los \$ 50.000, sea que esta suma se alcance en un solo acto o en actos reiterados y de alguna manera vinculados. Si esto no se diere, la ley remite al art. 277 del CP aplicando las disposiciones del encubrimiento allí previstas.

El artículo 278, en su inciso 3º, trata aquello que en la doctrina penal se ha dado en llamar "receptación intermedia" o "en tránsito", al disponer que "el que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277". El intermediario sería, entonces, autor de encubrimiento simple.

La figura culposa se trata en el artículo 278, inciso 2º, en el cual se prevé la aplicación de una multa del 2% al 15% del valor de los bienes afectados para aquel que actuare con temeridad o imprudencia grave. Es necesario recordar que dicho inciso fue observado por decreto 370/00 del Poder Ejecutivo Nacional, dictado en ocasión de la promulgación de la ley 25246.

El inciso 4º del artículo 278 del Código Penal establece la posibilidad de que los bienes o cosas objeto del delito de lavado de dinero sean decomisados. Por otra parte, y continuando con la descripción del marco represivo, el artículo 279 en su tercer punto prevé la inhabilitación especial de 3 a 10 años para el que hubiera cometido el hecho reprimido en ejercicio u ocasión de sus funciones públicas (funcionario público) o de una *profesión u oficio que requirieran habilitación especial*.

Siempre que hubiera una amenaza de pena en el lugar de comisión del delito se aplicarán las normas de la ley argentina. Esto constituye un reconocimiento del carácter transnacional del lavado y de la existencia de organizaciones criminales con actividad internacional (cfr. art. 279, inc 4º).

La represión penal se completa mediante sanciones de carácter administrativo para castigar el incumplimiento de los deberes de control financiero impuestos a los Bancos y a las instituciones de crédito o financieras sobre las que pesan las obligaciones de información.

Con independencia de las modificaciones introducidas al Código Penal, la ley 25246, en su Capítulo IV, establece una serie de infracciones al sistema de control, reprimibles con multas de diversos montos según sea el hecho verificado y la persona a quien se aplica.

El inciso 1º del artículo 23 de la ley 25246 establece una multa de 2 a 10 veces el valor de los bienes objeto del delito que se aplicará a "... la persona jurídica cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito en el sentido del artículo 278, inciso 1º...". Cuando el hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave, la multa a la persona jurídica será del 20% al 60% del valor de los bienes objeto del delito. En el caso del delito previsto por el artículo 22 de la ley 25246 (violación de guardar secreto

de una denuncia), la persona jurídica será objeto de una multa de \$ 10.000 a \$ 100.000.

El artículo 24 fija una multa de 1 a 10 veces el valor de los bienes a la persona de existencia visible que actúe por sí y como órgano, representante o ejecutor de una persona jurídica cuando incumpla algunas de las obligaciones de *información* a la UIF. Esta multa se hará extensible a la persona jurídica. De esta manera, la ley soluciona el tema teórico de la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El fuero contencioso-administrativo es el competente para tratar los recursos que se planteen contra las resoluciones de la UIF mediante la aplicación de la ley nacional 19549 de procedimientos administrativos.

El artículo 26 trata el tema de la *prejudicialidad*, habiéndose establecido que las sanciones administrativas (multas) a que dieran lugar las infracciones previstas en la ley se regirán por los artículos 1101 y siguientes y 3982 bis del Código Civil; supedita su cumplimiento a la existencia de una sentencia firme en sede penal respecto de los hechos motivo de sanción.

d) Unidad de Información Financiera

Los artículos 5 a 19 de la ley 25246 se refieren a la UIF. Hemos visto el rol fundamental de la Unidad de Información Financiera al referirnos a la cantidad de delitos que originan los activos atacados por la norma. Aquí señalaremos sus características más salientes:

Posee autarquía funcional en Jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y su actuación se rige por las disposiciones de la misma ley que la ha creado (art. 5°).

Como ya vimos, es la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir el lavado de activos.

Conforme el texto del decreto 1500/2001, estará integrada por cinco miembros: un funcionario del Banco Central, un funcionario de la Comisión de Valores, un experto de temas relacionados con el lavado de activos, de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico, dependiente de la Presidencia de la Nación y dos expertos “financieros, penalistas, criminólogos u otros profesionales con incumbencias relativas al objeto de esta ley”.

Los miembros surgirán de concursos internos dentro de los organismos respectivos y los señalados en último término mediante concurso público ante una Comisión ad-hoc, integrada por miembros del Consejo de la Magistratura, funcionarios del Ministerio Público, un miembro del Directorio del Banco Central, un miembro designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un miembro designado por la Comisión de Valores y otro por el Ministerio de Economía. En todos los casos, el resultado de los concursos públicos será elevado como propuesta vinculante al Poder Ejecutivo Nacional a los fines de la correspondiente designación (art. 8°).

