

***LAVADO DE ACTIVOS – LEY 25.246
SUJETOS OBLIGADOS A INFORMAR***

Autor

Nidia Graciela Osimani

Tesis Final

Del Proyecto de Investigación acerca del grado de
responsabilidad de Auditores y Síndicos

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Enero 2009

RESUMEN

La incorporación de la figura de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo al Código Penal mediante la Ley 25.246 publicada en el Boletín Oficial del 10 de mayo de 2000, obedeció a la necesidad temporal de nuestro país de adecuar nuestra legislación ante el Grupo de Acción Financiera (GAFI) o Financial Action Task Force (FATF).

Este Organismo intergubernamental, establecido por el entonces G7, con la incorporación de Rusia a los ya miembros: Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Canadá, se creó bajo la órbita de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), en el año 1989 en París.

El objetivo del GAFI es el de promover políticas a nivel nacional e internacional, que permitan combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, y está facultado para calificar a los países entre los que colaboran y los que no lo hacen con la lucha contra este delito.

En el año 2000, la Argentina, al sancionar la Ley 25.246 es aceptada como miembro pleno del GAFI y en el año 2001 crea la Unidad de Información Financiera (UIF) por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 169.

Al año siguiente de ser creada, la UIF emitió una serie de Resoluciones en las que indicaba, además de tantos otros temas, quiénes serían los sujetos obligados a informar toda operación inusual o sospechosa que observasen en cumplimiento de sus funciones. Bajo el título “Sujetos obligados a informar”, se detallaron los responsables de llevar a cabo esta carga pública, entre los que se encontraban todos los profesionales en ciencias económicas matriculados en un Consejo Profesional.

Posteriormente, la Resolución N° 3/2004 de la UIF establece que los profesionales en ciencias económicas obligados serán solamente los Contadores Públicos que actúen como Síndicos societarios o Auditores externos, es decir, los que emitan informes anuales de auditoría o sindicatura conforme lo determinan las normas emanadas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE) en sus Resoluciones Técnicas N° 7 y 15 respectivamente.

En el contexto descripto, la normativa mencionada resulta colisionando con otras normas tales como: el art. 1071 bis del Código Civil incorporado por Ley 21.173, art. 156 de Código Penal (modificado por Ley 24.286), art. 244 de Código Procesal Penal, la Doctrina,

y disposiciones inherentes a la profesión: art. 11 del Decreto 169/2001; art. 19 del Código de Ética del Profesional en Ciencias. Económicas, art. 5 de la Resolución Técnica 204/00 que da origen al Código de Ética Unificado para Profesionales en Ciencias Económicas de la República Argentina, el que se refiere al tema analizado en su Capítulo 6 – arts. 28 a 31, entre otros que serán tratados en el transcurso de la presente Tesis.

Asimismo, se plantea una paradoja ético-jurídica con la teoría del comportamiento moral, en los postulados de la teoría del deber o deontología como conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales de una determinada disciplina.

ABSTRACT

The incorporation of the figure of concealment and washing of assets of criminal origin to the Penal Code by means of published Law 25,246 in the Government reporter of the 10 of May of 2000, obeyed to the temporary necessity of our country to adapt our legislation before the Group of Acción Financiera (GAFI) or Financial Action Task Force (FATF).

This intergovernmental Organism, established by the then G7, with the incorporation from Russia to already the members: The United States, Japan, Germany, France, Italy, Kingdom Unido and Canada, was created under the orbit of the Organization for the Economic Cooperation and the Development (the OECD), in 1989 in Paris.

The objective of the GAFI is the one to promote political at national and international level, that allows to fight the washing of assets and the financing of the terrorism, and is authorized to describe to the countries between which they collaborate and those that do not do it with the fight against this crime.

In 2000, Argentina, when sanctioning Law 25,246 is accepted as total member of the GAFI and in 2001 creates the Unit of Información Financiera (UIF) by decree of the Executive authority Nacional N° 169.

The following year of being created, the UIF emitted a series of Resolutions in which it indicated, in addition to so many other subjects, who would be the forced subjects to inform all unusual or suspicious operation that they observed in fulfillment of his functions. Under the title "Subject forced to inform", the people in charge detailed themselves to carry out this obligation owned to government, between which were all the professionals in registered economic sciences in a Professional Advice.

Later, the Resolution N° 3/2004 of the UIF establishes that the professionals in forced economic sciences will be only the Accountants Public who act like societarios Receivers or external Auditors, that is to say, those that emit annual information of audit or sindicatura as respectively determines the emanated norms to it of the Federation Argentina de Profesional Consejos of Ciencias Económicas (FACPCE) in their Technical Resolutions N° 7 and 15.

In the context I decipher the mentioned norm is colliding with other norms such as: art. 1071 bis of the Civil Code incorporated by Law 21,173, art. 156 of Penal Code (modified by Law 24,286), art. 244 of Penal Procedural Code, inherent Doctrina, and dispositions to

the profession: art. 11 of Decree 169/2001; art. 19 of the Code of Ethics of the Professional in Sciences. Economic, art. 5 of the Technical Resolution 204/00 that gives origin to the Code of Ethics Unified for Professionals in Economic Sciences of the Argentine Republic, the one that talks about to the subject analyzed in its Chapter 6 - arts. 28 to 31, among that they will be treated in the course of the present Thesis.

Also, a ethical-legal paradox with the theory of the moral behavior considers, in the postulates of the theory of having or to deontología like ordered set of duties and moral obligations that have the professionals of a certain discipline.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL LAVADO DE ACTIVOS
 - a) Naturaleza
 - b) Antecedentes
 - c) Objetivo
 - d) Etapas
 - e) Proceso
 - f) Marco normativo internacional
 - g) Evolución normativa nacional - Doctrina - Sanciones
 - h) Bien jurídico protegido
- III. EFECTOS MACROECONÓMICOS DEL LAVADO DE ACTIVOS
- IV. PREVENCIÓN
 - a) Algunas actividades que pueden resultar sospechosas
 - b) Conozca a su cliente
- V. EL SECRETO PROFESIONAL - LA ÉTICA
- VI. EL SECRETO PROFESIONAL Y LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR ACTIVIDADES SOSPECHOSAS
- VII. RESPONSABILIDAD DE AUDITORES Y SÍNDICOS
- VIII. CONCLUSIONES
- IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

En procura de alcanzar la mayor claridad posible al definir la línea demarcatoria entre las colisiones y paradojas mencionadas, se elabora esta Tesis, en la que se analizan diversos aspectos inherentes al alcance de la responsabilidad de Contadores Públicos en su rol de Síndicos societarios y Auditores externos.

Se pretende en la misma, superar el enfoque conceptual e ingresar con el presente análisis en el terreno empírico y operativo de la problemática que enfrenta a Síndicos y Auditores con el dilema entre el secreto profesional y su condición de sujetos obligados según lo establece la legislación vigente.

La compleja metodología de criminalidad que caracteriza al lavado de activos requiere, además del estricto marco legal y la colaboración coordinada de todos los Gobiernos, la capacidad del Profesional para afrontar el desafío de actuación tanto en la detección del delito como en la forma de equilibrar su obligación con la ética.

La necesidad de respetar ciertas pautas, tales como el conocimiento del cliente, la identificación de sus actividades, el tipo de negocio, el volumen de ingresos, y demás aspectos relacionados con sus asistidos o asesorados, redundan en la eficiencia de su desempeño y torna exitosa su función.

A tales fines, es menester que cuente con procedimientos específicos normados que le permitan advertir los indicios de un accionar sospechoso.

Todas estas cuestiones serán desarrolladas en el presente trabajo esperando aportar con el mismo mayor claridad al tema.

II. EL LAVADO DE ACTIVOS

a) Naturaleza

Este delito económico y financiero perpetrado generalmente por los llamados “delincuentes de cuello blanco”, se conforma por un conjunto de operaciones complejas, con características que escapan a los parámetros habituales y trascienden las fronteras de un país en virtud de contar con tecnologías muy avanzadas a nivel internacional.

El mismo es definido por diferentes autores de la siguiente manera:

“Procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas (armamento, prostitución, trata de personas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico, etc.) son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácticamente hábiles” (Escobar: 1998, 32).

“.....Al hablarse de lavado de dólares o de dinero se hace referencia a la actividad por la cual se invierte el dinero proveniente de una actividad ilícita, por ejemplo, tráfico de drogas, de armas, de trata de blancas, etc. en una lícita, para tratar de ocultar el origen de ese dinero”. (Llobet Rodríguez: 2005, 136)

“Blanqueo es toda aquella estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas Públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y en su caso, el origen delictivo de la riqueza” (Bajo Fernández: 2001, 51)

“El proceso de lavado de dinero procura justificar legalmente e incorporar al flujo económico, capitales de origen ilegal, creando una simulación transaccional-operativa que permita ver lo ilegal como legal” (Pérez Lamela: 2006, 13)

El lavado de activos entonces, siendo uno de los delitos más complejos de detectar, se sustenta en la criminalidad internacional organizada que se enriquece de manera exorbitante a costas de diferentes actividades ilícitas como lo son el tráfico de estupefacientes, tráfico de personas, trata de blancas, tráfico de órganos, tráfico de armas, contrabando, sobornos, evasión fiscal, entre otros.

Los bienes así producidos se insertan en la economía formal mediante un mecanismo llamado blanqueo de capitales, de activos o más comúnmente “lavado de dinero”, que consiste en el éxito de aparentar una obtención legítima.

b) Antecedentes

Para hablar del lavado de activos, se debe comenzar por una breve reseña de sus antecedentes históricos. La práctica en cuestión se remontaría a la época de los *Caballeros Templarios*, quienes tuvieron su origen en un pequeño grupo de nueve caballeros seculares que formaron una Orden después de la primera cruzada en el año de 1118.

Siendo el primer ejército que contara con una organización bien definida y una adecuada administración de recursos y estrategias, alcanzarían el respaldo de la Santa Sede y de las Monarquías europeas en general.

El Papa Inocencio II eximió a la Orden de los Templarios de responder por sus acciones ante leyes humanas y durante casi 200 años tuvieron el poder suficiente como para hacer y deshacer a su arbitrio.

En aquella época, la iglesia prohibía los préstamos dinerarios a los que se les aplicara intereses por considerarlo usura. Ante esto, los Templarios idearon un sistema que les permitió prestar dinero, obtener sustanciales ganancias por hacerlo y superar la restricción de la usura, pudiendo financiar inclusive a monarcas, por lo que se los considera los creadores del sistema bancario tal como hoy se lo conoce y precursores en la metodología de “lavado de activos”.

Con el paso del tiempo, el concepto de lavado de dinero se asocia a las mafias.

Estas organizaciones criminales que funcionan de manera corporativa, se camuflan dando apariencia a sus negocios de actividades legales.

Algunas de las más conocidas y de gran penetración en las economías latinoamericanas son:

- ◆ La mafia china. Conocida también como “tríadas”, ingresaron a nuestro país con mayor fuerza entre fines de los ochenta y los noventa.

Nacen como consecuencia de los hechos ocurridos en China en el siglo XII cuando los Tsing de origen Manchú tomaron el poder tras derrotar a la dinastía Ming, cuyos monjes del Templo Chao Lin fueron asesinados en su mayoría, sobreviviendo solo cinco monjes quienes fundaron esta mafia con la intención de financiarse para retornar al poder.

Hoy su accionar delictivo abarca desde el tráfico de armas, la prostitución, el juego clandestino, tráfico de heroína y otras sustancias, extorsiones, fraudes financieros.

Ellos manejan todo lo vinculado con la inmigración de chinos al país y los capitales para el armado de sus negocios.

- ◆ Los cárteles colombianos. Controlan la economía mundial a través del narcotráfico, manejando el tráfico de influencias judiciales, políticas y de seguridad.

El terrorismo internacional se financia principalmente por el narcotráfico ejercido por grupos guerrilleros como *Las Farcs*, para luego hacer ingresar ese dinero al sistema a través de los contactos políticos o judiciales y blanquearlo. Campañas políticas y accesos a las primeras magistraturas de países latinoamericanos han sido posibles gracias a este tipo de financiamientos.

- ◆ La mafia siciliana. Nace en Sicilia a comienzos del siglo XIX.

La burguesía siciliana vivía del favor de la nobleza al estilo medieval, a diferencia de una Europa orientada a la modernización en todos sus aspectos.

Si bien el comercio ejercido por estos burgueses se caracterizaba por la corrupción y el tráfico de influencias, el armado corporativista logrado y su inserción en los diferentes estratos sociales, culturales, políticos, financieros, religiosos, les permitió organizarse y tomar el control de diversas organizaciones clave mas fuertemente a partir de la década del setenta, practicando el soborno, manejo del juego, prostitución, empresas fraudulentas, mediante las cuales se lavaba dinero.

Sin embargo, estas mafias sicilianas fueron las que llegaron a mediados del siglo pasado a Estados Unidos donde desplegaron todo su accionar criminal creando lavanderías y empresas textiles con la apariencia de negocios legales, para “lavar” el dinero proveniente del contrabando de alcohol, entre otros delitos.

- ◆ La Yakuza japonesa. Mediante un procedimiento denominado “el Sokaya” consistente en extorsionar a altos ejecutivos de corporaciones de mucha relevancia.

Esta mafia opera fundamentalmente en Estados Unidos y Europa, aunque también en los últimos años desarrolla sus actividades en Latinoamérica.

Su modus operandi se caracteriza por un trabajo de inteligencia previo a estos altos ejecutivos, buscando todas aquellas conductas privadas que pudieran comprometerlo de manera social, familiar y corporativa. Una vez detectada la misma, extorsionan, pidiendo por su silencio altísimas sumas dinerarias o favores muy especiales conforme a las influencias que tenga la víctima.

- ◆ La mafia rusa. Ha penetrado en un altísimo porcentaje tanto en el sector privado como en el público a partir de la instauración del capitalismo en Rusia como consecuencia de la caída del muro de Berlín.

Su área de accionar delictivo mas importante se desarrolla en Europa y Latinoamérica, mediante el tráfico de armas, narcotráfico, prostitución y lavado de dinero en el negocio de los deportes.

Asimismo, el análisis histórico minucioso lleva a advertir que el Estado muchas veces resulta “socio” en estas prácticas de lavado de activos, en complicidad con las grandes corporaciones financieras a pesar del avance en materia legislativa y de auditoría.

Muchos bancos en el mundo transgreden estas normas y evaden los controles amparados en políticas estatales permisivas, favoreciendo la evolución del delito y restringiendo la economía formal.

Desde finales de la década del 60 surgieron las *plazas offshore* y los *paraísos fiscales* como consecuencia de la urgente necesidad de inversiones de ciertos gobiernos.

Al creciente flagelo del narcotráfico de los 80 y 90 se sumó la desregulación financiera, incrementando de manera extraordinaria la generación de capital sin necesidad de actividad productiva.

Durante la Guerra Fría, Gran Bretaña promovió el nacimiento de paraísos fiscales, los que actualmente pueden manejar cifras multimillonarias de empresas a través de las cuales se lava dinero.

Una de las normas que facilitan este delito es el *secreto bancario*, por el cual muchos delincuentes pueden blanquear dinero proveniente de sus ilícitos.

c) Objetivo

Quien blanquea activos busca llevarlos al sistema comercial y financiero para introducirlos en la economía formal y de ese modo impedir que sea rastreado su origen por parte de los controles legales; es decir que el objetivo final es la integración de capitales ilícitos al sistema económico legal, lo que permitirá transformarlos en bienes y servicios de consumo lícito.

d) Etapas

El término “dinero” ya no es solo privativo del efectivo, sino que comprende todas las formas, características e instrumentos que éste adopta. Estos activos no solo se lavan

introduciendo capitales provenientes de actividades ilícitas al sistema legal sino que también a través de actividades comerciales y financieras irregulares.

El delito consiste en hacer desaparecer los activos derivados de actividades ilegales depositando el mismo en manos de intermediarios financieros, adquiriendo títulos al portador y otras formas usuales. El patrimonio resultante pasa por una serie de transacciones que aseguren la desvinculación de los activos con su origen ilícito.

Posteriormente se procede al blanqueo por el cual se adquiere la apariencia de licitud mediante una pertinente introducción en la economía formal o regular.

Pérez Lamela (Ob.cit) distingue las siguientes etapas:

- ❖ Simulación
- ❖ Integración
- ❖ Legitimación

La *simulación* está presente en todos los tramos del proceso, desde su origen hasta el final, desde la manipulación de diversas actividades de ingreso y egreso de los activos, la mutación de tipos de mercados, el manejo variable de los bienes, con el objetivo de simular lo ilegal como legal.

El lavado de activos es una forma de encubrimiento; la estructura jurídica que permite este tipo de acciones debe ser sólida, en virtud del bien jurídico que se pretende proteger ante este delito por el tipo penal.