Durarán cuatro años en sus funciones, que podrán renovarse indefinidamente; con dedicación exclusiva en sus tareas, les corresponden las incompa-

tibilidades de los funcionarios públicos y, por el plazo de dos años a partir del cese de su actividad, no podrán ejercer las funciones que la reglamentación fije, ni tener interés en ellas. Podrán ser removidos cuando incurran en mal desempeño de sus funciones, grave negligencia, delitos dolosos de cualquier especie, o por inhabilidad física o moral sobreviniente. El art. 8° de la Ley fija las características de los miembros del Tribunal de Enjuiciamiento, cuya integración constituye una carga pública, y deberá actuar conforme a la reglamentación, que respetará los principios del derecho procesal adjetivo y la defensa en juicio ¹⁷.

El art. 11 de la Ley requiere que los miembros de la UIF posean título universitario de grado, en materia de Derecho, Ciencias Económicas o Ciencias Informáticas, antecedentes técnicos y profesionales en dichas materias, y no ejerzan ni hayan ejercido, en el año precedente a su designación, las actividades que la reglamentación precise, ni tener interés en ellas.

En su actividad específica, y a los efectos de buscar una acción coordinada conjunta, la UIF contará con el apoyo de oficiales de enlace designados por distintos organismos estatales que cita taxativamente, sin perjuicio de solicitar a otros organismos de la Administración Pública nacional o provincial, otros agentes de enlace cuando lo considere necesario ¹⁸.

Le compete a la UIF: recibir las informaciones que se señalan en el art. 21, disponer y dirigir el análisis de los actos que puedan configurar legitimación de activos patrimoniales provenientes de los ilícitos señalados en el art. 6°, y poner a disposición del Ministerio Público los elementos de convicción para que se inicien las acciones legales pertinentes; colaborar con los jueces y el Ministerio Público en la persecución penal de los delitos y dictarse su reglamento interno, con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros (art. 13).

Por el art. 14 de la Ley, la UIF está facultada para: a) Solicitar, bajo apercibimiento de ley, informes, documentos, antecedentes y cualquier otro elemento que considere útil a todos los organismos nacionales, provinciales y municipales y a cualquier persona privada o pública, física o jurídica, quienes se hallan obligados al suministro de tales elementos. En el caso de que a los requeridos se les impida cumplir aquello que le solicite la UIF, porque deban mantener el secreto de las informaciones solicitadas, se requerirá autorización judicial.

(17) La ley 26119 dio lugar a una nueva estructura y modificó, entre otros, el artículo 8° en lo que se refiere a la conformación de la UIF, que quedó constituida de la siguiente manera: un (1) presidente, un (1) vicepresidente y un consejo asesor de siete (7) vocales integrado por: a) un (1) funcionario representante del Banco Central de la República Argentina; b) un (1) funcionario representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos; c) un (1) funcionario representante de la Comisión Nacional de Valores; d) un (1) experto en temas relacionados con el lavado de activos representante de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico de la Presidencia de la Nación; e) un (1) funcionario representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; f) un (1) funcionario representante del Ministerio de Economía y Producción; g) un (1) funcionario representante del Ministerio del Interior.

(18) El decreto 370/2000 observó esta disposición (art. 12 de la Ley) en lo que respecta a la Inspección General de Justicia.

Esta disposición ha sido modificada, como veremos al tratar el secreto profesional. b) Recibir declaraciones voluntarias. c) En los términos de los arts. 398 y 399 del Código Procesal Civil y Comercial¹⁹, los servicios de información del Estado están obligados a prestar su colaboración cuando esta le sea requerida por la UIF. d) Actuar en todo el país en cumplimiento de sus fines, y conforme el inc. 10 del citado art. 14, podrá: “emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control”. Este inciso ha sido atacado en el sentido de que vulnera no sólo el principio de reserva de ley, sino también los arts. 76 y 99, inc. 3 de la Constitución Nacional²⁰ al constituir una delegación ilegítima del poder punitivo del Estado²¹.

Se halla sujeta a las siguientes obligaciones: presentar un informe anual ante el Parlamento, comparecer cuantas veces se le solicite ante las Comisiones parlamentarias para dar los informes, dictámenes y asesoramientos que se le pidan, conformar el Registro Único de Informaciones (art. 15).

Conforme el texto del decreto 1500/2001, el art. 16 de la Ley establece que el Plenario de la UIF formará quórum con tres de sus miembros y adopta decisiones por mayoría absoluta de los presentes.

Antes de que se formule denuncia ante el Ministerio Público Fiscal, mantiene en secreto la identidad de los obligados a informar. La facultad de informar se extiende a todos los organismos públicos y a aquellas personas físicas o jurídicas que no se hallen en la lista de los obligados a hacerlo (art. 17).

Se exime de toda responsabilidad civil, comercial, laboral, penal y administrativa al cumplimiento de buena fe de la obligación de formular denuncias (art. 18).

Ante la convicción suficiente por parte de la UIF de que por las informaciones en su poder existan sospechas de haberse cometido alguno de los delitos previstos en la Ley, deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal para que ejerza la acción penal.