La simulación puede consistir en la utilización de diferentes activos de diversas naturalezas, desvinculados, pequeños depósitos fraccionando las grandes sumas en diferentes entidades, emprendimientos comerciales diversos.

La *integración* es lenta, gradual y puede tener lugar tanto en grandes corporaciones como en pequeñas empresas.

En muchos países, en virtud de su estado económico, y para favorecer las inversiones se permiten este tipo de integraciones haciendo mas laxas sus legislaciones, no indagando demasiado en el origen de los fondos.

El dinero proveniente del delito no puede legitimarse de manera directa, por lo que se procede a legitimarlo a partir de, por ejemplo, el flujo de cajas reales de actividad normal y habitual de empresas legales, facturación apócrifa, empresas o negocios fantasmas, actividades ficticias, etc., que dificultan el accionar judicial y permiten su concreción.

La Federación de Banca de la Comunidad Europea distingue tres etapas del lavado de activos, en el transcurso de las cuales los *lavadores* realizan diversas operaciones para no ser descubiertos en su accionar.

Las etapas que este organismo reconoce son:

- ❖ Primera fase de colocación o “placement”, de inserción de fondos al sistema bancario;
- ❖ Segunda fase de estratificación cuando estos fondos ya son sometidos a diversas y complejas operaciones
- ❖ Tercera fase o “integration”, en la que se lo reviste de un aspecto de legalidad incorporando esos activos a las vías normales.

e) Proceso

En la *fase de colocación* se manipula el efectivo, depositándolo en entidades bancarias, lo que resulta el modo mas inmediato para deshacerse del mismo, en varias cuentas y en diferentes días.

Los cajeros automáticos aumentaron considerablemente la posibilidad de evadir controles sobre la circulación masiva del dinero al contado. Con la facilidad de poder depositar las 24 horas del día, muchos lavadores ingresan dinero de esta manera evitando ser descubiertos.

Otro modo de reciclar es ingresando el dinero en cajas de seguridad de bancos, que si bien no resuelve el problema principal de tenencia excesiva sin poder justificarla, el banco no controla el contenido, por lo que el dinero está resguardado en una caja cerrada e intacta, hasta nueva decisión del propietario, el que puede ir retirando pequeñas porciones y depositarlas o invertir las moderadamente para que no genere sospechas.

En cuanto a la instrumentación de Títulos Valores, su especial configuración legal favorece su adquisición por parte de los blanqueadores como medio para concretar sus fines. La seguridad con la que pueden hacerse efectivos los derechos de créditos incorporados a estos instrumentos comerciales, junto con su facilidad de transmisión, hace de ellos una herramienta apta para favorecer la posterior circulación de capitales ilegales y su reinversión.

Los instrumentos con mayor facilidad para ser utilizados en el lavado son los librados al portador, ya que con la transmisión o entrega es posible exigir la satisfacción del crédito inherente.

Los Títulos Valores al portador circulan de mano en mano de manera ininterrumpida sin que en ellos consten mas datos que los del obligado a pagar, convirtiendo al portador en titular de pleno derecho de la cantidad reflejada en el documento.

Los cheques y pagarés son activos usados con frecuencia.

Los llamados “cheques de caja”, emitidos por instituciones financieras contra sí mismos a cambio de un cierta cantidad dineraria, resultan una manera muy ventajosa y por ende utilizada por los recicladores, sobre todo en países europeos donde la legislación permite librar títulos a favor de titulares anónimos.

En la práctica contable, tanto el efectivo como los cheques están ausentes, utilizándose las llamadas “cuentas puente”, siendo el banco el titular de las mismas por razones técnicas, y para realizar operaciones a corto plazo.

Todo esto favorece la tarea de los blanqueadores encubriendo definitivamente los capitales de origen ilícito.

Otra forma que favorece estas maniobras es la emisión de Títulos de Deuda Públicos, como consecuencia de un alto déficit público de algunos Estados. Este fenómeno suele sumarse a la evasión y al fraude fiscal.

En ese contexto los Gobiernos respectivos facilitan el ingreso del dinero producto de ilícitos mediante la venta de estos títulos sin demasiados requisitos, lo que resulta siendo *un pacto de silencio* entre el Gobierno y los lavadores.

Este procedimiento, no obstante, resuelve momentáneamente el problema deficitario, pero promueve y agudiza el blanqueo de activos.

La labor del Fisco en cuanto al control de riquezas sobre las cuales aplicar tributos, generó la aparición de nuevos productos financieros que con cobertura legal, ofrecen al contribuyente la protección de su patrimonio, sea éste de origen lícito o ilícito.

Volviendo al ejemplo de Europa, puede hacerse mención a la situación de instrumentalización del mercado de seguros, en la que el tomador pagaba una sola vez el importe de la prima es decir, una prima única, mientras la compañía se comprometía a devolverlo junto con los intereses en el caso que cubriera el seguro, estando exentos de

practicar retenciones destinadas al Fisco. Esto garantizaba la evasión y por ende el no control por parte del Estado de los fondos, prestándose esta práctica a maniobras fraudulentas.

Luego de la evasión y fraude como producto de las primas de seguro, se ideó la cesión temporal de créditos, como nuevo mecanismo. La operación se caracterizaba por el traspaso con acuerdo de devolución, de una participación en un crédito concedido a un tercero por una entidad financiera, así los bancos y cajas de ahorro que hubieran otorgado un préstamo a un cliente, se lo pagaban a un depositante evasor de acuerdo con el titular, quien cobraría intereses por esta cesión, que era posible a causa de falta de normas que la contemplaran.

En ese contexto, los bancos no estaban obligados a retener impuestos sobre esta operación, resultando la misma una burla al sistema tributario.

Otro método similar de evasión tributaria que permite el lavado de activos es el traspaso temporal de titularidad de activos financieros de alta rentabilidad adquiridos con antelación por un banco, en beneficio de un cliente del mismo.

Quien estuviera interesado en deshacerse del dinero, lo ingresa por ventanilla y el banco lo transfiere a una cuenta interna de la que él mismo es titular, pero de manera encubierta.

El banco entrega un recibo al depositante y cede una cierta cantidad de activos durante un período acordado que no supere su plazo de vencimiento.

Cada período, los intereses devengados son transferidos a la otra cuenta, a partir de la cual pueden ser cobrados por el cliente en ventanilla.

En el ámbito de las apuestas y juegos de azar, existen maniobras más comunes de las que se cree. Por ejemplo, la adquisición de todos o la mayor parte de los billetes, entre los cuales puede estar el ganador en virtud que al aumentar los eventos aumentan las probabilidades de ganar. De este modo se blanquea dinero y se asegura más una ganancia.

Asimismo, puede aparentarse una estrategia similar con los juegos en el casino. Por ejemplo un apostador que compra gran cantidad de fichas y jugando o no alguna, las restituye a la caja simulando ser ganancia, recibiendo a cambio el cheque correspondiente y de este modo justificar la suma de dinero. No debe descartarse en estos casos la connivencia de los administradores de estos lugares con los blanqueadores, en un “negocio” conjunto.

Justificar las sumas dinerarias que permitieron adquisiciones tan grandes no es mayor problema dado que puede aducirse que se trató un fondo común entre varias personas a un solo efecto.

La liquidez que se maneja en la comercialización de bienes de primera necesidad, de fácil comercialización, permite que muchas veces se abulten los resultados de los ingresos reales, mediante el blanqueo, constituyéndose en otro mecanismo que lo facilita conocido como “transacciones masa”.

Un ámbito apropiado para el blanqueo de activos lo es también la enorme masa de capitales que se mueve en torno al deporte profesional, fútbol, tenis, básquet, boxeo y automovilismo, entre los que mas puede advertirse este tipo de maniobras.

Lamentablemente, muchos de estos deportes se han enrarecido por la presencia del narcotráfico en el seno de sus desarrollos.

Muchas veces los blanqueadores, bajo la apariencia “solidaria” de préstamos dinerarios a los estratos mas humildes de la sociedad, destinados a promover microemprendimientos por ejemplo, también ingresan el activo proveniente de ilícitos al sistema legal, y esta maniobra requiere aparatos políticos detrás sustentándola.

En la *fase de conversión*, los bancos e instituciones financieras son las principales transmisoras de dinero, promoviendo la circulación del mismo mediante cuentas corrientes, sedes o jurisdicciones diferentes. Cuantas mas transferencias tienen lugar, menor es la posibilidad de controlar los activos blanqueados y su procedencia, siendo favorecidas por la legislación, la tecnología y la globalización.

Una manera de canalizar activos de un lugar a otro resulta el mecanismo de “compensación” entre dos sedes de la misma entidad bancaria.

En países donde la legislación vigente exige la identificación de sus clientes a un banco, éstos han optado por constituir sociedades fiduciarias off shore.

A nombre de éstas abren cuentas en la casa matriz, desde donde los fondos de ciertos clientes son transferidos de la cuenta principal a entidades satélite radicadas en el exterior, siendo el nombre de éstas últimas el único que aparece en los registros de aquéllas.

En caso de que organismos de contralor soliciten información acerca del titular de la cuenta, el argumento es que se desconoce en tanto el vínculo se ampara en la mediación de las mencionadas sociedades interpuestas.

Internet es una herramienta sumamente útil y ágil para permitir este tipo de maniobras dado que pueden moverse en segundos grandes volúmenes de dinero de una cuenta a otra u otras en el mundo, haciendo muy dificultoso seguir el rastro de las transacciones.

Si bien no todas las entidades bancarias se prestan a estas actividades, existen antecedentes como la del Banco Ambrosiano de Milán de 1982, The Bank Of Credit & Commerce Internacional con sucursales en más de 70 países a través de las cuales se procesaron entre otras, las ganancias del Cártel de Medellín, y el Herstatt Bank de Colonia.

La evolución del crimen organizado ha buscado y sentado redes de negocios en lugares distantes entre sí, como el “Stash House” en los EE UU, el “Hawala” en los países árabes, los “Bancos Brujos” de Panamá y el “Hundi” o “Chiti” de China.

Estas redes generalmente se conforman por familias dedicadas a las actividades ilícitas y su posterior lavado de activos.

Los recicladores ocultan sus ganancias ilícitas con la adquisición de inmuebles, metales y piedras preciosas, obras de arte, antigüedades, que luego vuelven a vender y así van borrando el rastro del origen.

La técnica de la facturación apócrifa suele tener mayores ventajas para prosperar en las llamadas “operaciones invisibles”. Cuando el sector terciario de la economía aumenta porcentualmente la renta nacional existen mayores facilidades para blanquear riqueza, ya que la escasa factibilidad de comprobación de las actividades declaradas, impide controlar, por ejemplo, el incumplimiento fiscal.

En el caso del eventual reciclaje de dinero mediante ejecuciones judiciales de deudas derivadas de negocios jurídicos, serían suficientes dos partes de común acuerdo, una de las cuales solicitara la satisfacción de un crédito y la otra esperara la sentencia judicial, con todo lo que ella incluye.

Con respecto a las entidades financieras dedicadas a prestar efectivo, puede decirse que la utilización de contratos de préstamo de dinero es una forma idónea para lavar activos, sobre todo en los casos de quienes se manejan a través de testaferros radicados en paraísos fiscales.

Muchas veces los préstamos se utilizan como medio de devolución de la riqueza originada en ilícitos al lugar desde donde partió toda la maniobra. De esta manera, se sabe que muchas organizaciones mafiosas han pedido préstamos a bancos situados en el mismo

lugar desde donde reciclaron los fondos para contar con masas limpias de dinero para introducir en el mercado inmobiliario, u otro negocio. La devolución de esos préstamos por supuesto proviene de los paraísos fiscales.

Para justificar la necesidad del préstamo y evitar sospechas, los recicladores pueden valerse de la organización de espectáculos masivos artísticos como recitales, deportivos, etc. De este modo justifican el volumen del préstamo y su devolución con las ganancias obtenidas del evento.

Con relación a la instrumentalización de personas jurídicas, encontramos por ejemplo las llamadas “sociedades interpuestas”.

El grado de complejidad que reviste el proceso de blanqueo, aumenta de manera directamente proporcional a la masa patrimonial a reciclar, por lo tanto la circulación de esos capitales ilícitos necesitan cada vez mas de apoyo diverso, entre ellos, personas jurídicas que no puedan levantar sospechas por el caudal de dinero que manejan, y así perfeccionar el ciclo de lavado.

Es muy frecuente en este contexto crear sociedades fantasmas cuyo patrimonio solo es una cuenta bancaria con permanente movimiento; otras, como ya se dijo en párrafos anteriores, se crean bajo la apariencia de fines solidarios.

La fase de *Integración* contempla todas aquellas maniobras por las cuales esa masa dineraria proveniente de ilícitos, que ya ha sido “lavada”, se integra a la economía formal. De esta forma se adquieren bienes de todo tipo.

Los factores que determinan el nivel de aptitud de un determinado sector económico con miras a la reintroducción en el mismo de dinero negro son tres.

En los casos de monopsonio por ejemplo, el único comprador de determinados bienes o servicios, puede evitar con mayor facilidad los controles de la libre competencia, es decir que tiene mayores posibilidades de planificar la ampliación de su negocio de manera independiente. La primera consecuencia sería erigirse en monopolio, facilitando la incorporación de capitales provenientes de ilícitos a la economía legal.

Asimismo, esa incorporación de tanto dinero aumenta las posibilidades de productividad del negocio.

Por último, esa evolución favorable del negocio generará mayor interés de los blanqueadores por un determinado mercado.

Es decir, que el dominio de empresas donde puedan desarrollar todo este complejo accionar ilegal, es el ideal de los blanqueadores, y así sucede en la práctica en términos generales.

f) Marco normativo internacional

❖ *Estados Unidos*

El tipo penal abarca no solo el tráfico ilegal de estupefacientes, sino el producido por los crímenes del denominado “cuello blanco”.

En un comienzo, la guerra contra el lavado de dinero fue realizada por la División Criminal del Servicio de Impuestos Internos "Internal Revenue Service Criminal Investigation", IRS-CI, creada en el año 1919, y comenzó su primera investigación de narcóticos contra un traficante de opio Hawaiano a principios de la década del 20, obteniendo como único cargo el de “evasión de tributaria”.

Por aquél entonces, millones de dólares estaban siendo lavados a través de instituciones financieras, evadiendo impuestos, adquiriendo todo tipo de bienes.

Los únicos registros en las instituciones bancarias del dinero eran las cuentas vinculadas a depósitos, dado que los bancos no tenían la obligación de reportar las transacciones de grandes volúmenes de efectivo.

La primera Ley creada en el sentido de empezar a combatir el lavado fue la Ley de Privacidad Bancaria (Banking Secrecy Act, BSA) promulgada en 1970. Con ella se introdujo el Informe de Transacción en Efectivo, el de Circulación Internacional de Efectivo e Instrumentos Monetarios, y el de Cuentas Bancarias y Financieras Extranjeras.

Esta Ley, BSA, que no declara delito el lavado, sino que exige a las instituciones financieras establecer y mantener un registro de diversos tipos de transacciones que permita seguir su rastro, es la base de la legislación norteamericana en la materia.

Sin embargo, ha sido impugnada en varias ocasiones. Por un lado porque impone elevados costos, y por otro porque según algunos intérpretes, infringe la protección de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contra el registro y decomiso irrazonable, y las garantías de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación.

Habiendo sido confirmada una y otra vez, la BSA sigue siendo objeto de debate.

En un caso que llegó hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos, el juez Douglas, en disidencia afirmaba: "Todavía no estoy dispuesto a aceptar que Estados Unidos esté tan

obsesionado con el mal que tengamos que eliminar todas las barreras constitucionales para dar a nuestras autoridades civiles los instrumentos para aprehender delincuentes".

El Informe de Transacción de Efectivo, CTR, apareció junto a la BSA, y para el año 1975, solamente 3.418 informes habían sido presentados en los Estados Unidos.

Cuando la primera versión del CTR fue introducida, la única manera de informar transacciones sospechosas de menos de US\$ 10.000 era si el cajero del banco llamaba a un agente para proveer esa información.

Esto, se debió fundamentalmente, a la preocupación de las instituciones financieras con relación a la Ley de Derecho a la Privacidad Financiera.

La siguiente versión del CTR contenía casilleros para marcar cuando se reportaban transacciones sospechosas.

Este proceso estuvo en vigencia hasta abril de 1996, cuando se introdujo el Informe de Transacción Sospechosa, Suspicious Activity Report, SAR.

Los informes de efectivo cambiaron desde que fueron introducidos en 1970, ahora existen diferentes requisitos para diferentes tipos de instituciones financieras y no-financieras.

Con el incremento del tráfico de drogas, la alarma por el lavado de dinero cundió en el Congreso de Estados Unidos, que decidió proscribirlo en 1984 al declararlas infracciones a la Ley de Secreto Bancario, Predicate Acts, actividades que constituyen parte del delito del crimen organizado, con arreglo a la Ley de Organizaciones Corruptas y Bajo la Influencia del Crimen Organizado, RICO.

Finalmente, según la Ley de Lavado de Dinero de 1986, se tipificaba esta actividad como delito federal y se añadían tres nuevas acciones al código penal: la de ayudar a sabiendas a lavar dinero procedente de actividades delictivas, participar a sabiendas en una transacción de más de US\$ 10.000 que entrañe bienes procedentes de actividades delictivas y organizar transacciones destinadas a eludir los requisitos de declaración previstos en la BSA.

Este último elemento iba dirigido a los llamados "pitufos", individuos contratados por los lavadores para efectuar ingresos múltiples o compras de cheques de viajero en cantidades inmediatamente inferiores al límite de los US\$ 10.000.

La BSA generó una circulación monetaria en papel necesario para que los agentes de la investigación pudieran rastrear los dólares sobre los cuales no se pagaban impuestos y los millones de dólares que se lavaban a través de bancos en los Estados Unidos.

IRS-CI ha podido rastrear los datos para interrumpir y dismantelar, a través de estas investigaciones, y enjuiciar y confiscar bienes, de las más grandes organizaciones de drogas y lavado de dinero en la nación.

Analizando en particular la actuación del IRS-CI y las normas de las cuales se sirve para efectuar la investigación financiera citadas, se puede señalar que aunque el fraude contributivo y la evasión de impuestos son prioritarios para IRS-CI, los informes de efectivo y el lavado de dinero también son áreas de énfasis para el Servicio de Impuestos Internos.

Según el Código de Impuestos Internos del IRS, éste tiene jurisdicción total sobre las violaciones criminales del Código de Impuestos Internos, IRC, Título 26 del Código Penal de los Estados Unidos.

El Código de Impuestos Internos, Sección 61 - a) define a los “ingresos brutos como “...todo ingreso derivado de cualquier fuente”.

Esto ha sido aceptado en los tribunales para incluir ingresos derivados de fuentes ilegales, tales como narcotráfico, extorsión, fraude, quiebras fraudulentas, y otros delitos.

Los estatutos criminales primarios, Primary Criminal Statutes, incluyen la evasión de impuestos, la presentación de declaraciones de impuestos falsa, y la no presentación de declaraciones de impuestos, entre otros.

Adicionalmente, el Código de Impuestos Internos, requiere que cualquier negocio u ocupación, excepto instituciones financieras, reporten todo efectivo recibido mayor de US\$ 10.000 en un formulario diseñado a tales efectos.

Este requisito generó un impedimento significativo contra el uso de fondos ilícitos por parte del narcotráfico y otros personajes involucrados en actividades ilegales durante la compra de artículos de lujo.

Las instituciones financieras proveen información similar en un Informe de Transacción en Efectivo.

La evolución de la prevención del blanqueo de capitales, siguió con las siguientes normas:

- ✓ Ley de Control del Lavado de Dinero de 1986 que tipifica el lavado y lo considera un delito criminal;
- ✓ Ley de Encauzamiento de 1998 que determina la confiscación, el comiso civil o criminal del dinero o bienes utilizados en actividades ilícitas o resultantes de éstas, alcanzando incluso a los bancos;
- ✓ Ley Antidrogas Annunzio Willey de 1992 que establece que las instituciones financieras pueden ser declaradas culpables criminalmente por el lavado de dinero;
- ✓ Los Estatutos Penales del Código Federal de los Estados Unidos sobre Lavado de Dinero y Normas Conexas y Complementarias publicado por el Departamento de Justicia en mayo de 1993 y la Reglamentación del Secreto Bancario del 1º de abril de 1996.
- ✓ Acta Patriótica de octubre de 2001, en su título III que hace referencia al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en su capítulo III.
- ✓ Las Normas Federales aprobadas por el Congreso, vinculadas como: Título 31 del Código de Impuestos Internos probada en el 2001 como resultado de la Ley Patriota que duplica las provisiones de reportar del Código de Impuestos Internos, Sección 6050 I. El reporte dual de esta información ahora puede proveer al IRS y al Departamento del Tesoro. Red para el Cumplimiento de Crímenes Financieros.
- ✓ El Título 31 del Código Federal de los Estados Unidos, Sección 5332, también como resultado de la Ley Patriota, surge el Estatuto de Efectivo Voluminoso. IRS-CI tiene jurisdicción para investigar las violaciones a este Estatuto.

Esto afecta a cualquier individuo que transporte o intente transportar efectivo u otros instrumentos monetarios mayores de U\$S 10.000, desde un lugar en los EE UU a otro lugar fuera de los EE UU, o desde un lugar fuera de los EE UU hacia dentro de los EE UU, y con conocimiento lo oculta con el propósito de evadir los requisitos de reportar dicha transacción bajo el Título 31, Código Federal de Estados Unidos 5316.

Al aprobarse la Ley para el Control de Lavado de Dinero en octubre de 1986, el Derecho a la Privacidad Financiera dejó de ser un obstáculo.

Como parte de la nueva ley, el Congreso dejó establecido que una institución financiera no puede ser expuesta a sanciones por proveer información de transacciones sospechosas a las agencias de investigación.

En 1988 se crea la Ley contra la Adicción a Drogas, por la que se endurecieron considerablemente las penas y se exigió la estricta identificación y registro de las compras en efectivo de determinados instrumentos monetarios. Posteriormente, se ha revocado la mayoría de los requisitos relativos al mantenimiento de registros de compras en metálico de instrumentos monetarios.

Mediante esta legislación, se autorizaba al Departamento de Hacienda a obligar a las instituciones financieras a presentar informes de transacciones en divisas por zonas geográficas determinadas.

El Secretario de Hacienda está facultado para dictar una orden por la que obligue a las instituciones financieras de una zona geográfica determinada a presentar informes de transacciones en divisas por valor inferior al límite de los U\$S 10.000.

La misma norma también encomendaba al Departamento de Hacienda la promoción de acuerdos internacionales bilaterales para el registro de transacciones importantes en moneda estadounidense y el intercambio de esta información.

Por la Ley Annunzio-Wylie contra el Lavado de Dinero de 1992, se amplió la definición de "transacciones financieras" de la Ley del Secreto Bancario, añadiéndose una cláusula sobre conspiración y se prohibieron "los negocios de transmisión ilícita de dinero".

Esta ley es más conocida por establecer la denominada "pena de muerte", que dispone que si un banco es declarado culpable de lavado de dinero, el Banco Federal supervisor correspondiente tiene que incoar procedimientos para revocar su carta o su seguro, según lo determine el supervisor primario del banco.

También se estableció el Grupo asesor de la BSA, del que es miembro fundador la Reserva Federal, para proponer medios que mejoren la eficacia y eficiencia de los programas del Departamento de Hacienda sobre lavado de activos.

La Ley de Supresión del Lavado de Dinero de 1994, se ocupa de las disposiciones sobre conspiración y organización contenidas en la ley, mientras que la Ley de Prevención del Terrorismo de 1996, añadía los delitos de terrorismo como predicate acts, actividades que constituyen parte del delito de crimen organizado a los delitos de lavado de dinero.

La Ley de Rendición de Cuentas y Portabilidad del Seguro de Salud de 1996, también declaraba predicate acts los "delitos contra la salud pública federal".

Las sanciones penales incluyen penas de prisión de hasta 20 años y multas por un máximo de U\$S 500.000 o el doble del valor de los instrumentos monetarios en cuestión, si éste es superior a los U\$S 500.000.

Asimismo, en las sanciones penales, los infractores pueden ser objeto de sanciones civiles por una cantidad equivalente al valor de los bienes, fondos o intereses monetarios relacionados con una transacción.

El propósito del Congreso de Estados Unidos era imponer fuertes sanciones.

Antes de ser aprobada la Ley sobre Lavado de Dinero, a los acusados se les aplicaban otras leyes relativas a las actividades ilícitas fundamentales que habían provocado el lavado de dinero, como la evasión fiscal, la conspiración, la violación de la BSA, el soborno y el fraude.

En general, las penas contempladas en estas leyes eran mucho más leves. Pero desde la perspectiva monetaria, la situación de los encausados se complica cuando entran en juego las leyes sobre decomiso.

Con el decomiso se pretende impedir a los delincuentes quedarse con el fruto de sus delitos o los instrumentos utilizados en su comisión.

En este sentido cabe destacar que el programa de confiscación de bienes es una de las herramientas más efectivas del Gobierno Federal contra el tráfico de drogas, lavado de dinero y el crimen organizado.

En armonía con otras agencias federales y estatales, IRS-CI utiliza leyes de confiscación para dismantelar empresas criminales al confiscarle sus bienes y activos.

La mayoría de los Estatutos de confiscación de IRS-CI son el resultado de investigaciones de lavado de dinero y de efectivo bajo el Título 18 y el Título 31.

Con arreglo a la Ley de Reforma del Decomiso Civil de Bienes de 2000, el Gobierno de Estados Unidos tiene ahora que salvar un obstáculo algo mayor para incautar y decomisar bienes. Para incautar, tiene que probar la existencia de causa probable de que los bienes proceden de actividades ilícitas; para ganar un decomiso civil, tiene que demostrar su caso por preponderancia de las pruebas; y para ganar el decomiso penal, debe demostrar su caso más allá de toda duda razonable.

Los bienes decomisados se pueden compartir con todos los organismos de ejecución de la ley interesados en conseguir una sentencia condenatoria, lo que ha resultado eficaz para conseguir la cooperación de algunos organismos extranjeros de ejecución.

En su momento, la legislación de Jersey, por norma separada del delito de tráfico de drogas, ha establecido que se integra al delito de lavado, y dentro de él, las ofensas criminales provenientes del fraude fiscal.

Tanto Estados Unidos como Australia, Finlandia, Grecia, Islandia y Suecia, han previsto, expresamente, en sus legislaciones, como integrantes del tipo penal del lavado de dinero, el producido por la evasión fiscal.

❖ *Países de Europa*

La norma vigente en *Francia* referida a la cuestión es la Ley 90-614 del 12/7/90 que se refiere a la participación de organismos financieros en la lucha contra el blanqueo de capitales provenientes del tráfico de estupefacientes, que literalmente establece la "obligación de informar" las operaciones con evidencia de vinculación al tráfico de estupefacientes y otras actividades del crimen organizados, a un servicio dependiente del Ministerio de Economía y finanzas TRACFIN.

El TRACFIN es una central de informaciones encargada de evaluar las declaraciones de sospechas recibidas de los organismos financieros e iniciar procedimientos judiciales.

Francia ha situado en el tipo penal tan solo el tráfico de drogas.

En *España* el Código Penal español en el capítulo XIV "De la receptación y otras conductas afines" castiga el lavado de activos en el artículo 301 en el primer párrafo.

Los principios generales de la legislación muestran la relación que existe entre este delito de blanqueo y el delito previo, como por ejemplo el tráfico de armas, tráfico de niños, narcotráfico, y todas diferentes maniobras.

Los elementos que concurren en el hecho previo, para ser considerado delito, son la tipicidad y la antijuridicidad, por lo que no sería relevante la consideración de la culpabilidad ni la punibilidad del autor del delito previo.

Sin embargo, lo que sí debe ser puesto en consideración es la consumación del delito previo y aún también la tentativa o conspiración para cometer el delito. Esta distinción determinará finalmente si el delito se considera doloso o culposo.

En el caso particular del blanqueo de bienes se tomará de manera excepcional, la ocurrencia de un delito previo al blanqueo como “imprudente” o “culposo”, teniendo en cuenta que es improbable la generación de bienes a través de un delito realizado de un modo no intencionado o sin ser cometido a sabiendas.

En el análisis del delito del blanqueo, siguiendo el efecto social que se deriva del lavado de dinero, se observa que los actores intervinientes pueden vincularse y afectar internacionalmente a más de un Estado. Las consecuencias que de esto derivan, implican la integración y relación de legislaciones diferentes y sistemas de cooperación necesarios para hacer frente a un flagelo que trasciende las fronteras de un país.

En la legislación española, aparece contemplada la tipificación del blanqueo a partir del año 1988 hasta el Código Penal de 1995, en el cual se prevé y tipifica el delito de blanqueo de bienes como delito contra el "orden socioeconómico".

Dadas estas características, vinculadas a la internacionalización del delito, se encuentran casos en los cuales el delito previo se efectúa de manera parcial o total en el extranjero, pudiendo ocurrir las siguientes variantes que serán tratadas de acuerdo a la legislación española:

- ✓ Que la acción haya sido cometida en el extranjero, pero el resultado de la misma se haya producido en España. Siguiendo la legislación española será delito, constituyendo dichos bienes el objeto material del delito;
- ✓ Que el delito previo haya sido cometido de manera total en el extranjero. En este caso será de aplicación el principio de "doble incriminación", por el cual los bienes objetos del delito sean considerados antijurídicos en los dos países intervinientes. El art. 303 del Código Penal dispone para determinados sujetos que desarrollen actividades o profesiones, la pena de inhabilitación, además de la aplicación de la pena de prisión y multa. La agravación de la pena, se encuentra vinculada a la pertenencia del autor del delito de blanqueo a una organización criminal destinada y creada para cometer los ilícitos de blanqueo. A efectos de poder delimitar o encuadrar lo que se entiende por organización criminal, es factible desagregar los siguientes elementos que intervienen en la composición de este tipo de organización: un “elemento cuantitativo”, referido a la cantidad de personas necesarias para integrar la organización y conseguir los fines ilícitos para la cual

fue creada; un “elemento temporal”, cuando la organización no es creada solamente para la consecución de un acto o hecho individual, sino que se desenvuelve en el tiempo con la realización de diversos actos.

- ✓ Internacionalización, cuando con el transcurso del tiempo, se produce un crecimiento de la organización que la llevan necesariamente a ampliar su campo de acción a otros territorios y que de acuerdo al accionar en particular de las organizaciones de blanqueo requieren indefectiblemente que sus actuaciones se desarrollen en diferentes países.

El agravante establecido por la legislación, requiere que no solamente exista la organización, sino también que el culpable pertenezca a la misma y no que simplemente se haya valido de ésta para la realización del blanqueo de bienes.

La legislación española no ha previsto el comiso en el caso particular del delito de blanqueo de bienes. Por tal motivo y de manera accesoria se acude a los preceptos incluidos en el régimen general del nuevo Código Penal establecido en los artículos 127 y 128.

Las características que se desprenden de la legislación citada permiten observar que el comiso alcanza tanto a los mismos bienes objeto del delito de blanqueo, como así también a las ganancias producidas con dichos bienes. Asimismo la aplicación del comiso es respecto a los delitos dolosos y no de los delitos imprudentes.

La Ley Alemana contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y otras modalidades de Criminalidad Organizada del 15 de julio de 1992, la modificación al Código Penal Francés de 1994, la modificación del artículo 305 del Código Penal Suizo de marzo de 1990 son, a nivel europeo las nuevas herramientas normativas de lucha contra el blanqueo de capitales. La legislación de *Italia* de 1991 tipifica el delito de lavado de dinero sobre el producido de conductas fraudulentas, corrupción, tráfico internacional de drogas, extorsión y crimen organizado.

El Código Penal italiano en el capítulo correspondiente a Delitos contra el patrimonio artículo 648 castiga con pena de prisión de dos a ocho años y multa el encubrimiento en su modalidad de receptación, disminuyendo la pena de prisión y multa en caso de encubrimiento de delitos menores.

No existe norma especial para los bienes provenientes de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Asimismo cuentan con las siguientes leyes que previenen el blanqueo de capitales:

- ✓ Ley 55 del 19/3/90 que tipifica como delito el lavado de dinero o activos provenientes de actividades delictivas tales como robo armado, extorsión, secuestro extorsivo y tráfico de drogas y armas;
- ✓ Ley 197 del 5/7/91 que requiere a los bancos, sociedades de corretaje, compañías de seguros, casas de cambio, fondos de fideicomiso, funcionarios de la Administración Pública, correos y cualquier otra persona del sector financiero, la identificación total de las partes intervinientes en operaciones por montos importantes, mediante instrumentos financieros que puedan rastrearse o intermediarios autorizados.

Alemania, acorde con su realidad interna, criminaliza, juntamente con el tráfico de estupefacientes, el producido del contrabando de alcohol y cigarrillos, del tráfico ilegal de armas, de la extorsión, de la prostitución y del fraude en las inversiones.

Para *Suiza*, integra el tipo penal, cualquier ofensa penal, menos la de origen tributario.

El mencionado artículo 305 y su contiguo bis del Código Penal Suizo es utilizado para la identificación o confiscación de bienes patrimoniales de origen dudoso. La legislación *helvética* prevé penas de cárcel o multa en el caso de obstrucción de información a la justicia.

Según el artículo 305 bis, el lavado de activos consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero.