En lo que respecta al funcionamiento interno, se debe guardar secreto no

(19) Son 20 días hábiles para las oficinas públicas, 10 días hábiles para las privadas. Las privadas que no lo realicen pueden ser penadas con multa de hasta \$ 15.000. La no información sin causa justificada –por parte de las Oficinas Públicas–, que deberá comunicarse antes del vencimiento de los plazos previstos, obligará a los jueces a informar el hecho al Ministerio de Justicia.

(20) Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Artículo 99. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3º Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

(21) Ver “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. Inconstitucionalidad de la ley 25246 y de la resolución 10/2004 UIF”, por Horacio L. Pelosi (*Revista del Notariado* 811, p. 27).

sólo de las informaciones recibidas, sino también de las tareas de inteligencia que en virtud de ellas se realicen, bajo pena de inhabilitación total de seis meses a tres años para funcionarios y personal de la UIF que revelen fuera de su ámbito las informaciones recibidas.

e) **Sujetos obligados a informar** ²²

La UIF se nutre de las informaciones que recibe, no sólo de los organismos del Estado capacitados para realizar investigaciones, sino de los particulares. La Ley ha creado una nómina de personas jurídicas y de existencia visible obligadas a informar, incluso cuando tengan sólo sospechas, cuando estén actuando o interviniendo en ocasión de sus funciones en actos o hechos que tengan la apariencia de transformar en lícitos a fondos o activos que provengan de los delitos que la misma Ley enumera.

Dichos sujetos son:

- **Entidades financieras del régimen de la ley 21526.**
- **Empresas administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.**
- **Entidades sujetas al régimen sobre Bolsas de Comercio (ley 18924).**
- **Personas físicas o jurídicas que el Banco Central haya autorizado para operar en la compraventa de divisas bajo forma de dinero o cheques extendidos en divisas, o mediante el uso de tarjetas de crédito dentro y fuera del país.**
- **Las personas físicas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar.**
- **Agentes y sociedades de bolsa, sociedades gerente de fondos comunes de inversión, agentes de mercado abierto electrónico, y los que actúen en la intermediación de operaciones relativas a compra, alquiler o préstamo de títulos valores en la órbita de bolsas de comercio, tengan, o no, mercados adheridos.**
- **Los agentes intermediarios inscriptos en los mercados, de futuros y opciones, cualquiera sea su objeto.**
- **Los Registros Públicos de Comercio, los organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, los Registros de la Propiedad Inmueble, los Registros del Automotor y los Registros Prendarios.**
- **Las personas físicas o jurídicas que compren y vendan obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, o a exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas u otros bienes con metales o piedras preciosas.**
- **Las empresas aseguradoras.**
- **Las empresas emisoras de cheques de viajero.**

(22) Según la publicación de la Primera Encuesta Argentina Antilavado de Activos 2006, organizada por la auditora KPMG, desde el inicio de la gestión de la UIF hasta el 31/5/2006 se ha reportado un total de 1742 denuncias de operaciones sospechosas, de las cuales el 70,80 % ha provenido del sistema financiero y bancario, en primer puesto; en segundo lugar, los escribanos públicos, con 137 denuncias; AFIP: 129; BCRA: 50; CNV: 17; contadores públicos: 2. Ver en www.kpmg.com.ar

- Las empresas operadoras de tarjetas de crédito o de compra.
- Las empresas dedicadas al transporte de caudales.
- Las empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o traslado de dinero de distinto tipo de moneda o billete.
 - *Los escribanos públicos.*
- Las entidades comprendidas en el artículo 9º de la ley 22315 (sociedades de capitalización y ahorro).
- Las personas físicas o jurídicas que realicen sus actividades dentro de lo establecido en el artículo 23, inciso f del Código Aduanero, despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero, apoderados generales de los sujetos citados y de los importadores y exportadores.
 - Los organismos de la Administración Pública y las entidades descentralizadas y/o autárquicas que regulen, controlen, supervisen o realicen funciones de superintendencia sobre actividades económicas o negocios jurídicos, o actúen sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores y la Inspección General de Justicia ²³.
 - Los que realicen actividades relativas al negocio del seguro: productores, asesores agentes, intermediarios, peritos y liquidadores de seguros, conforme las disposiciones de la materia contenidas en las leyes 22091 y 22400, sus modificatorias, concordantes y complementarias.
 - Los matriculados cuyas actividades fueren reguladas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, salvo que actúen en defensa en juicio. Esta obligación no alcanza a los profesionales no matriculados.
 - Las personas jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros.

La obligación de informar las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas de las cuales pudiese inferirse la existencia de una situación atípica susceptible de configurar un hecho u operación sospechosos, cuando se realiza de buena fe, no genera responsabilidad alguna, civil, comercial, laboral, penal o administrativa (dec. 169/01, art. 10).

Por lo demás, la Ley faculta a los sujetos de derecho y ajenos al sector público y a los que se hallen exentos de la obligación de informar a que realicen denuncias ante la UIF. El decreto 169/01, artículo 18, faculta a la UIF a determinar los procedimientos y oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que se establece.