Se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades, destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto, que es el objeto del lavado, y por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

Bélgica, desde 1990, penaliza el producido del tráfico de drogas.

Holanda incluye desde el producido del fraude al tráfico de estupefacientes.

Grecia incluye en el tipo penal de blanqueo de capitales también el proveniente de contrabando y/o comercio de antigüedades y usura.

La normativa legal vigente en *Inglaterra*, en relación a la prevención del blanqueo de capitales es la siguiente:

- ✓ Ley de Delitos Vinculados al Narcotráfico de 1986 que contiene las primeras disposiciones sobre el lavado de dinero, lo conceptualiza diciendo que constituye delito el accionar de toda persona que ayude a otra a ocultar la verdadera identidad de ganancias provenientes del narcotráfico y quien perjudique investigaciones de narcotráfico alertando a un sospechoso sobre la investigación. En el mismo sentido establece que la revelación a las autoridades sobre la sospecha de que una suma de dinero proviene del narcotráfico, no constituye violación de cualquier obligación de confidencialidad impuesta por contrato;
- ✓ Ley de la Justicia Criminal de 1993 que amplía las disposiciones anteriores e incorpora como delito los siguientes conceptos: adquirir, poseer o usar las ganancias del narcotráfico con el conocimiento de que tiene ese origen y no informar a un agente de la ley el conocimiento o sospecha obtenidos en el ejercicio de su comercio, negocio o profesión, de que otra persona está involucrada en el lavado de dinero del narcotráfico, revelar cualquier información que pueda perjudicar una investigación de lavado de dinero; al informar sobre una transacción sospechosa a un agente de la ley y suponga establecer disposición para asegurar un amplio espectro de inmunidad a la responsabilidad penal.

Actualmente se pueden mencionar las guías realizadas en enero de 2004, editadas como regulaciones vinculadas al lavado de dinero, que lo define como "...el proceso por el cual el criminal que obtuvo dinero u otros activos de propiedad u origen criminal, los intercambia por dinero limpio u otros activos sin obvia relación con orígenes criminales. También alcanza el dinero, no obstante su procedencia, si se lo utiliza para financiar terrorismo...".

Y agrega: "¿Cuál es de propiedad u origen criminal?. Es un proceso de conducta criminal. Este incluye cualquier conducta dondequiera que ocurra, que constituiría una ofensa criminal como si esta fuera cometida en el Reino Unido. Incluye el tráfico de droga, la actividad terrorista, evasión fiscal, corrupción, fraude, falsificación, hurto, falsificación, chantaje y extorsión. También incluye cualquier otro delito, que sea cometido para obtener un beneficio....".

Existe una intensa labor investigativa que despliega el Servicio de Inteligencia Criminal Nacional, NCIS, cuerpo que se encarga de procesar y desarrollar información que se señala en este manual o conjunto de guías. Estas guías señalan cuales son las legislaciones aplicables en la materia, mencionando que la ley primaria relacionada con el lavado de dinero se encuentra ubicada en la Parte 7° del Acta de Procedimientos contra el Crimen y la relacionada con el terrorismo en la sección 18 del Acta contra el Terrorismo.

La ley secundaria en materia de lavado se encuentra en las Regulaciones para el lavado de dinero de 2003.

Portugal ha centrado la persecución del delito de lavado de dinero en el tráfico ilegal de drogas.

Luxemburgo, por ley de 1989, engloba en el tipo penal de lavado el producido del tráfico ilegal de estupefacientes y el crimen financiero.

La legislación de *Turquía* se integra en la persecución penal, el producido ilícito de drogas, armas, explosivos y el uso de documentación falsa.

Finlandia agrega, al tipo penal del tráfico de drogas, según ley de 1998, el producido ilegal de la importación de oro.

Islandia incluye en el tipo penal el producido del tráfico de drogas y agrega, al tipo penal, el resultante del contrabando.

Dinamarca incluye en el tipo penal todo blanqueo de origen sospechoso.

Irlanda engloba el tráfico de drogas, el terrorismo y el contrabando de alcohol y cigarrillos.

Noruega tipifica como conducta disvaliosa, en el lavado de dinero, el proveniente del tráfico de drogas, del contrabando de mercaderías sujetas a altas tasas de imposición, delito calificado, de alcohol y cigarrillos.

Todas las legislaciones penales europeas, se ven complementadas por un régimen administrativo destinado a sancionar los incumplimientos de los deberes de control impuestos a los bancos y entidades financieras.

Sin embargo, si bien se avanza permanentemente en la intención de arribar al establecimiento de pautas comunes; aún existen importantes discrepancias, respecto a qué conductas deben penalizarse, 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 atentan contra la transparencia del sistema financiero que en definitiva debería ser el bien jurídico a tutelar y repercuten negativamente en las posibilidades de represión de conductas vinculadas al lavado o blanqueo de dinero de origen delictivo.

❖ *Normas Supranacionales*

Los primeros instrumentos normativos en materia de lavado de activos fueron:

- ✓ Recomendaciones del comité de ministros del Consejo de Europa, relativas a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, de 1980;
- ✓ Convenio Europeo sobre el blanqueo, seguimiento, embargo, y confiscación del producto de los delitos de 1990;
- ✓ Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el blanqueo de capitales, de 1991. Esta Directiva imponía obligaciones a los organismos financieros, como los bancos, las entidades de crédito y las sociedades de bolsa, con el fin de evitar su utilización por parte de las organizaciones delictivas. Además, se establecieron una serie de medidas para la prevención específica a ser adoptadas por las instituciones financieras, relativas a la adecuada identificación de todos sus clientes al inicio de su relación de negocios, registro y control de movimientos en efectivo superiores a un determinado monto, detección de operaciones sospechosas, etc. En su Exposición de Motivos se 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".

La importancia de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la necesidad de una norma comunitaria en tal sentido es justificada en la Directiva mencionada que expresa "... ya que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas, denominado en lo sucesivo " blanqueo de capitales" puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad

del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público; ..." y "...que la ausencia de una acción comunitaria contra el blanqueo de capitales podría conducir a los Estados miembros, con objeto de proteger su sistema financiero, a adoptar medidas incompatibles con la plena realización del mercado único; que si no se adoptan determinadas medidas de coordinación a escala comunitaria los que llevan a cabo el blanqueo de capitales podrían, para facilitar sus actividades delictivas, tratar de sacar provecho de la liberalización del movimiento de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que implica el espacio financiero integrado...".

Asimismo, desarrolla un plan político-sancionatorio que entre otros aspectos, define los más trascendentes medios de controles, manifestando que: "Los medios de control consisten en la imposición de una serie de deberes de cooperación en el descubrimiento de los hechos punibles, que incumben a las "entidades de crédito e instituciones financieras", cuya infracción debe dar lugar a la aplicación de sanciones del art.14".

"Estos deberes se refieren en particular, a la *identificación de los clientes*, conservación de documentos, comprobación y denuncias de casos sospechosos, y de comunicación de los mismos a las autoridades".

"Se hace especial hincapié en la significativa trascendencia que tiene la participación mancomunada de todos los países, requisito sin el cual la tarea preventiva e investigativa, se torna más que dificultosa".

Este esquema básicamente establece que:

- ✓ Las figuras penales que aluden a la "receptación" no se consideran suficientes para evitar o reprimir el lavado de dinero, debiéndose en consecuencia reducir las exigencias de esos tipos penales;
- ✓ Que debe ser materia de sanción "la conversión o transferencia de bienes procedentes de una actividad delictiva realizada con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito, su ocultación o encubrimiento, así como la adquisición, tenencia o utilización de tales bienes";
- ✓ Que la acción estatal debe estar dirigida a la creación de controles en las entidades financieras y de crédito que impidan el uso de beneficios financieros de actividades delictivas. Esos medios de control deben consistir en una serie de "deberes de cooperación", para el descubrimiento de hechos ilícitos, tales como la

identificación de clientes, conservación de documentación, comprobación y denuncia en casos sospechosos. Estas acciones deberán exigirse a las mencionadas entidades, y su incumplimiento las hará pasibles de importantes sanciones.

Se incorporan conceptos como: entidad de crédito, institución financiera, blanqueo de capitales, bienes, actividad delictiva, autoridades competentes.

Analizando la definición de blanqueo de capitales también se señala que:

- ✓ "... está extraída de la que figura en la Convención de Viena”;
- ✓ “Que, no obstante, puesto que el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas tales como la delincuencia organizada y el terrorismo”. Sugiere que es importante que los Estados miembros, según lo estipulen sus propias legislaciones, amplíen los efectos de la presente Directiva al producto de esas actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de blanqueo que justifiquen su represión en este sentido;
- ✓ Que “.....la prohibición del blanqueo de capitales contenida en la normativa de los Estados miembros, apoyándose en medidas adecuadas y sanciones, constituye una condición necesaria para la lucha contra este fenómeno;... ”.

En la cumbre celebrada en Tampere, Finlandia, sobre “blanqueo de capitales, en Octubre, se mencionaron las siguientes acciones cometidas intencionalmente:

- ✓ La conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- ✓ La ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;
- ✓ La adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

- ✓ La participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución. El conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades mencionadas podrán establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas.

Hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero.

Con respecto a los bienes, todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos.

Autoridades competentes, serán las autoridades nacionales que estén facultadas por disposiciones legales o reglamentarias para supervisar las entidades de crédito o las instituciones financieras.

El Consejo de Ministros de la Unión adoptó importantes conclusiones, entre otras materias, en el diseño de un auténtico espacio europeo de justicia en el Apartado B del documento final, y en la lucha contra la delincuencia, de las que merecen destacarse las siguientes:

- ✓ Creación de una Unidad EUROJUST, cuerpo de justicia de la Comunidad Europea, integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente para facilitar la coordinación de las autoridades nacionales, para apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada y simplificar la ejecución de comisiones rogatorias en estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.
- ✓ Acción especial contra el blanqueo de capitales basada en: intercambio de información entre las Unidades de Información Financiera respecto a transacciones sospechosas; inaplicación de la confidencialidad bancaria frente a las investigaciones judiciales sobre blanqueo de capitales; atribución a EUROPOL, cuerpo de seguridad de la Comunidad Europea, de competencias en materia de blanqueo de capitales con independencia del delito del que procedan los beneficios; aproximación normativa penal y procesal entre las legislaciones de los Estados

miembros sobre actividades delictivas de origen, seguimiento, embargo y decomiso de fondos; establecimiento de acuerdos con los centros financieros extraterritoriales de terceros países que garanticen una cooperación judicial eficaz y elaboración de normas dirigidas a evitar la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la jurisdicción de la Unión para ocultar los beneficios de origen delictivo.

El llamamiento del Consejo Europeo de Tampere sobre la primordial importancia de estas cuestiones ha sido recogido en la “Estrategia de la Unión Europea para la Prevención y Control de la Delincuencia Organizada” a comienzos de 2000, que explícitamente dedica un capítulo al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, desarrollándolo en ocho recomendaciones específicas.

Existen dos consideraciones, ya que el Consejo Europeo de Tampere consideró que, con respecto al Derecho Penal Nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera.

Asimismo comprobó que el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca.

El Consejo, está resuelto a garantizar que se tomen medidas concretas para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito.

La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de diciembre de 2001, ha mejorado su régimen anti-blanqueo de activos.

Por esta Directiva se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo, ampliando su ámbito de aplicación a los otros delitos graves, extendiendo también la obligación de control a las actividades y profesiones no financieras como Notarios, Abogados, entre otros.

En este instrumento se señala especialmente que la anterior Directiva no determinaba con claridad a qué Estado miembro han de pertenecer las autoridades destinatarias de las notificaciones de operaciones sospechosas procedentes de sucursales de entidades de crédito e instituciones financieras cuya sede social esté situada en otro Estado miembro, ni a qué Estado miembro han de pertenecer las autoridades responsables de velar por que las citadas sucursales se atengan a lo dispuesto en la Directiva.

La recepción de las referidas notificaciones y el ejercicio del mencionado cometido deben corresponder a las autoridades del Estado miembro en el que esté situada la sucursal.

Además la directiva original únicamente imponía a los Estados miembros la obligación de luchar contra el blanqueo del producto de delitos relacionados con los estupefacientes, mientras que la nueva, marca una ampliación del concepto y señala:

- ✓ La Directiva 91/308/CEE se modifica como sigue:1) El artículo 1 se sustituye por el texto siguiente: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:... c) 'Blanqueo de capitales': las siguientes acciones realizadas intencionadamente: la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; la participación en alguna de las acciones mencionadas en los párrafos precedentes, expresamente que:" ...en los últimos años se ha tendido a definir el blanqueo de capitales de manera mucho más amplia, tomando en consideración una gama mucho más extensa de delitos subyacentes, como atestigua, por ejemplo, la revisión de 1996 de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)...." , por lo tanto "...la ampliación del abanico de delitos subyacentes facilita la notificación de las transacciones sospechosas y la cooperación internacional en este ámbito. En todos los Estados miembros y de acuerdo con lo previsto en la Directiva, el sector financiero, y en particular las entidades de crédito, notifican cuantas transacciones despiertan sospechas. Existen indicios de que el endurecimiento de los controles en el sector financiero ha impulsado a los autores del blanqueo de capitales a buscar métodos alternativos para ocultar el

origen del producto de actividades delictivas. Los autores del blanqueo de capitales tienden a recurrir cada vez más a empresas no financieras...".

- ✓ La Declaración de la Comisión, a través de la cual, la Comisión se compromete a presentar una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un mecanismo de cooperación entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros y de la Comisión con el fin de garantizar la protección de los intereses financieros de las Comunidades contra las actividades ilegales, también en materia del impuesto sobre el "valor añadido" (TVA) y el blanqueo de capitales.

La Acción común 98/699/ JAI, de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de activos, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Decisión del Consejo 2000/642/JAI, de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información, define las unidades centrales y establece los principios que deben respetarse para la demanda y el intercambio de información o documentos.

Se crean medios de comunicación protegidos. Esta colaboración no debe afectar a las obligaciones de los Estados la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

El conocimiento, la intención o el propósito que han de darse en las actividades antes mencionadas podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos.

Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país miembro con respecto a Europol .

La Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos Derivados del Delito, Convención de Estrasburgo, fue abierta para la firma el 8 de noviembre de 2000.

En ella se detallan medidas de prevención y control de lavado de dinero y tiene por objetivo la adopción de normas en sus respectivos ordenamientos jurídicos por parte de los países miembros.

La Decisión marco del Consejo 2001/500/JAI, de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, expresa "... Con el fin de intensificar la lucha contra la delincuencia organizada, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de no formular ni mantener ninguna reserva en relación con los artículos siguientes del Convenio de 1990 "...Cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año.

No obstante, los Estados miembros podrán mantener reservas en lo referente al decomiso de productos de delitos fiscales, con el único objetivo de permitirles proceder al decomiso de dichos productos, tanto en el ámbito nacional como en el marco de la cooperación internacional, sobre la base de instrumentos de derecho nacional, comunitario e internacional en materia de cobro de créditos fiscales.... y finalmente en lo relativo al decomiso ...”

“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero”.

“No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en que dicho valor sea inferior a 4.000 euros...”

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a la prevención del blanqueo de capitales mediante la cooperación aduanera COM de 2002, tiene por objeto completar la Directiva antiblanqueo de 1991, introduciendo un dispositivo que establezca controles sobre los individuos que cruzan la frontera exterior de la Comunidad con sumas importantes de dinero en efectivo.

Además, tiene por objeto aplicar un sistema de intercambio de información entre los Estados miembros afectados por los movimientos sospechosos y la Comisión.

La Directiva relativa al blanqueo de activos soluciona el problema que plantea este método, conocido generalmente como "smurfing", imponiendo al operador afectado por la transacción financiera la obligación de declarar en caso de sospecha.

Esta opción no es plausible para los viajeros que transportan personalmente el dinero.

El Reglamento propuesto sienta el principio de la obligación de declaración a la entrada y a la salida del territorio aduanero de la Comunidad, es decir, en las fronteras exteriores.

De acuerdo con la Directiva 91/308/CEE, solamente los movimientos de dinero en efectivo de un importe igual o superior a 15 000 euros se comprenden dentro del ámbito de la obligación.

La forma de la declaración debe ser escrita, so pena de nulidad.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación geográfico del Reglamento, coincide con el territorio aduanero de la Comunidad.

También se prevén determinadas disposiciones específicas para las partes del territorio a las que no se aplica la Directiva 91/308/CEE, como *Mónaco*, las *Islas Anglonormandas* y *la Isla de Man*.

Sobre estas partes de territorio y en el territorio aduanero de la Comunidad, el movimiento de dinero efectivo se somete en principio a la obligación de declaración.

Con el fin de articular la propuesta de Reglamento con el Derecho nacional aplicable en materia de blanqueo, es necesario se señala, establecer el principio de la transmisión de pleno iure de la información recogida en el control.

Esta información debe ser accesible, por una parte, para los servicios aduaneros de los Estados miembros, según el caso, Estado miembro de residencia y Estado miembro de origen y de destino, y, por otra parte, para las autoridades de lucha contra el blanqueo de dinero sucio de los mismos Estados.

El 1 de julio de 2003 la Comisión adoptó finalmente la propuesta modificada que integraba una parte de las enmiendas COM 2002/ 371 final.

Una buena parte de las iniciativas y de los proyectos de futuro en el seno de la Unión Europea pasan por una atención específica y preferente desde la perspectiva político-criminal a todas las cuestiones penales y procesales relacionadas con la actividad delictiva del blanqueo de capitales, su investigación y la incautación de los productos y beneficios de origen ilícito.

❖ *Países latinoamericanos*

La incorporación de actos de lavado de dinero en el Derecho Penal interno de los países de América Latina, ha sido el resultado de un largo proceso. La suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suponía que los países debían criminalizar los actos de conversión, transferencia y ocultamiento y tenencia de los bienes y capitales que se hubieran originado o derivado de la realización de operaciones de narcotráfico.

De a poco, los países, empezaron a incorporar a sus legislaciones, estas disposiciones: Argentina (1989), Ecuador (1990), México (1990), Perú (1991), Chile (1993), Colombia (1995), Bolivia (1997), Brasil (1998), incluye, dentro del delito de lavado de dinero, no solo el tráfico de drogas sino también el producido del terrorismo, contrabando, extorsión, corrupción, crimen financiero y asociaciones mafiosas.

Dentro del marco latinoamericano se destacan:

- ✓ Ley colombiana de extinción del dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita número 333 de 1996 y la ley de agravación de penas número 365 de febrero de 1997;
- ✓ Ley chilena número 19.366 del 30 de enero de 1995;
- ✓ Ley ecuatoriana sobre sustancias, estupefacientes y sicotrópicas de 1990;
- ✓ Creación del artículo 115 bis en el Código Fiscal de la Federación Mexicana;
- ✓ Ley Paraguaya número 1015 del 10 de enero de 1997;
- ✓ Decreto ley peruano número 736 del 8 de noviembre de 1991;
- ✓ Ley número 25.404 de febrero de 1992 modificada por el Decreto ley 25.428 de abril de 1992;
- ✓ Ley Orgánica Venezolana sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas del 30 de septiembre de 1993;
- ✓ Proyecto de ley uruguayo modificativo del Decreto ley 14.294 a estudio parlamentario;
- ✓ Ley brasileña 9613 del 3 de marzo de 1998.

El Perú ingresaba en 1991 a una etapa decisiva del proceso de reforma y sustitución del Código Penal de 1924. Allí, la colaboración que se realiza a través de identificación y reporte de “transacciones sospechosas” es fundamental, no obstante cabe mencionar

asimismo que su sistema penal contiene actualmente penas muy duras, porque una vez que el dinero sucio entra en el sistema financiero es ya imposible ubicarlo.

Sin embargo hoy se cuestiona esta norma y ya existe un proyecto para rebajar la pena de cadena perpetua para aquellas personas que trabajando en una institución financiera sea cómplice dejando de reportar oportunamente esas transacciones sospechosas.

❖ *Otros Países*

Hong Kong, por ley de 1989, incluye en el tipo penal el producido del tráfico de drogas, en cambio *Singapur* amplía el tipo penal al producido proveniente de delitos económicos.

Para la legislación de *Japón* del año 1992, el delito de lavado de dinero abarca el producido del tráfico ilegal de drogas, el juego ilícito, la extorsión, el crimen violento y toda ofensa a la propiedad.

Australia penaliza el producido del tráfico de drogas y, además, toda fuente significativa de procedencia ilegal, conforme a la legislación del año 1987.

Canadá, por ley de 1997, incluye en el tipo penal todo blanqueo de origen sospechoso.

Nueva Zelanda incluye, en el tipo penal, el producido de drogas, fraude y ofensa a la propiedad.

La *comunidad de países del Golfo Pérsico*, *Bahrein*, *Kuwait*, *Omán* centra especialmente este delito en todo lo proveniente del producido del narcotráfico.

Cada país ha ampliado el tipo penal a las conductas disvaliosas más usuales que se representan en cada unidad política.

g) Evolución normativa nacional – Doctrina - Sanciones

Con anterioridad a la sanción de la Ley 25.246, el lavado de dinero estaba regulado en el cuerpo normado de la Ley de Estupefacientes 23.737 y su modificatoria, la Ley 24.424.

El art. 25 de la Ley 23.737 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 en esta ley 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”.

El antecedente a esta norma eran las disposiciones de la Convención de Viena de 1988 y previo a la sanción de la misma no se había tipificado al lavado de dinero como delito, salvo como una referencia al “delito de receptación”.

Según surge de los términos del texto transcrito, el delito era doloso, y podía ser dolo eventual, ya que para su configuración requería el conocimiento o la sospecha del origen ilícito de los bienes por parte del sujeto activo.

Este delito se consumaba sin necesidad de haber intervenido en hechos que respondieran a otros tipos penales previstos (producción, fabricación, comercialización, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes ni la financiación u organización de las actividades mencionadas).

Se establecía que había delito aún cuando el hecho que originaba las ganancias, cosas, bienes o beneficios se hubiera producido en el extranjero.

La norma previa facultaba al Juez a disponer de su decomiso en caso de verificarse que su origen no era lícito.

En relación a los activos objeto del delito, la Ley preveía su devolución al tercero que resultare poseedor de buena fe, aplicándose en el caso contrario las disposiciones del art. 39, párrafo segundo que establecía que tanto los bienes como el producido de su venta debían destinarse a la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo, disponiendo el mismo destino para las multas cuya aplicación también preveía.

Las disposiciones de esta Ley dotaron a varias de las fuerzas de seguridad nacionales y policías provinciales de medios operativos para sus funciones de represión de la narcocriminalidad: aviones, lanchas, autos, equipos de computación, equipos de transmisión, etc.

En lo relativo al secreto bancario, el art. 26, dispone que para “los delitos previstos en la Ley no habrá reserva bancaria o tributaria alguna”, especificando que la información obtenida sólo puede ser utilizada en relación a los hechos contemplados en la norma, límite del conocimiento.

Conforme surge de lo expuesto, el régimen vigente hasta el dictado de la nueva Ley 25.246, solo reprimía de manera expresa la existencia del lavado de dinero originado en actividades ilícitas del tráfico de drogas, es decir, que la figura se encontraba circunscripta en su aplicación únicamente a aquéllas hipótesis de lavado de activos provenientes de los delitos reprimidos por la Ley de Estupefacientes.

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

Con la sanción de la Ley 25.246 (B.O. 10 y 11/05/2000), se introducen reformas al Código Penal con relación al delito de encubrimiento y se crea un sistema para la prevención y represión del lavado de activos provenientes de delitos de especial gravedad que estará a cargo de un organismo administrativo con singular relevancia y amplias facultades: la Unidad de Información Financiera (UIF).

La nueva legislación contempla el tipo penal de encubrimiento ya sea de manera específica en el art. 277 del Código Penal, como con relación a su figura básica, sus agravantes y las excusas absolutorias.

Este artículo, reúne en sus tres nuevos incisos, las normas que antes contenían el propio 277, 278 y 279. Estos dos últimos han sido utilizados en su numeración para introducir la figura específica del lavado de activos y las diferentes escalas penales y accesorias de esa modalidad delictiva, desapareciendo la redacción anterior del art. 278, que ahora se reserva para la descripción del tipo penal principal de lavado de dinero.

Los tres artículos del Capítulo XIII de Código Penal sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo, expresan:

- ❖ Art. 277: 1) Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
 - a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
 - b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
 - c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
 - d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
 - e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.
- 2) La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquél cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

b) El autor actuare con ánimo de lucro.

c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

La agravación de la escala penal prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

3) Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1 - e), y del inciso 2 – b).

❖ Art. 278: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, 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 y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí;

b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

c) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a), el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277;

2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descritos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito;

- 3) 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;
 - 4) Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados.
- ❖ Art. 279: 1. Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este Capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente;
2. Si el delito precedente no estuviere amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de mil pesos (\$ 1.000) a veinte mil pesos (\$ 20.000) o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor. No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;
 3. Cuando el autor de alguno de los hechos descritos en el artículo 277, incisos 1 ó 2, o en el artículo 278, inciso 1, fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones sufrirá además inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. En el caso del artículo 278, inciso 2, la pena será de uno (1) a cinco (5) años de inhabilitación;
 4. Las disposiciones de este Capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión.

En relación a la figura del encubrimiento del nuevo art. 277, en la nueva redacción se lee: “...el que tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado...”.

La expresión “después de su ejecución” queda ahora sustituida por la de “tras la ejecución”, y se reemplaza la expresión “...el que sin promesa anterior del delito” por la de “...un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado”. De esta manera, se ha tratado de aclarar la anterior figura.

Lo importante, en esta redacción, como en la anterior del encubrimiento es el carácter de delito autónomo, independiente del denominado delito precedente. Esto, lógicamente se vincula con el bien jurídico que tutela el encubrimiento, que es la administración de justicia.

Esta diferencia es importante porque en otros sistemas penales este delito, corre la suerte del delito precedente y en algunos casos hasta es una forma de participación.

La consecuencia inmediata es que el bien jurídico tutelado sigue siendo el del denominado delito precedente, mientras que la autonomía de la figura se vincula a otro bien que se quiere resguardar.

Sin embargo, en la nueva figura de lavado, no necesariamente solo se tutela la administración de justicia, sino que tal vez, otro bien esta también protegido.

Lo que debe tenerse en cuenta en una u otra posición es que, en el caso del delito autónomo, se puede condenar al encubridor aunque no haya sido condenado el autor o sus partícipes en el delito precedente.

En cambio en el delito vinculado como una forma de participación, si no hay autor no puede haber partícipe.

Respecto al favorecimiento personal no se observan mayores modificaciones, entre los anteriores incisos 1) y 2) del articulado anterior y los sub-incisos a) y d) del texto actual.

Así surgen dos formas de encubrimiento personal muy definidas: una positiva y la otra negativa. La positiva, es la prevista en el sub-inciso a), en el sentido de ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de la acción de ésta.

La segunda forma, con una descripción negativa, en el sub-inciso d), al prever la acción de quien, estando obligado a promover la persecución penal de un delito, omite denunciar la perpetración del mismo o la individualización del autor o partícipe de un delito ya conocido.

En este caso, se agrega la omisión de individualizar al autor o partícipe, cuando esta obligado a promover.

En cuanto a la forma de favorecimiento real, se elimina la acción de “procurar”, existente en el texto anterior.

Dicho texto establecía, “.....el que procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito...”, situación que se excluye del texto actual.

Por otra parte, la nueva redacción separa dentro del mismo sub inciso b), la acción de “ocultar, alterarse y hacer desaparecer...”, de la de ayudar al autor o partícipe a “...ocultarlos, alterarlos y hacerlos desaparecer”.

Es decir que, se pasa de un delito de actividad, “procurarlo”, a uno de resultado, por cuanto el tipo penal requiere, para su consumación que la acción vaya seguida de la causación de un resultado.

En relación a las acciones previstas en los distintos tipos de receptación (antes inc. 3), comprenden a todos aquellos actos que sustraen, las cosas (dinero o efectivo) provenientes del delito que encubre, de la posibilidad de su locación por parte de la autoridad.

Al analizar las modificaciones, en este aspecto, con el nuevo ordenamiento legal, se observa que se elimina el término “sabía” proveniente de un delito, en relación a las acciones de adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos.

Esta modificación es de vital importancia respecto del aspecto subjetivo del tipo, porque el hecho de saber implicaba que se correspondía únicamente con un conocimiento positivo, o sea dolo directo, no equiparable a la duda o sospecha.

Desde este punto de vista, la modificación legal parece dar cabida al dolo eventual, ya que al no tener un conocimiento cabal de la procedencia ilícita del objeto, duda sobre ella, aunque sin embargo, realiza ciertas actividades.

Por otra parte, el “fin de lucro” no forma más parte del tipo y se traslada a las formas agravantes, debiéndose interpretar que toda receptación de una cosa derivada de un delito importa de por sí encubrimiento, con prescindencia de que se actúe con finalidad lucrativa.

Asimismo, se elimina la receptación por intervención, cuando la norma legal anterior se refería a “la intervención en su adquisición, receptación u ocultamiento”, lo cual responde al hecho que, desde el momento que tratándose siempre el sujeto receptor de un extraño, el acto de quien lo ayuda debe ser encuadrado en la complicidad del encubrimiento.

La habitualidad no funciona más como agravante exclusiva de esta figura y pasa a formar parte del inciso 2).

Como forma de favorecimiento personal, con su descripción negativa, se incorpora la punición del que “no individualizare al autor o partícipe de un delito” y se modifican a los posibles autores al remplazarse la expresión “estando obligado a hacerlo” por “estuviera obligado a promover la prevención penal de un delito”, sub-inciso d).

En cuanto al favorecimiento real, se reemplaza la expresión “alguien” por “autor o partícipe”, en igual sentido que el sub-inciso b) y se agrega la conducta de ayudar al autor o partícipe, sub-inciso e).

Otro aspecto importante de destacar son las formas agravantes, que el texto anterior no lo preveía respecto del favorecimiento personal y real, contemplando un tipo básico para la receptación.

Así, el art. 277 del Código Penal prevé el aumento del doble de la escala penal, agregándose como agravante el carácter del delito precedente, como delito especial grave, cuando la pena mínima fuera superior a tres años de prisión, con fin de lucro y habitualidad.

Por otra parte, el inc, 3) contempla diversas situaciones de excusas absolutorias, sin diferencia respecto del anterior art. 279, hoy derogado.

La Ley 25.246 regula al lavado de dinero introduciéndolo en el art. 278 del Código Penal como una figura autónoma que tiene como presupuesto hechos delictivos anteriores. Sin perjuicio de ello, se trata de una modalidad de la figura básica del delito de encubrimiento.

En rigor, el delito de lavado de dinero constituye un encubrimiento calificado, de acuerdo al tratamiento que le dispensan tanto la doctrina, como alguna parte del derecho comparado en general.

A partir de su nueva regulación como delito autónomo el lavado de activos que originariamente fue concebido como una especie agravada de aquéllas conductas tendientes a encubrir únicamente a los delitos vinculados con el narcotráfico extiende su campo de aplicación a los casos en que la procedencia de los activos fuese delictiva en general, es decir, se amplía el espectro a otros delitos precedentes o previos de especial gravedad, lo cual se deduce a partir de la nueva redacción dada al art. 278 del Código Penal.

El tema de los delitos precedentes o previos, conduce al concepto de delitos y contravenciones.

En el ámbito del derecho penal, una larga tradición jurídica ha puesto en uso diferentes formas de designar las conductas disvaliosas que violentan los plexos normativos penales.

Del Dictamen de Mayoría de la Cámara de Diputados de la Nación surge que se ha regulado “el lavado de dinero como un delito de carácter genérico, posible respecto de bienes provenientes de cualquier clase de delitos, considerándolo una forma de encubrimiento agravado y modificando en su consecuencia el Capítulo XIII, Título XI del Código Penal, antes referido al encubrimiento en forma exclusiva, que pasa a denominarse “Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo”.

No debe confundirse este tema con las previsiones del art. 6 de la Ley 25.246 que, en relación a las normas de prevención aplicables respecto de la UIF, se refiere a ciertos delitos.

Estos delitos precedentes son los siguientes: delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (Ley 23.737), contrabando de armas (Ley 22.415), actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del art. 210 bis del Código Penal, hechos ilícitos cometidos por asociaciones ilícitas (art. 210 del Código Penal) organizadas para la comisión de delitos con fines políticos o raciales, delitos de fraude contra la Administración Pública previstos en los Capítulos VI, VII, IX y IX bis del Libro Segundo del Código Penal, y a los delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los arts. 125, 125 bis, 127 bis y 128 del Código Penal.

En función de la distinta gravedad que la conducta pueda asumir, se habla de *crimen*, *delito*, y *contravención o falta*. Este criterio de la gravedad, ha determinado diferentes sistemas, en el que se encuentran el sistema de *tripartición* que admite tres niveles diferentes de gravedad (crimen, delito y contravención); y el sistema de la *bipartición* que solamente distingue entre delitos y contravenciones, incluyendo entre los primeros a toda clase de infracción grave.

Esta distinción de gravedad implica una valoración legal del hecho ocurrido, motivo por el cual cualquier intento encontrar diferencias sustanciales entre tales calificaciones se encuentra destinada a fracasar.