Los sujetos obligados a denunciar están obligados a cumplir los siguientes requisitos: a) identificar a terceros; b) recabar de sus requirentes documentos que prueben cabalmente su identidad, personería jurídica y domicilio y demás datos individualizantes que se estipulen, para realizar las actividades que les son pro-

(23) La inclusión de la Inspección General de Justicia fue vetada por el PE en el decreto por el cual se promulgó la ley.

pías; c) cuando las personas que actúen ante los sujetos obligados a informar no lo hagan por sí se deberá tomar debida nota de los recaudos, de los cuales surja la identidad de sus representados; d) las circulares respectivas podrán establecer un mínimo que haga necesario que se cumplan los deberes premencionados. La documentación deberá archivararse según lo establezca la UIF.

No importa el monto del hecho u operación que se considere sospechoso, al efecto de la información a realizar.

La Ley establece ciertos parámetros que justificarían la impuesta obligación de denunciar: **se basan en los usos y costumbres y en la experiencia e idoneidad de las personas que pueden llegar a efectuarla.** Si las operaciones no son usuales, no tienen justificación económica, o jurídica, o están rodeadas de una complejidad "inusitada o injustificada", pueden considerarse "sospechosas", y no tiene importancia que sean aisladas o realizadas en forma continua, porque se combinan entre ellas.

La UIF, sin perjuicio de lo anterior, estableció pautas que fijan, de alguna manera, modalidades, características o limitaciones, a las cuales se ajustará –conforme categoría de obligado y actividad– la obligación de formalizar las denuncias o informes. A mero título enunciativo, el artículo 12 del decreto 169/01 enumera ciertos hechos u operaciones que la ley considera sospechosos.

- **Los que reglamenten los organismos de control: Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos, Superintendencia de Seguros de la Nación, Comisión Nacional de Valores e Inspección General de Justicia.**

- **Los servicios postales cuando la operación excede lo razonable a mérito de la naturaleza de la operación.**

- **Comercio de metales o piedras preciosas y transporte de dinero en efectivo o su envío a través de mensajerías, que excede los márgenes de razonabilidad, ya sea dentro o fuera de la habitualidad de dicho comercio.**

- **La realización de operaciones secuenciales y transferencias electrónicas simultáneas entre distintas plazas, sin razón aparente.**

- **La constitución de sociedades con giro comercial específico y normal, que sin contar con una evolución patrimonial adecuada, realicen operaciones con bienes muebles o inmuebles, contratos de compra y venta, operaciones de importación y exportación y préstamos.**

- **La existencia de registros de transacciones entre personas o grupos societarios, asociaciones o fideicomisos, que por su tamaño, periodicidad y habitualidad no se hallen conforme a las prácticas del mercado.**

- **Transporte de caudales que demuestren la existencia de transacciones que excedan el giro normal de las empresas contratantes.**

- **Operaciones de las cuales tengan noticias empresas aseguradoras, por haber actuado en ellas o por su registro, que denuncien hechos o circunstancias anormales con relación al negocio del seguro.**

- **Las actividades realizadas por escribanos, martilleros, rematadores, consignatarios de hacienda, contadores, despachantes de aduana, agentes**

de transporte aduanero y demás profesionales y auxiliares del comercio, que se aparten de las *prácticas usuales del mercado*.

- Las sociedades de capitalización y ahorro que detecten en sus operaciones el giro de transacciones marginales, incrementos patrimoniales o fluctuaciones de activos que superen los promedios de coeficientes generales.

- Sin perjuicio de lo anteriormente establecido, se deberán informar como sospechosas, operaciones mediante las cuales se *combinen* algunas de las conductas preestablecidas y que excedan la normalidad y habitualidad de la actividad tenida en cuenta.

Secreto profesional

El Código Civil ha consagrado en distintas normas la obligación de guardar secreto.

En el **art. 2207**, al tratar en el capítulo respectivo de las obligaciones del *depositario* en el depósito regular, impone a este último si se hubiese enterado del contenido del depósito, guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al depositante, a menos que el secreto por la calidad de la cosa depositada lo expusiese a penas o multas.

El **art. 992** del Código Civil y su nota, si bien no se refieren concretamente a la obligación de guardar secreto, fijan la posición del Codificador ante la disyuntiva: oficial público e instrumento público por él creado. **Ante esta disyuntiva, en caso de enfrentamiento, prima, por cuestiones de seguridad jurídica, la inalterabilidad del instrumento público.**

Sobre el particular, en el artículo elaborado sobre la base de los fundamentos redactados por los Dres. David Halperín y Luis Careri como parte de la interposición de acción declarativa (art. 322 CPCMN), Pelosi señala que esta disposición transgrede los principios de legalidad y tipicidad al obligar a las personas señaladas por la norma a informar cualquier hecho u operación sospechosos independientemente del monto de ésta, y agrega en otra parte del mismo artículo: “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 escribano 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 determinar la falta de responsabilidad en su conducta”.

Por lo tanto, pasa a tener primer plano la *subjetividad* del oficial público y hemos visto que por dicho artículo 992 los testigos y el oficial público que

lo extendió, "no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá". Abunda, además, en la nota Vélez Sarsfield: "... que si el oficial público o los testigos instrumentales pudieran, por sus declaraciones ulteriores, contradecir o alterar el contenido de los actos, no habría derecho alguno seguro constituido por instrumento público".

La ley 25246 obliga al escribano a informar operaciones "sospechosas" sin tener en cuenta si esas sospechas contradicen o alteran lo que el instrumento expresa. Con ello se vulnera el principio de la inalterabilidad del instrumento público, que la norma consagra, y se coloca al oficial público en una situación de privilegio al instrumento por él creado.

En el ámbito notarial, las leyes que han regulado –y regulan– la función notarial en la Capital Federal, primero la 12990 dictada por el Parlamento Nacional, y luego la 404, sancionada en el ámbito de la legislatura local, señalan la **obligación del escribano de guardar el secreto profesional**.

La ley 12990 lo establecía en su artículo 11, entre los deberes esenciales del escribano y la actual Ley Orgánica Notarial N° 404, en el inciso p) del art. 28, prescribe: "Mantener **secreto profesional** sobre los actos en que intervenga en ejercicio de sus funciones y exigir igual conducta a sus colaboradores". Y es más terminante el decreto reglamentario en su artículo 72, que indica que *sólo por orden de juez competente, podrá liberarse al escribano de mantener secreto profesional*.

Asimismo, en el inc. j) del citado artículo 28 le manda "guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo sólo en los casos previstos en el artículo 73".

De acuerdo con Gattari, señalamos que ante el notario los usuarios expresan sus necesidades. Esa exteriorización se manifiesta en hechos, dichos, circunstancias, situaciones, noticias, que llegan al conocimiento del profesional, en la intimidad de las audiencias, consultas y en toda su actividad extra protocolar. Y cita a Arroyo Torres, quien dice: "La Notaría no es una oficina de información". Debe ser cuidadosa la actitud del profesional, para no llegar a convertirse de confidente en delator.

Fuera del ámbito notarial, la ley 20476, Título II, establece los *actos u omisiones* en que pueden llegar a incurrir los graduados en Ciencias Económicas. En lo que respecta al secreto profesional, el Código de Ética, que se aplica a estos profesionales, complementa lo dispuesto, estableciendo:

"Art. 19. La relación de los profesionales con sus clientes debe desarrollarse dentro de la más absoluta *reserva*. Los profesionales no deben revelar conocimiento alguno adquirido como resultado de su labor profesional *sin la autorización expresa del cliente*".

"Art. 20. Los profesionales están relevados de la obligación de guardar secreto profesional cuando imprescindiblemente deban revelar sus conocimientos para su defensa personal, en la medida en que la información que proporcionen sea insustituible".

Por lo demás, el artículo 156 del Código Penal (Tít. V, Delitos contra la libertad, Cap. III, Violación de secretos) reprime con multa de \$ 15.000 a

\$ 90.000 e inhabilitación especial de seis meses a tres años, al que divulgare un secreto pudiendo causar daño, cuando tuvo conocimiento de él, en virtud de estado, oficio, empleo, profesión o arte, siempre que lo hiciera *sin justa causa*. Se protege la libertad del individuo, su intimidad, evitándose que el agente llegue a vulnerar la voluntad del sujeto pasivo con la amenaza de revelar secretos captados a raíz de su actividad profesional o en razón de las relaciones nacidas en virtud de esa misma actividad.

La tipicidad penal reclama que la violación del secreto profesional se realice sin justa causa. Encontramos supuestos de “justa causa” en el artículo 34 del Código Penal: defensa del propio interés o de terceros, cumplimiento del deber, ejercicio del derecho o cuando existan *leyes especiales* que obligan a que se revele el hecho a terceras personas. En el caso del lavado de dinero o de activos, el deber del confidente llega hasta la comunicación de las sospechas que posee *sobre el patrimonio de éste*, excediendo el límite constituido por la misma *naturaleza del acto o del hecho* en cuestión.

Finalmente, el artículo 18 de la Constitución Nacional, cuyo texto recordaremos más adelante, determina la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, que sólo podrá alterarse mediante una ley que determine los casos y los justificativos para practicar allanamientos y ocupaciones. Este artículo es el fundamento constitucional del secreto profesional, principalmente al referirse a los papeles privados, cuya inviolabilidad sólo puede ser derogada por una norma legal.

El secreto profesional se impone por el orden público. Tutela un bien jurídico importantísimo: la libertad, desplegada en el ámbito o esfera de la intimidad, y reserva y protege ese derecho inmanente e inalterable de la personalidad de ciudadanos que viven en un estado de derecho.

Si, como algunos autores opinan, ya no puede hablarse en la legislación argentina de secreto bancario o profesional, que éste “se ha eclipsado totalmente”, nos hallamos ante una situación dolorosa, con graves repercusiones en la seguridad jurídica.

Es el final de un camino que se inicia con la ley 23271, cuando dispone eliminar el llamado secreto bancario en materia tributaria, que se amparaba en las normas del Título V de la ley 21526 y en los artículos 8, 46 y 48 de la ley 17811.