Por esto, como ejemplo, pude citarse que la sanción del Código Penal francés representó un antecedente importante, en tanto si bien adoptó el sistema tripartito, evitó las imprecisiones de la clasificación basada en la gravedad, y distinguió entre crímenes, delitos

y contravenciones con fundamento en la clasificación de las penas aplicadas a cada figura; la pena aflictiva e infamante para los crímenes, la pena correccional para los delitos, y la pena de policía para las contravenciones.

En el caso de nuestro Código Penal, no se efectúa una clasificación de las figuras delictuales, en base a la gravedad de ellas, lo que determina la adscripción automática al sistema bipartito que diferencia las transgresiones en delitos y contravenciones o faltas. Sin embargo nuestro Código Penal solo contiene la tipificación de conductas delictuales, y no contravencionales.

Este vacío normativo se relaciona con la facultad que al respecto de tipificar y sancionar contravenciones poseen las provincias de la República.

Si bien existieron proyectos de códigos que contemplaban la represión de figuras contravencionales, proyectos de 1891 y 1906, nunca fueron sancionados.

En el afán de encontrar distinciones entre las figuras delictuales y contravencionales, parte de la doctrina penal admite la existencia de diferencias ontológicas entre los delitos y las contravenciones, en la que estas últimas se reprimen en razón de utilidad social, pero que no ofenden al derecho natural, ni a los principios éticos universales.

Según esta corriente el delito afectaría lo que ellos definen como la seguridad social, mientras las contravenciones afectarían tan solo lo que en esos momentos se definía como prosperidad de los pueblos y las naciones.

Con base en esta tesis se encuentran quienes vinculan al delito con la lesión de un derecho subjetivo, mientras que la contravención importaría solo una desobediencia, a los mandatos del poder público.

De tal forma la violación a los derechos subjetivos darían lugar a la configuración de los delitos, ya que esos derechos son reconocidos por el *derecho* en forma preexistente, en cambio la contravención transgrede una norma creada *en razón* de mayor utilidad.

Sin embargo en el caso de los denominados “delitos tributarios”, se advierte que se transgreden normas creadas *como de* mayor utilidad.

También se ha intentado esgrimir que mientras los delitos importan siempre una verdadera lesión, las contravenciones sólo contienen una figura de peligro.

Tal teoría no resulta adecuada, desde el momento que existen algunas figuras delictuales que son de mero peligro, concreto y abstracto particularmente, y por otro lado, existen

figuras típicamente infraccionales que contienen un verdadero daño real, configurándose una efectiva lesión como en el caso de las infracciones materiales de los arts. 45, 46 y 48 de la Ley 11.683, de “Procedimiento Tributario”.

La intención de encontrar diferencias sustanciales entre delito y contravención no resulta sencilla y los intentos realizados, no siempre permiten generalizar los presupuestos dogmáticos en que se apoyan. Por ello, la doctrina penal actual, no encuentra diferencias sustanciales u ontológicas entre delitos y contravenciones.

Soler señala que “...la contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos”.

En derecho penal es criterio que las contravenciones son verdaderos “delitos en pequeño”, que comparten todas las características propias de los delitos, y a las cuales le son aplicables todos los principios y dogmas propios del derecho penal aplicables a los delitos. A esta tesis adhiere nuestra Corte Suprema, debiendo citarse entre otros el fallo “Parafina del Plata”.

Sin embargo, para armonizar lo hasta aquí planteado, puede decirse que el legislador al reprimir una conducta efectúa una valoración de política criminal, no jurídica, respecto de la gravedad que importa el accionar que se reprime en la norma retributiva.

Esa valoración de la gravedad del resultado o del peligro que ello importa, es lo que origina esta suerte de bipartidismo entre delitos y contravenciones, por lo que, se reservan las más severas para aquellas conductas disvaliosas de mayor gravedad, y se dejan las de menor severidad para otras conductas que afectan en menor grado el bien jurídico protegido de que se trate.

De esta forma el criterio diferencial conduce a realizar la distinción entre delitos y contravenciones en base a la naturaleza de la pena aplicada, que en general se reserva a los delitos la de reclusión, prisión, multa e inhabilitación. A su vez las contravenciones suelen ser sancionadas con multa, arresto, clausura, etc.

Si bien puede parecer que la multa es similar en uno u otro régimen, debe tenerse en cuenta que la multa como pena por delitos, se puede transformar en prisión en el caso de no pago de la misma, art. 21 del Código Penal.

El criterio distintivo basado en el tipo de pena aplicable puede ser operativo y sencillo, sin embargo, no es menos cierto que suele ser rechazado por el criterio del jurista, quien

necesita por su formación encontrar otros criterios desde la óptica de la pena prevista, privativa o no de la libertad, o del tipo de bien jurídico tutelado, derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico y reconocidos como condición primaria de vida social, o meras prohibiciones que afectan la prosperidad.

Habiéndose hallado esos criterios diferenciales, quedará en manos del intérprete calificar la conducta disvaliosa como un delito o contravención, en base a dicho criterio. Un ejemplo sería la interpretación desde la óptica de la pena prevista conducente a entender que los delitos son aquellas conductas antijurídicas que se encuentran sancionadas con penas privativas de la libertad definidas como prisión o reclusión, donde el legislador decidió la protección de ese bien jurídico con mayor énfasis que en el caso de las contravenciones, donde al bien jurídico tutelado le asignó una protección menor, con una pena representada por las figuras de multas, inhabilitaciones, clausuras, y hasta arrestos, pero nunca prisión o reclusión, perpetua o temporal.

En esta hipótesis, y siguiendo esta interpretación, entre otras válidas, se puede afirmar que los delitos son aquellas conductas que las normas penales como el Código Penal y Leyes Especiales, reprimen con las penas establecidas en el mencionado Código en su art. 5, y que las contravenciones son, por carácter residual, todas aquellas conductas que son reprochadas con otras sanciones.

En tal inteligencia, basados en este criterio de distinción, el presupuesto de “comisión de delito ejecutado...” para la aplicación de las disposiciones del art. 277 y ss. del Código Penal, será posible, con la necesaria y previa determinación de si estamos en presencia de un delito o de una contravención.

Un tema muy interesante planteado por algunos autores se refiere a dilucidar si el delito fiscal es susceptible de ser considerado como delito previo, por ejemplo, al analizar el tema en la Asociación Argentina de Estudios Fiscales en un debate institucional de la problemática del lavado de dinero y su posible conexión con el delito tributario y aduanero.

Para sustentar tal posición, se consideró la influencia alemana Roxiniana y estadounidense Parkeriana, en la distinción entre el denominado dinero negro o sucio, contemplado posteriormente por la ley 25.246, lo que mereció una posición mayoritaria en sentido negativo.

Sin perjuicio que algunos de los autores han cambiado de criterio y al delito tributario, le confieren la calidad de tal para convertirse en el presupuesto de “delito precedente”, lo cierto es que las inquietudes expresadas, no alcanzan a resaltar la naturaleza delictual de las diversas figuras que reprimen los delitos contra la Hacienda Pública. Esta afirmación, ha dejado de ser objeto de debate luego de la sanción de la Ley 23.771, sobre la materia.

En el ante proyecto de Ley de Lavado de activos enviada al parlamento de Costa Rica, aun pendiente de tratamiento, expresamente en su art.1º, se incluye a la evasión como “delito precedente”.

Si bien esta aclaración no es fundamento del porqué de la afirmación anterior, se hace al solo efecto de ilustrar debidamente acerca del diferente tratamiento que se está dando a las conductas antijurídicas, que atentan o ponen en peligro a la hacienda pública.

Con respecto a la configuración del tipo principal, el inciso 1º del art. 278 del Código Penal en su nueva redacción dada por la Ley 25.246, contempla la figura básica dolosa, aceptándose como probable excepción a este principio el tipo penal previsto por el art. 2 inc. b) de la Ley Penal Tributaria, con la figura del tercero.

Dice el art. 1: “La presente ley tiene por objeto asegurar la persecución y el castigo del crimen del lavado de activos derivados o producidos por las siguientes infracciones: a) Enriquecimiento ilícito, b) Desfalco, c) Inclusión, d) Injerencia de los funcionarios públicos en asuntos incompatibles con su calidad, e) Soborno, f) Proxenetismo, g) Tráfico de viajeros ilegales, h) Juegos ilícitos, i) Venta ilegal de armas de fuego, j) Falsificación de monedas, valores o títulos, k) Robo de vehículos, l) Tráfico de órganos humanos, m) Secuestro y extorsión, n) Evasión fiscal, o) Cualquier otras actividad criminal establecida en el Código Penal y leyes especiales sobre lavado de activos que se configura cuando se .convirtiere, 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”.

Las penas aplicables son de prisión de 2 a 10 años y una multa de 2 a 10 veces el monto de la operación en cuestión. En el caso que el autor realizare estas conductas con habitualidad o como miembro integrante de una asociación o banda formada para la comisión continuada de estos hechos, el mínimo de la pena será de 5 años.

La interpretación de la agravante, puede dar lugar a algunas ambigüedades, con el agregado que por tratarse de una calificación de la conducta, agrava la pena.

La norma en cuestión al parecer equipara a la “asociación” con “la banda”, sin embargo, son conceptos que aunque comúnmente puedan ser utilizados como sinónimos, en materia penal son para algunos órganos jurisdiccionales diferentes y más aún, uno es un delito autónomo y el otro una calificante de otro delito, con el agregado de que pueden concurrir materialmente entre sí, el delito autónomo asociación ilícita con el robo cometido en banda (arts. 55, 166, inc. 2°, 167 inc.2° y 210 del Código Penal).

El término banda, conforme el Plenario Coronel, R.A., dictado el 7 de junio de 1963, por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, importa el delito ejecutado por tres o más personas, mientras que el concierto previo de voluntades para el fin asociativo con la finalidad de cometer delitos indeterminados (requisito de la asociación ilícita del art. 210 del Código Penal), no es necesario para considerar la agravante de banda.

Para que exista una “banda” como elemento de calificación de una conducta, debe haber sido cometido por tres o más personas, aunque esa reunión pueda ser accidental y en esa sola oportunidad.

Por consiguiente no es comprensible entonces, como funcionará la agravante, porque cuando se refiere a “asociación” se presume que es la ilícita del art. 210 del Código Penal, y cuando se refiere a “banda”, todo hace pensar que se está hablando de una reunión de tres o más personas.

Si a la “banda” se le agrega que debe haber sido formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza, se está exigiendo el requisito de la voluntad asociativa para cometer delitos indeterminados, y por consiguiente se está transformando en asociación ilícita como delito autónomo.

Esa es la razón por la que no se entiende bien la diferencia que parece efectuar el legislador entre asociación y banda formada para comisión continuada de hechos de esta naturaleza. Por lo demás, el delito para ser agravado como lavado requiere una condición objetiva de punición calificada, ya que el delito se configurará siempre que se verifique que el valor de los bienes con “apariencia” de origen ilícito superen el “quantum” fijado como límite por el tipo objetivo que alcanza a los \$ 50.000.-, sea que esta suma se alcance en un solo acto o

por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí, caso contrario, el delito de lavado de dinero quedará subsumido en la figura del encubrimiento previsto en las reglas del art. 277 del Código Penal.

El art. 278 en su inciso 3° dispone 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”.

Es decir que esta norma contempla lo que la doctrina penal denomina “receptación intermedia” o “en tránsito” y conforme con el dictamen por la mayoría de la H. Cámara de Diputados de la Nación, el tipo penal descripto incrimina el denominado “delito de emprendimiento” al darle tratamiento de comienzo de ejecución de un delito autónomo, diferenciándolo de aquellas conductas que podrían ser actos preparatorios del futuro lavado.

En razón de esto es que se lo remite a las normas del art. 277, asimilando al receptor intermedio como autor de encubrimiento simple.

Con relación a la figura culposa contemplada en el art. 278 inciso 2°, de la Ley sancionada por el Congreso, cabe destacar que por la misma se preveía la aplicación de una sanción de multa del 20% al 150% del valor de los bienes objeto del delito, para aquél que “por temeridad o imprudencia grave” cometiera la conducta descripta en el inciso 1° del art. 278, figura básica de lavado de dinero; sin embargo, fue observado por el Decreto 370/00 del Poder Ejecutivo Nacional dictado en ocasión de la promulgación de la Ley 25.246.

El inciso 4° del art. 278 del Código Penal en su nueva redacción establece sobre la posibilidad de los bienes o cosas objeto del delito de lavado de origen delictivo, algunas consideraciones.

En relación a la figura culposa del delito en estudio resulta conveniente señalar que durante la discusión parlamentaria, el inciso 2° de la Ley 25.246 fue cuestionado por parte de diversas entidades obligadas a brindar información sobre operaciones de lavado ya que en la tipificación de la figura no se delimitaba ni se enumeraban aquellos deberes de cuidado que debían ser objeto de consideración.

Continuando con la descripción del marco represivo, el art. 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 o de una profesión u oficio que requiriera habilitación especial.

Las disposiciones anteriores serán de aplicación aún cuando los hechos que configuran los delitos hubieran sido cometidos fuera del ámbito de aplicación del Código Penal y siempre que existiera una amenaza de pena en el lugar de comisión (art. 279, punto cuatro del Código Penal), ello suprime cualquier duda respecto de la condición que debe reunir el delito precedente, así como la existencia de organizaciones criminales globalizadas.

La legislación penal en este sentido estricto se completa mediante sanciones de carácter administrativo para reprimir 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 25.246 en su Capítulo IV crea un sistema 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 art. 23 de la Ley 25.246 establece una multa de 2 a 10 veces el valor de los bienes objeto del delito que se aplicara 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 art. 278 inc. 1)...".

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 art. 22 de la Ley 25.246 (violación del secreto), la persona jurídica será objeto de una multa de \$ 10.000 a \$ 100.000.

A través del art. 24 de la Ley 25.246 se determina una multa de 1 a 10 veces el valor de los bienes a los que se refiera la infracción para la persona de existencia visible que actúe por sí y como órgano 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 por quien actuare.

Será competente el fuero contencioso administrativo respecto de los recursos que se planteen contra resoluciones dictadas por la UIF imponiendo sanciones, siendo aplicable la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

En el art. 26 de la Ley 25.246 se establece que las sanciones administrativas a que dieran lugar las infracciones previstas en la Ley se regirán por los arts. 1101 y siguientes y 3982 bis del Código Civil, considerando a la acción administrativa como “acción civil” en los términos de la llamada prejudicialidad, es decir, que la norma pretende implantar un régimen de prejudicialidad de “lo penal” hacia lo “administrativo”, supeditando la aplicación de las sanciones administrativas de multa a la existencia de una sentencia firme en sede penal respecto de los hechos cuestionados.

h) Bien jurídico protegido

No hay completo acuerdo acerca del cuál es el bien jurídico protegido por la legislación contra el lavado de activos.

En Argentina, el Legislador entendió que el lavado de activos afecta fundamentalmente la administración de justicia en tanto lo interpreta como una actividad delictiva vinculada al encubrimiento. Otros, sin embargo opinan que es la “seguridad interior del Estado” la que está en riesgo.

Fundamentan estos últimos que el crimen organizado es una actividad altamente nociva para la subsistencia de una Nación, en virtud de su incidencia en la corrupción de la clase política.

Hay autores que piensan que el blanqueo de activos carece de interés jurídicamente protegido autónomo, y que el bien jurídico protegido es el de delito previo que origina el lavado.

III. EFECTOS MACROECONÓMICOS DEL LAVADO DE ACTIVOS

En el plano internacional, el blanqueo de activos es un problema esencial, en virtud de las cantidades de dinero que se manejan en esas actividades. La inversión de dinero con dicho origen, asume proporciones tales que pueden contaminar o desestabilizar los mercados financieros, poniendo en peligro los cimientos económicos, políticos y sociales de Naciones económicamente débiles, en particular, las que no poseen una democracia estable y antigua.

Algunos sectores políticos sostienen, en interés del desarrollo económico, una oposición a las leyes y medidas de represión del blanqueo de dinero, y esto no hace otra cosa que tener en cuenta los efectos de corto plazo que implican el ingreso masivo de dinero a las arcas de

un país, pero que conlleva efectos perjudiciales de esas políticas a lo largo del tiempo en el desarrollo social, económico y político.

La inversión de grandes sumas de dinero sobre un determinado sector o actividad, generará descontrol en el nivel de precios que se venía manteniendo en dicho sector, generando competencia desleal para los participantes del mercado que lo hacen de una manera libre y "legal".

Al final, gran parte de estos participantes desaparecerán o tendrán que optar por prácticas de corrupción compatibles con sus nuevos competidores, lo que no solamente corrompe al mismo sector sino también el resto de la actividad industrial o comercial, y la economía toda, terminará por corromperse, con las consecuencias inevitables que arrojará sobre la vida política y social de un país.