La mecánica del secreto profesional puede desarrollarse de la siguiente manera: hay determinados actos o hechos que se pretenden reservar dentro de la esfera de intimidad sin que trasciendan al conocimiento público. En general, por la característica de dichos actos, aunque puede haber otros motivos, se hace necesaria la intervención de un profesional, que se halla obligado por la ley a guardar secreto, definido como “lo que cuidadosamente se guarda oculto o reservado”. Es decir, se *confía* a terceros profesionales aquello que se pretende guardar en la esfera íntima, con la consecuente obligación de dichos terceros de mantener esa confidencia exclusivamente en su poder, sin que trascienda, sin motivo justificado.

La ley 25246 y su reforma a través de la ley 26087, sancionada el 29 de mar-

zo de 2006, promulgada el 21 de abril de ese mismo año, han olvidado todo lo que hemos enumerado, en el afán de buscar la "justa causa" requerida para hacer lícita la obligación de informar del profesional, que de alguna manera vulnere el secreto de lo que se le ha confiado o ha podido conocer por su actividad, con el agravante de que puede hacerlo a simple título de considerar sospechosa no sólo la exteriorización del hecho sino la persona que lo realiza, tarea para lo cual no se halla formado científicamente ni es su rol dentro de la sociedad.

La última de las leyes citadas sustituye el último párrafo del inciso 1 del artículo 14 de la ley 25246, con el siguiente texto: "*En el marco del análisis de un reporte de operación sospechosa los sujetos contemplados en el artículo 20 no podrán oponer a la Unidad de Información Financiera los secretos bancarios, bursátil o profesional ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad*". El texto primitivo requería la previa orden judicial, que sólo es necesaria en la actualidad para la AFIP, en relación con el reporte de operación sospechosa de su autoría. En ese caso se requerirá el levantamiento del secreto fiscal por orden de juez federal competente.

Se presume culpable

Una de las distorsiones jurídicas que trae aparejada la aplicación de una doctrina originada en un método represivo, que convierte al encubrimiento en delito principal y deja de lado el ataque a este último, es el de haber modificado el criterio acerca de la presunción de la actividad delictiva. Hasta ahora, podemos afirmar, la presunción era de inocencia. Hoy, por lo menos en los delitos que nos ocupan, la presunción es de culpabilidad.

El periodista y escritor ocupado en asuntos internacionales Jorge Elías, alejado de notarías y estudios de contadores públicos, en un artículo publicado en la edición del domingo 6 de marzo de 2005 del diario *La Nación*, con el ilustrativo título de "Se presume culpable", refiriéndose a una ley del Reino Unido contra el terrorismo, nos enfrenta al dilema que provoca la legislación represiva del lavado de activos.

Comienza recordando que George Orwell (se llamaba –curiosamente– Eric Arthur Blair) en su novela *1984*, editada en 1949, entendía el socialismo científico como sinónimo de proyecto o sueño irrealizable. Décadas después, Tony Blair planteó el dilema moral entre la libertad y seguridad, a la luz de atentados frustrados por Scotland Yard en Londres, uno de ellos de la magnitud de Atocha. Y el citado periodista dice sobre el particular: "La libertad implica establecer un delicado equilibrio entre su ejercicio y la protección de la ciudadanía frente a eventuales atentados. De ahí, la necesidad aparente, y controvertida, de mantener bajo la tutela del gobierno a los sospechosos que no puedan ser llevados a juicio. Las restricciones, contempladas en la ley de prevención del terrorismo, recrean, en cierto modo, el mundo del otro Blair, con *The Big Brother* al acecho, cual atenuante frente a una ley de emergencia, cuestionada por excesiva y discriminatoria por los jueces-lores, que permite el encarcelamiento por tiempo indeterminado de extranjeros que no puedan

ser procesados por falta de pruebas y que, a su vez, no acepten ser deportados del Reino Unido. Fue aprobada después de los atentados del 11 de septiembre de 2001”.

En sus palabras, el dilema radica en que **“tiene que haber un equilibrio entre la protección del público frente al terrorismo y la salvaguardia de las libertades, pero no hay mayor libertad que vivir libres de un ataque terrorista. Dilucidado el difícil punto intermedio entre la seguridad y los derechos, todos viviríamos bajo sospecha, seamos nativos, seamos extranjeros. O, acaso, bajo un régimen de libertad condicional en tanto *The Big Brother* (‘El Gran Hermano’), descrito por Orwell en la novela precitada, asumido ese papel por el gobierno británico u otros, decida vigilarnos y restringir o prohibir nuestras relaciones y nuestros movimientos, así como el ejercicio de nuestras profesiones u oficios. O, peor aún, confinarnos en un limbo legal como Guantánamo”**.

La inversión de la presunción de inocencia a la de culpabilidad es el rasgo dominante en la legislación argentina sobre represión del lavado de dinero. Esto encierra un peligro para las libertades individuales e implica una nueva concepción del derecho, sin un necesario reflejo cultural ²⁴.

Antes de terminar este trabajo, recordemos las palabras del constitucionalista Dr. Spota, desde su cátedra de Derecho Constitucional comparado, que se convertían en verdaderas clases de ciencia política: *“No sólo se es totalitario en la conducción del poder político. Hay concepciones totalitarias cuando se aplica una sola causa a un hecho de por sí complejo”*.