Una de las formas de blanqueo en magnitudes considerables es a través de la inversión en deuda estatal de varios países y por otro lado pero de manera más arriesgada, en productos especulativos y frágiles que buscan un rendimiento alto y rápido. Es decir, estos grupos delictivos controlan una parte muy importante de la deuda oficial de los países más vulnerables.

Las actividades especulativas del crimen global organizado han influido de manera muy importante en las crisis económico-financieras de los ochenta y de los noventa y que aún persisten en esta nueva década, citando como ejemplos los casos de países de América Latina y del Sudeste asiático.

La historia continúa con un proceso perverso que pone aún más en las manos del delito organizado global las economías de los países más frágiles.

Los organismos financieros globales, como el FMI, obligan a los países en crisis a tomar medidas de austeridad económica que empujan al cierre de las empresas y el aumento del desempleo; entonces crece la economía sumergida que es campo abonado para la economía criminal global.

Este proceso es tan evidente que así lo reconoció la ONU en su conferencia para la prevención del crimen de El Cairo en 1995: "La penetración de los sindicatos del crimen ha sido favorecida por los programas de ajuste estructural que los países endeudados se han visto obligados a aceptar para tener acceso a los préstamos del FMI".

Por un lado, un volumen de dinero negro equivalente a un tercio de los depósitos oficiales de divisas de todo el mundo se blanquea y se mete en el sistema legal, apoderándose lenta pero seguramente, de buena parte de las economías más frágiles. Por otro lado, ese lavado de enormes cantidades de dinero sucio es imposible sin el concurso y la complicidad, de buena parte del sistema financiero legal, como así también de la dirigencia política de cada país afectado.

Las consecuencias mediatas del blanqueo de dinero serán entonces, la erosión de las instituciones financieras, modificación de la demanda de dinero en efectivo, desestabilización de las tasas de interés y el tipo de cambio, aumento de la inflación de los países donde los delincuentes globales actúan preferentemente y que finalmente afectan a la estabilidad financiera de los países más vulnerables.

Cerca de 60 de estos paraísos fiscales tienen licencias otorgadas a 4.000 bancos off shore que controlan aproximadamente 5 billones de dólares de activos.

Una de las principales causas del empobrecimiento y de las crisis que tienen lugar en África, Asia, América Latina, Rusia y los demás países de la ex URSS y de Europa Oriental es la corrupción en la economía, entre otras causas de mala administración y los cientos de miles de millones en dinero que se sacan de esos países a través del sistema de corresponsalía bancaria ligado a los principales bancos de Estados Unidos y Europa.

En Rusia solamente, la suma de los capitales transferidos ilegalmente durante la década de 1990 supera los 200.000 millones de dólares.

Los movimientos masivos de capitales provenientes de los países citados y dirigidos a los bancos de Estados Unidos y Europa han provocado el empobrecimiento masivo, la inestabilidad y las crisis económicas.

Del mismo modo, se ha incrementado su vulnerabilidad a las presiones del FMI y del Banco Mundial para que liberalicen sus sistemas bancario y financiero, lo que provoca nuevas salidas de capital y nuevas desregulaciones, las que a su vez generan una mayor corrupción y transferencias al extranjero a través de los bancos privados.

La globalización alimenta este sistema de transacciones financieras corruptas. Mientras la especulación y el servicio de la deuda externa contribuyen a la degradación del nivel de vida de las regiones mas pobres, el sistema que maneja cifras exorbitantes de blanqueo de dinero y los servicios bancarios favorecidos por políticos y dirigentes corruptos

constituyen un factor mucho más decisivo, que sostiene la prosperidad de gran parte de los países considerados del primer mundo y que apoyan con su política de ayuda externa, esta degradación de los países subdesarrollados.

La magnitud, el ámbito y el contexto temporal de las transferencias y del blanqueo de dinero, la centralización de las principales corporaciones bancarias y la complicidad de los gobiernos, sugieren decisivamente que las dinámicas de crecimiento y estancamiento, del imperio y de la recolonización están íntimamente relacionadas con una nueva forma de capitalismo construida en torno a la criminalidad, la corrupción y la complicidad.

El lavado de dinero tiene efectos devastadores sobre los Estados porque distorsiona los mercados financieros, aumenta la inflación, evita la detección de actividades criminales, destruye la actividad económica real generando un capitalismo virtual, desestabiliza las tasas de interés y el tipo de cambio, provee nuevos recursos para las actividades delictivas, promueve el empobrecimiento de los Estados, genera mayor endeudamiento.

Por año se blanquean en el mundo más de 600 mil millones de dólares producto del crimen organizado. Estas cifras se lavan utilizando el sistema bancario legal. Esta cantidad es equivalente a un tercio de las reservas en divisas de todos los bancos centrales, y se obtiene de la venta de cocaína, heroína y, en menor volumen, otras drogas ilegales. Entre 350 y 400 mil millones de dólares son ganancias del narcotráfico. Entre medio y un billón de dólares, originados en la delincuencia en el mundo se mueve a escala internacional y se deposita en cuentas bancarias. La mitad de esa suma va a parar a los Estados Unidos.

En los últimos 10 años mas o menos, los bancos estadounidenses blanquearon entre 2.5 y 5 billones de dólares de dinero negro, que pasó a formar parte del circuito financiero de los Estados Unidos, sin embargo estas cifras no incluye las transferencias ilegales y los flujos de capital aportados por dirigentes políticos corruptos, ni la evasión fiscal que llevan a cabo empresas extranjeras.

Según estimaciones hechas por diversas fuentes, el flujo de dinero corrompido que sale de las economías de los países del Tercer Mundo o en transición, como los ex comunistas, y que va a parar a las arcas occidentales es de entre 20.000 y 40.000 millones de dólares por año, siendo el flujo generado por las transacciones comerciales con precios manipulados de 80.000 millones aproximadamente.

Al cabo de una década entonces, la suma alcanzaría a un billón de dólares, habiendo ido la mitad a los Estados Unidos.

Incluyendo otros conceptos que forman parte de la evasión de capitales, la suma final sería mucho mayor, tales como las permutas de bienes inmuebles, de valores bursátiles y las transferencias por cable fraudulentas.

Es decir que, la cifra incompleta de dinero negro, dinero blanqueado de origen delictivo y corrupto, inyectado en las cajas fuertes de los bancos estadounidenses durante la década de los 90 ascendería a unos 3 a 5.5 billones de dólares.

Si bien la información es incompleta, facilita una base de estimación del factor dinero negro en las economías de los países desarrollados.

Los flujos sumados de dinero blanqueado y dinero negro cubren buena parte del déficit de las balanzas de pagos de estos países; sin el dinero negro, la balanza exterior sería totalmente insostenible, el nivel de vida se derrumbaría, la moneda se devaluaría, el capital de inversión y préstamo disponible se contraería.

Actualmente, todos los grandes bancos tienen establecidas múltiples relaciones de corresponsalía en todo el mundo, lo que les permite realizar operaciones financieras para sí mismos y para sus clientes en lugares en los que no disponen de asiento físico.

Muchos de los principales bancos realizan funciones de corresponsalía en beneficio de miles de otros bancos.

La mayor parte de los bancos off shore que blanquean miles de millones para sus clientes disponen de cuentas en bancos norteamericanos o europeos.

Todos los grandes bancos especializados en la transferencia internacional de fondos se denominan bancos de intermediación financiera.

En junio de 1999, las cinco principales corporaciones bancarias de los Estados Unidos, por ejemplo, mantenían en sus cuentas de corresponsalía depósitos superiores a los 17.000 millones de dólares; los balances totales en este mismo concepto de los 75 principales bancos corresponsales eran de 34.900 millones de dólares.

Para el crimen organizado una importante característica de las relaciones de corresponsalía consiste en que proporcionan acceso a los sistemas internacionales de transferencias, es decir, que facilitan la rápida transferencia de fondos a través de las fronteras y en el interior de los países.

IV. PREVENCIÓN

a) Algunas actividades que pueden resultar sospechosas

Las transacciones normadas por resoluciones de la UIF son:

❖ *Mercado de capitales*

Apertura de cuentas en las que el cliente se resiste a brindar información; Operaciones a precios diferentes a los de mercado; Compra-venta de valores negociables a precios muy diferentes a los del mercado; Cobro o pago de primas con diferencias sustanciales a los precios del mercado; Compra-venta de bienes subyacentes por ejercicio de opción a precios diferentes que en el mercado; Inversiones por importes que no guardan relación con las actividades declaradas ni situación patrimonial; Compra de valores negociable a precios muy significativos; Montos elevados en los márgenes de garantía pagados por posiciones abiertas en los mercados de futuros y opciones; Inversiones muy elevadas en primas en el mercado de opciones; Inversiones relevantes en operaciones de pase o caución bursátil; Operaciones en las que el cliente evidencie estar operando en nombre de un tercero en virtud de ser el monto muy excesivo en relación a su actividad o patrimonio; Solicitudes de clientes para servicios de administración de cartera de inversiones donde el origen de los fondos no está claro o no es consistente con el tipo de negocio o actividad declarada; Operaciones de inversiones de valores negociables por volúmenes nominales muy elevados que no guardan relación con los volúmenes operados tradicionalmente en la especie para el tipo de cliente; Operaciones realizadas reiteradas veces entre las mismas partes en las cuales se repiten ganancias o pérdidas continuas para alguna de ellas; Clientes que realizan sucesión de transacciones o transferencias a otras cuentas comitentes sin aparente justificación; Clientes que realizan operaciones financieras complejas sin aparente justificación; Clientes que efectúan depósitos en dinero con el propósito de realizar una operación a largo plazo seguida inmediatamente de un pedido de liquidar la posición y transferir los beneficios fuera de la cuenta; Cliente que exhibe una inusual despreocupación respecto de los riesgos que asume y/o de los costos de las comisiones u otros costos deas transacciones; Cuentas que se nutren con frecuencia

con fondos provenientes de lugares calificados como “paraísos fiscales” o identificados como “no operativos” por el GAFI, así como las transferencias de elevada cuantía a estos lugares; Cuenta abierta por una persona jurídica o una organización que tiene el mismo domicilio que otras empresas u organizaciones para las cuales las personas tienen firma autorizada, cuando no existe aparentemente ninguna razón económica o legal para dicho acuerdo; Cuenta con firma autorizada de varias personas entre las cuales no parece existir ninguna relación; Cliente que sin justificación aparente, mantiene múltiples cuentas bajo un único nombre; Cuenta abierta a nombre de una entidad, una fundación, una asociación civil o mutual, que muestra movimientos de fondos por encima del nivel de ingresos normales o habituales, sin justificación.

❖ *Operaciones y Transacciones con dinero en efectivo*

Depósitos importantes no usuales de dinero en efectivo cuyas actividades aparentes de negocio normalmente se generarían con cheques u otros instrumentos; Aumentos sustanciales de los depósitos en efectivo, especialmente si son transferidos a un destino que no está normalmente relacionado con la actividad comercial del cliente; Depósitos en efectivo mediante numerosos ingresos poco importantes pero que en su conjunto son significativos; Cambio de billetes de baja denominación por billetes grandes o moneda extranjera; Transferencia de grandes cantidades de dinero desde el extranjero con pago en efectivo; Depósitos nocturnos cuando la actividad no lo justifique; Cambios por caja de pesos a moneda extranjera o de éstas a pesos sin que se justifique por la actividad del cliente; Realización de frecuentes ingresos en efectivo por ventanilla o depósitos nocturnos, o retiros por caja que no sean justificados por el tipo, volumen o actividad del cliente; Propuestas relativas a grandes operaciones de venta de billetes extranjeros o cheques en divisas contra pesos o dólares, realizadas por personas que se dicen intermediarios o comisionistas y que en ocasiones aducen supuestos contactos con las autoridades, o incluso el conocimiento o acuerdo del BCRA, respecto de la realización de tales operaciones; Operaciones y transacciones por medio de cuentas bancarias; Clientes que no actúan en su propio nombre y que no quieren revelar la verdadera identidad del beneficiario; Clientes con numerosas cuentas que depositan

cifras pequeñas en cada una de ellas pero que en su conjunto son significativas; Personas o sociedades cuyo movimiento de cuentas no reflejan su actividad normal de acuerdo con lo usos y costumbres el negocio; Resistencia a facilitar información en la apertura de una cuenta o suministro de información falsa; Clientes con varias cuentas en distintos bancos de una misma localidad sin motivo que lo justifique de acuerdo a su actividad; Nivelación de depósitos y pagos de cheques con efectivo en el mismo día o en el día anterior; Retiros de grandes sumas de una cuenta inmovilizada o de una transferencia del extranjero de una cantidad inesperada y no justificada por el cliente; Mayor frecuencia de uso de las cajas de seguridad con ingresos de paquetes cerrados; Representantes de las sociedades que evitan el contacto con personal del banco; Aumentos sustanciales de depósitos en efectivo por un estudio jurídico o escribanía que utiliza las cuentas de sus clientes sin justificación; Clientes que declinan facilitar información que en circunstancias normales les permitirían acceder a créditos u otros servicios bancarios; Insuficiente utilización de la rentabilidad ofrecida por los productos financieros; Gran número de personas físicas que ingresan en la misma cuenta sin explicación; Cuentas que se nutren con frecuencia de depósitos procedentes de paraísos fiscales; Cuentas que efectúan transferencias de importancia a través de los sistemas de transferencia.

❖ *Inversiones Financieras*

Compra de acciones para ser guardadas en custodia, lo que aparenta ser inapropiado por la actividad de cliente; Depósitos o transacciones de préstamos back to back con sucursales del banco en áreas conocidas por su tráfico de drogas o blanqueo de activos; Peticiones de clientes para servicio de manejo de inversiones donde la fuente de los fondos no está clara o no es consistente con el tipo de negocio que se conoce; Compra de acciones grandes o poco usuales pagaderas en efectivo; Compra y venta de un instrumento financiero sin propósito aparente.

❖ *Actividades Internacionales Off shore*

Clientes que con frecuencia tengan operaciones con entidades financieras ubicadas en países considerados paraísos fiscales; Clientes presentados por una sucursal, filial o banco extranjero con base en países de donde es corriente la producción o tráfico de drogas; Uso de cartas de crédito para mover dinero entre países en los

que dicho comercio no es lógico respecto al negocio del cliente; Clientes que efectúan o reciben pagos regulares en grandes cantidades que no se pueden identificar hacia o desde países asociados con la producción, elaboración o comercialización de narcóticos y paraísos fiscales; Creación de grandes saldos que no son consistentes con las ventas del cliente y posteriores transferencias a cuentas del exterior; Transferencias electrónicas de fondos sin explicación de entrada y salida inmediata de la cuenta o sin que pases por una cuenta; Petición frecuente de que se faciliten cheques de viajero, giros en divisas u otros instrumentos negociables; Frecuentes ingresos en cuentas de traveller cheques o giros en divisas especialmente si tienen origen en le exterior.

❖ *Préstamos con o sin garantía*

Clientes que cancelan inesperadamente préstamos con problemas; Petición de préstamos respaldadas por activos depositados en la entidad, cuyo origen es desconocido o cuyo valor o guarda relación con la situación del cliente: Dejar ejecutar garantías para cancelar los créditos sin causa aparente que lo justifique; Petición de un cliente para un crédito cuando la fuente de repago no está clara, particularmente si se refiere a inmuebles; Préstamos sin destino fundamentado, o que son pagados de fuente de ingresos desconocidas, o garantizados por terceros sin aparente relación con el cliente y su actividad, o garantizados con propiedades en los que el desembolso se hará en otra jurisdicción; Peticiones de crédito de clientes poco conocidos que aportan garantías de efectivo en moneda extranjera, prenda, activos financieros o avales de bancos extranjeros y cuyo negocio no guarda relación con la finalidad de la operación.

❖ *Otras actividades a tener en cuenta*

Cambios en las características de un empleado, forma de vida suntuosa o que evita disfrutar vacaciones; Cualquier cuenta cuyo titular sea objeto de una investigación, citación u orden de embargo relacionado con operaciones sospechosas por parte de las autoridades competentes.

b) Conozca a su cliente

La problemática de lavado de activos se aborda de la mano de organizaciones supranacionales como la GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, que generan a

los gobiernos involucrados la necesidad de incorporar normas que permitan controles adicionales, para atender la complejidad de las transacciones, incluso aquellas transacciones que comprometen a varios países al mismo tiempo.

Sin embargo, toma relieve en este escenario el tema de conocer al cliente como esencia del trabajo del profesional como Auditor externo o Síndico societario.

Es clave, en este sentido, entender cual es el alcance del secreto profesional y el riesgo de no detectar operaciones sospechosas que deban ser denunciadas.

La manera de controlar estas transacciones se vincula con las legislaciones de los países, de modo que incluyan medidas relativas al lavado, que dificultan el hecho de encubrir activos de origen delictivo.

Si existe una parte, interviniente en la transacción, que no es controlada esto genera el escenario propicio para el posible delito.