La aplicación de la **“doctrina Capone” pone en evidencia algunas facetas del disloque jurídico vigente en esta materia que hoy nos ocupa, en especial en lo que se refiere a la obligación de denunciar sobre la base subjetiva de “sospechas”**.

Reiteramos: el *gangster* norteamericano fue llevado a la cárcel, no por la matanza de San Valentín, sino por su enriquecimiento no justificado.

El enriquecimiento de aquellos de quienes se sospeche cometen los delitos contenidos en la lista del art. 6º de la Ley dará motivo a la investigación penal. Con estas diferencias fundamentales: en la época del *gangster* de Chicago, toda esta investigación previa era propia del FBI; ahora, las sospechas deben ser deducidas por una variada gama de personas que no se hallan capacitadas ni están pensadas para ello.

La primera reflexión es que es evidente que el Estado no se basta por sí solo para nivelar la lucha contra el crimen organizado. No puede, y hasta parecería que en algunos casos “no quiere”. El delito organizado resulta ser más poderoso que la represión oficial.

Ante sus propias falencias, y al resultar el delito organizado más poderoso que la represión oficial, el Poder busca el apoyo de la Sociedad organizada, a la cual en muchos casos “presume” colaboradora del delito, y pena –como

(24) Es innegable, por ejemplo, que una gran parte de la población entiende que evadir impuestos no es ni inmoral ni ilícito, ante un Estado ineficaz y no distributivo.

hemos visto— con severas sanciones, como apuntan los Dres. Dárdano, en nota a fallo ²⁵, cuya lectura se recomienda.

Crea entonces una serie de obligaciones a particulares, para que se conviertan en denunciantes, atento su especial actividad social dentro de la comunidad, cuando “sospechen” que se hallan ante una utilización de fondos provenientes de lavados de activos, cuyo origen es delictuoso. Para ello busca el apoyo de profesionales y entes privados que no están destinados a ese fin y, por lo tanto, no cuentan con la capacidad técnica necesaria. La aplicación del derecho deja el paso libre a soluciones que se presumen rápidas y eficaces para resolver los problemas de una gran parte de la comunidad o, lo que es más grave, se aparta para dejar el paso libre a una represión que, desconociendo o dejando a un lado el delito originario, soslaya los principios superiores del derecho.

La Constitución Nacional argentina establece: “**Artículo 14.** Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; **de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles;** de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

“**Artículo 18.** Ningún habitante de la Nación puede ser penado **sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales,** o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. **Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo;** ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa...”.

La segunda reflexión es que nos hallamos ante otra muestra de la crisis del derecho privado frente a instituciones de derecho público, o frente a las necesidades del Poder Público, que abarca toda la normatividad jurídica. Un ejemplo: durante largo tiempo se pregonó enfáticamente en los círculos académicos la teoría de la imprevisión. Al conjuro de ella, aceptada en parte por nuestra legislación, se incluyeron en los contratos cláusulas para lograr “**que los que recibieron en préstamo dólares paguen en dólares y no en moneda nacional**”.

(25) Causa 10.58/05 “Carrenca de Cardo, Adela, c. M^o de Justicia, Ley 25246- s. proceso de conocimiento”. En sentencia del 17 de junio de 2005, el juez federal Martín Silva Garreton, hace lugar a la medida cautelar planteada por la actora, escribana, declarando la inaplicabilidad de lo dispuesto en el art. 21, inc. b de la ley 25246 y de la resolución UIF N^o10/04, sin poder la accionada articular ningún tipo de medida sancionatoria por tales cuestiones. En el comentario a dicho fallo, los Dres. Dárdano aclaran que “... *una cuestión muy grave de la obligación del escribano de informar toda operación que considere sospechosa sobre la base de su criterio subjetivo es la magnitud de la sanción que se le aplicaría, tomando en cuenta el criterio subjetivo de un tercero, ya que establece penas privativas de libertad, y si no llegara a configurar el tipo se aplica una multa de 1 a 10 veces el valor total de los bienes u operación. Todo ello afecta claramente el ejercicio de la función en su conjunto, ya que implica un ‘temor injustificado al ejercicio profesional’*” (Revista del Notariado 883, p. 143).

Los acreedores creyeron y se ampararon en la ejecutoriedad y seguridad de sus hipotecas para colocar sus ahorros, cuyo origen no se les había discutido. Leyes, decretos y hasta simples circulares del Banco Central destruyeron la teoría y sepultaron –a efectos de paliar los graves problemas de los que no podían pagar sus créditos– las bases de los derechos reales de garantía. Principios, que más parecen de derecho natural, se aplican, se introducen en el derecho positivo. Una serie de fallos judiciales al respecto han hecho notar esta ruptura de nuestro sistema jurídico.

La llamada “doctrina Capone”, como hemos tratado de explicar, puede considerarse un método aceptable en la represión del delito, pero su aplicación tal como se está haciendo, complicando a profesionales en investigaciones subjetivas, que originan denuncias que pueden llegar al absurdo, o a su utilización con instrucciones poco claras, no servirá para erradicar los delitos de los cuales se ocupa la ley 25246 y para lo cual con sumo detenimiento ha creado un organismo estatal con amplias facultades, como la Unidad de Información Financiera.

Existen actividades económicas que poseen algún matiz de riesgo y que pueden aparentar ser sospechosas. Esparcir el miedo –como señalan los Dárdano en el comentario al fallo citado– entre los intervinientes en esas operaciones, presumiendo alguna intención ilícita, que debe ser “a posteriori” analizada por una oficina estatal, sujeta a todo tipo de presiones políticas, no es beneficioso para una economía emergente.

NOTA DE LOS AUTORES

Debido a que hemos enfocado el tema desde una visión general y no estrictamente notarial, puesto que ya existen excelentes desarrollos doctrinarios de colegas al respecto, agregaremos aquí, para aquellos que se interesen por este aspecto, la siguiente reseña:

Los escribanos públicos de todo el país son sujetos obligados a informar, como se ha dicho. En el año 2004 se dictó la reglamentación de la Ley en lo referente a esta profesión, mediante la **Res. 10/2004** en sus cuatro anexos, la cual genera para nosotros la carga de realizar un informe mensual a través de la *Web* para reportar todas las operaciones de dicho período (en su primera versión se imponía un piso de \$ 50.000 para las operaciones que luego se eliminó con la **Res. 04/2005**) y un informe especial dentro de las 48 hs sólo en determinados casos de mayor sospecha. Además, se establecen modalidades de relación con el cliente, su identificación y datos personales, comprometiéndolo en cuanto al origen de los fondos y a la documentación respaldatoria que puede ser necesaria para justificarlo, según la transacción supere los 200.000 o 500.000 pesos.

La normativa impuesta fue desde un principio considerada imprecisa y falta de objetividad, e incluso impugnada judicialmente –con diferentes resultados– en algunas jurisdicciones por los colegios notariales. Se mantienen permanentes reuniones entre la UIF y representantes del notariado argentino

para lograr mejorar la forma en que se encuentra planteada la obligación para los notarios, con pocos resultados por el momento, pero sin romper el diálogo y siempre en el ánimo de colaborar dentro de un marco jurídico lógico y posible.

Bibliografía

Bertazza, Humberto J., *El rol del profesional de Ciencias Económicas ante la nueva ley de lavado de dinero*, Errepar, 04/01.

Cabuli, Ezequiel [y otros], "Prevención del lavado de activos y el ejercicio profesional en el mundo globalizado", en *Revista del Notariado* 884, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, abril-junio 2006, pp. 111-121.

Castro, Julián Matías [y otros], "Inconstitucionalidad y subjetividad vs. función notarial". VII Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur y XVII Encuentro Nacional del Notariado Novel de la República Argentina (Rosario, Santa Fe: AR: 20-22 octubre 2005), en *Revista del Notariado* 882, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre-noviembre 2005, pp. 81-93.

Dárdano, Arnaldo A. [y otros], Nota a fallo: "Resolución de la UIF: afectación de derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional", en *Revista del Notariado*, 883, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, enero-marzo 2006, pp. 143-148.

Gattari, Carlos Nicolás, *Práctica Notarial*, tomo IX, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 230 y ss.

Goldín, Lorena A., "Problemática del delito de lavado de dinero". VII Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur y XVII Encuentro Nacional del Notariado Novel de la República Argentina (Rosario, Santa Fe: AR: 20-22 octubre 2005), en *Revista del Notariado* 882, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre-diciembre 2005, pp. 101-105.

Gutiérrez Morales, Norma, "Una función más, un derecho menos: la crisis de la función notarial". VII Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur y XVII Encuentro Nacional del Notariado Novel de la República Argentina (Rosario, Santa Fe: AR: 20-22 octubre 2005), en *Revista del Notariado* 882, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre-diciembre 2005, pp. 95-100.

Miguens, Alberto M., "Ley antievasión", en *Revista del Notariado* 872, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, abril-junio 2003, pp. 363-364.

Moretti, Diego H., "UIF: Capital sí, Provincia no", en *Revista del Notariado* 879, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, enero-marzo 2005, pp. 315-316.

Oviedo, María Alejandra, "El fin no justifica los medios". VII Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur y XVII Encuentro Nacional del Notariado Novel de la República Argentina (Rosario, Santa Fe: AR: 20-22 octubre 2005), en *Revista del Notariado* 882, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre-diciembre 2005, pp. 107-112.

Pelosi, Horacio Luis, "Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo: inconstitucionalidad de la ley 25.246 y de la res. 10/2004 UIF", en *Revista del Notariado* 881, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, julio-septiembre 2005, pp. 27-34.

Romano Duffau, Gustavo, comp., "Lavado de dinero. Fideicomiso. Tentativa de blanquear o reciclar bienes provenientes de un delito. Concepto de 'lavado de dinero'. Procesamiento. Nulidad. Requisitos: delito en provecho o interés propio del poseedor del dinero" en *Revista del Notariado* 882, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre-diciembre 2005, pp. 215-219.