La clave ante las nuevas normas de lavado de activos es “conocer al cliente”, lo que permite al profesional que está obligado, a reportar cualquier operación que califique como sospechosa, se trate o no de un cliente circunstancial. El foco de la tarea profesional consiste en "conocer al cliente incluso antes de que realmente se admita como tal".

Si un potencial cliente no reúne las condiciones, para ser aceptado por el profesional, la recomendación es "que no lo admita", ya que las consecuencias serían un posible incumplimiento legal al no conocerlo adecuadamente, además de los problemas derivados de tener que denunciarlo ante la detección de posibles operaciones sospechosas.

Antes de aceptar un cliente el profesional debería analizar:

- ✓Cuál es el negocio;
- ✓Cómo se compone el consejo directivo del ente, esto es, que antecedentes tienen sus miembros;
- ✓Cuál es la estrategia empresarial, es decir, los objetivos perseguidos por el ente;
- ✓Analizar cada una de las actividades, esto es: compras, ventas, pagos, cobros;
- ✓Cuál es la situación financiera del ente y su evolución;
- ✓Cuáles son sus fuentes de financiamiento;
- ✓Analizar la documentación respaldatoria de las operaciones;
- ✓Analizar el flujo de efectivo

Las mencionadas son las más relevantes, aunque la mayor cantidad de información que se obtenga del cliente, disminuirá los riesgos del profesional.

V. EL SECRETO PROFESIONAL – LA ÉTICA

"El secreto nace de un acto voluntario o legal de una persona, quien deposita en otra la confianza al divulgarle hechos que pretende no trasciendan o sean conocidos por otras personas". ... "Así podemos decir que el secreto profesional es la información de naturaleza reservada que se obtiene con motivo o en ocasión del ejercicio de ciertas actividades o de la situación social determinada en que se encuentra la persona" (Genoro: 2001, 863)

"La exigencia de secreto tiene una gran dimensión social, que normalmente coloca al obligado a resguardo de la persecución criminal; el secreto porta una gran importancia social, porque él representa la confianza indispensable para ciertas relaciones.

Él significa para el orden social que la discreción y el silencio, están asegurados puesto que tales revelaciones se inscriben en una particular relación de confianza. Es en ese sentido es que los médicos, los abogados y los sacerdotes fueron los primeros en ser reconocidos como depositarios de tales secretos, no para que sus funciones se beneficiaran con una legitimidad superior a otras, sino porque ellas representan mecanismos útiles para la misma sociedad". (Mayud: 2004, 263)

La obligación moral de conservar un secreto para quien asume la responsabilidad de conservarlo, lleva a quienes no lo hacen a ser objeto de reproche.

Tratándose del "secreto profesional", es la misma Ley quien interviene recogiendo el principio ético y preservando al máximo su violación, constituyendo la misma un ilícito, siempre que no haya existido justa causa de revelación.

El profesional no es el dueño de la información que recibe en virtud de su incumbencia, y así como no puede divulgarla, no puede dejar de informar al cliente acerca de su verdadera situación.

La confianza es una de las características distintivas en la relación cliente – profesional, por lo que suele integrarse a la relación jurídica entre las llamadas "convenciones fiduciarias", en las que "la confianza mutua entre ambas partes es un elemento básico e insustituible".

Si este elemento no existe o se ve afectado por alguna cuestión ajena, se dificulta la tarea del profesional quien seguramente no contará con toda la información necesaria para el buen manejo de la cuestión encomendada.

Entre el profesional y su cliente debe imperar un clima de tanta confianza y credibilidad, que lleve a este último a poner en conocimiento del primero, a través de una comunicación sin reservas, todo el caudal de información posible, con la finalidad de facilitar la labor que le ha sido confiada.

El secreto profesional tiene por fin la esfera íntima de la persona considerada tanto material como moralmente y, por eso, la ley penal enfoca la violación de éste como un delito doloso, exigiendo, para que el hecho sea punible, que la divulgación se haga sin justa causa de revelación, es decir, a sabiendas, aún cuando no albergue intención de daño.

Los bienes tutelados por el instituto son:

- ✓ La intimidad o reserva de quien contó en confianza, que no debe ser revelada por el depositario del secreto;
- ✓ No obligatoriedad de declarar contra sí mismo, que se vulneraría de obligarse al confidente a relatar la confesión;
- ✓ Estado de necesidad del que acude al profesional en la búsqueda de asistencia;
- ✓ El decoro profesional regulado como precepto en los códigos de ética.

Este instituto integra cualquier conocimiento que el profesional hubiere obtenido en razón de su ejercicio o estado profesional y que no debiera divulgar. Constituye el deber moral de no revelar nada que deba ser considerado confidencial.

Algunos autores sintetizan este concepto diciendo que todo aquello que se confía a un profesional en virtud de su oficio, es secreto, ya que de la divulgación puede resultar algún daño que perjudique.

También se dice que quien en razón de su profesión, arte, oficio o empleo, conoce datos, cuestiones, conocimientos, razones, antecedentes, testimonios, etc., por habérselos confiado un cliente, debe mantener silencio sobre los mismos, pudiendo repeler o hacer cesar cualquier intento particular o estatal, en pos de la revelación de esos secretos. Esta obligación surge del concepto en la práctica de Abogados, Médicos, Contadores, Periodistas, etc.

Con relación al objeto, basta con que sea un hecho cuyo conocimiento no es público sino sólo conocido por una o algunas personas y que haya interés expreso o presunto de alguno de ellos en que dicha confidencia no sea revelada ni divulgada, no siendo requisito que la confidencia se refiera a un hecho ilícito o inmoral.

La ley Nacional 20.488, reguló para todo el territorio de la Nación el ejercicio de las profesiones de Licenciado en Economía, Contador Público, Licenciado en Administración, Actuario y sus equivalentes, a cuyos efectos impuso como obligatoria la inscripción en las respectivas matrículas de los Consejos Profesionales del país, conforme a la jurisdicción en la que se desarrollara su ejercicio.

Dicho cuerpo normativo, se ocupó entre otras disposiciones de establecer las incumbencias de las diversas profesiones mencionadas, y ordenó a través de su Título II la creación en la Capital Federal y en cada una de las provincias que así lo dispusieran, de un Consejo Profesional de los Graduados en Ciencias Económicas, definiendo sus facultades y deberes, y delegando en dichos organismos el poder de policía profesional, ordenándole velar para que sus miembros actúen cumpliendo con los mandatos de la Constitución y de las leyes, cuidando el cumplimiento de los principios éticos que rigieran el ejercicio profesional, ordenando el ejercicio de las profesiones involucradas, perseguir el ejercicio ilegal, y aplicar las correcciones disciplinarias por violación a los Códigos de Ética.

Ya en esa época se tipificaban las correcciones disciplinarias que se aplicarían en la órbita de los diversos Consejos a sus matriculados.

Posteriormente, la Ley 20.476 - Título II, constituyó la legislación de referencia aplicable al tema, al crear el Tribunal de Disciplina, órgano competente por entonces para juzgar las inconductas profesionales y aplicar, según la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del matriculado imputado, las correcciones disciplinarias pertinentes.

En setiembre de 2000 se publica en el Boletín oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley 466 dictada por la Legislatura Porteña, estableciendo el actual marco regulatorio del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de esta jurisdicción.

Esta ley, que deroga las disposiciones de la Ley nacional 20.476, estableciendo entre otras cuestiones la conformación y régimen electoral de sus órganos, que se integran de: Consejo Directivo, Comisión Fiscalizadora y Tribunal de Ética Profesional. Regulaciones que

resultaron operativas a partir del acto eleccionario realizado en el mes de junio del año 2001.

La mencionada Ley 466 regula en su Capítulo V lo relativo a la potestad disciplinaria, estableciendo en su art. 27 que serán objeto de sanción los actos u omisiones en que incurran los graduados inscriptos en la matrícula, que configuren violación de los deberes inherentes al estado o al ejercicio profesional.

Acto seguido, regula en su art. 28 que las sanciones disciplinarias se graduarán según la gravedad de la falta y los antecedentes del imputado, regulándose las siguientes:

- ✓ Advertencia.
- ✓ Amonestación privada.
- ✓ Apercibimiento público
- ✓ Suspensión en el ejercicio de la profesión de un (1) mes a un (1) año.
- ✓ Cancelación de la matrícula.

Estas disposiciones se complementan con el art. 29, el cual dispone que sin perjuicio de la medida disciplinaria, el matriculado podrá ser inhabilitado accesoriamente para formar parte de los órganos del Consejo Profesional por hasta:

- ✓ Tres (3) años con posterioridad al cumplimiento de la suspensión en el ejercicio de la profesión;
- ✓ Cinco (5) años a partir de la reinscripción en la matrícula, en el caso de matriculados alcanzados con la sanción de cancelación de matrícula.

Las conductas susceptibles de sanción disciplinaria se encuentran integradas en el Código de Ética regulado por la Resolución del Consejo Profesional de Ciencias Económicas N° 355/80.

Este Código regula en dos artículos el instituto del secreto profesional. El primero de ellos, en el art. 19 dispone que “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”, y seguidamente se establecen las excepciones al principio general reguladas en el art. 20 diciendo que: “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”.

En el primer encuentro nacional de Ética Profesional, organizado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal conjuntamente con el Consejo Profesional de Ciencias Económicas durante los días 20 y 21 de agosto de 2000, se desarrolló un Taller de Trabajo sobre este instituto, arribándose a las siguientes conclusiones:

- ✓ El secreto profesional es esencial para la existencia de las profesiones liberales y permite preservar la fe y la confianza que se deposita en quienes la practican.
- ✓ El secreto profesional como derecho-deber, debe ser celosamente preservado.
- ✓ Se trata de una conducta imperativa y es básicamente un deber de lealtad.
- ✓ La preservación del secreto profesional interesa al bien común, creando vínculos de confianza y credibilidad en los profesionales. Sin embargo, la elevada finalidad ética de la existencia y preservación del secreto profesional no debe llevar a que este fundamental derecho-deber sea maliciosamente deformado en hipótesis rayanas con el encubrimiento o la complicidad.
- ✓ Sobre cuándo revelar el secreto profesional, los Códigos de Ética, tanto de Ciencias Económicas, como de Abogados, en su actual redacción, son restrictivos en lo referido a las excepciones consagradas.

Durante el encuentro se expresaron las siguientes opiniones:

- ✓ Debe ser menos restrictiva la mención sobre casos en que sea relevante el secreto profesional, aceptando que ello ocurra cuando media justa causa. En principio la existencia y alcance de la justa causa debería quedar reservada a la valoración y prudencia del profesional depositario del secreto.
- ✓ En ningún caso debería aceptarse excepciones al deber del secreto profesional por las riesgosas implicancias que podría aparejar.
- ✓ Además, debe evitarse que los profesionales se vean compelidos a quebrantar el secreto profesional bajo amenazas explícitas o implícitas del legislador o de funcionarios.

Si bien debe bregarse por el estricto cumplimiento del secreto profesional, destacando que “el secreto profesional es esencial para preservar la fe que se deposita en quienes lo practican; no es menos cierto que éste es al mismo tiempo un derecho y un deber que debe

ser celosamente preservado, puesto que interesa al bien común, creando vínculos de credibilidad entre los profesionales.

Nuestro Código penal establece en su artículo 156 que “Será reprimido con multa de \$ 1.500.- a \$ 90.000.- e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.”

Asimismo, el art. 244 del Código Procesal en Materia Penal de la Nación establece que “no pueden ser admitidos como testigos, entre otros, todos aquéllos cuya declaración deba versar sobre hechos que les han sido revelados por razón de su profesión”.

La doctrina se ha expresado categóricamente sobre el instituto en debate. Tal el caso de Bielsa, quien al referirse al secreto profesional, afirma que “el fundamento del mismo es el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional, puesto que si el profesional estuviera obligado a declarar lo que ha sabido en el ejercicio de su profesión, no podría honradamente aceptar confidencias”. (Gacemil: 2008, N° 44)

La violación del secreto profesional es un delito contra la libertad; lo que se tutela es la “libertad individual”, en razón de que todo individuo que acude a los servicios de un semejante sabe que, en muchos casos tendrá que anoticiarlo de cuestiones cuya reserva le interesa mantener. El interés en la guarda de esas confidencias gravita en su espíritu, que aún en ciertos casos preferiría sufrir el perjuicio que le importaría prescindir de tales servicios antes que ponerlo en conocimiento de sus secretos. La protección legal que importa la incriminación penal de la violación de la reserva del secreto profesional, libera así a los individuos de esta coacción moral. El derecho lo protege exigiendo custodia “sobre lo que se piensa, hace, tiene o padece, y la sanción penal va en su auxilio para resguardar esa esfera de intimidad o reserva”.

En cuanto a la naturaleza de la acción, es privada, porque sólo puede ser ejercida por querrela instada por el particular ofendido, frente a lo cual, el consentimiento o el perdón excluyen de pena.

Son requisitos para su configuración:

- ✓ Que el sujeto activo haya tenido noticia del secreto en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Éste puede ser bien una persona individual, bien una colectiva, como el caso de integrantes de un estudio contable de auditoría, en que

como consecuencia de la especialización de su actividad confluyan individuos de diferente jerarquía en la realización de las tareas, quedando todas ellas obligadas. No basta que se trate de un secreto conocido con ocasión de la actividad sino que debe habérselo conocido a causa de ésta. Se trata de un delito propio, de sujeto calificado, en que el autor no puede ser otro que quien desempeña tal estado o función. Debe existir un interés real en el secreto y la existencia de una voluntad de conservarlo.

- ✓ Que la revelación del secreto pueda causar daño. Así, no todo lo que sea secreto está protegido por el tipo, sino aquello cuya divulgación pueda causar un daño de cualquier índole, tanto físico como patrimonial o moral por la misma naturaleza del hecho o circunstancia, o bien por la particular situación en la que se encuentre el sujeto.
- ✓ Que la noticia del secreto haya sido obtenida por observación directa o por revelación de quien acude a sus servicios profesionales o de un tercero, resultando indiferente que el confidente hubiese o no exigido reserva al profesional.

Recientemente fue dictado un pronunciamiento por la Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación que toca el instituto en estudio, estableciendo una distinción que limitaría el alcance del secreto profesional a la información sobre la que el profesional tomare conocimiento “por revelación de su cliente” y dejando fuera aquella que conociere “por la percepción de sus sentidos”.

En la causa, el contribuyente planteó la nulidad de la determinación de oficio realizada por el ente recaudador, tras invocar que la violación del secreto profesional, en el caso de un informático, hacía aplicable al caso la doctrina del "fruto del árbol venenoso", nulificando todas las pruebas de que se muniera la AFIP para dictar su resolución determinativa.

Según sostuvo el apelante, la determinación fue producto de la denuncia efectuada por un particular a quien se le habría encargado diseñar un programa informático "secreto y específico" para la recurrente.

Sin perjuicio de los demás fundamentos vertidos por el Tribunal para rechazar el planteo intentado, y en lo que respecta al instituto en debate, se sostuvo que no se habría afectado el "secreto profesional" toda vez que esto se produce cuando se trata de la denuncia de

datos o hechos que los testigos conocen por revelación de sus clientes pero de ninguna manera comprende lo que conocieron por la percepción de sus sentidos.

Sin embargo, el alcance del secreto profesional es mucho más amplio, integrándose no sólo por lo estrictamente confiado por el cliente, sino por todo aquello que, aún no informado por aquel es conocido del cliente habiéndose recabado aún a través de la percepción de sus sentidos durante el ejercicio de la actividad, y la obligación de sigilo no se agota con la finalización de los servicios sino que perdura en el tiempo aún luego de la muerte del cliente y respecto de aquel que habiendo realizado una consulta no hubiere llegado a ser cliente.

“Abarca las confidencias recibidas del cliente, la documentación, la informática, los expedientes, las comunicaciones postales, telefónicas o de cualquier tipo necesarias para el desenvolvimiento profesional, es un derecho fundamental que debe ser protegido por el profesional y los Colegios Profesionales frente a los avances de los distintos organismos estatales”. (Fabro y Rímolo: 1996, 117).

En el caso de que no haya mediado justa causa para la revelación, su existencia, quita la antijuridicidad a la revelación del secreto.

La ausencia de justa causa constituye un elemento normativo del tipo, por cuanto la revelación justificada resulta atípica, y lo será en todos los supuestos de justificación regulados por el artículo 34 del Código Penal “Defensa del propio interés o de terceros, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho”, o bien cuando existieren leyes especiales que obligaren a revelar el hecho a determinadas personas, aunque en esos casos la atipicidad proviene del hecho de que tales personas también resultan obligadas a la guarda del secreto.

Para Soler, la “justa causa” consiste en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La justa causa excluye así la antijuridicidad de la revelación del secreto.

Ahora bien, si en verdad tiene por finalidad quitar al hecho el carácter de secreto, puede concluirse que la primera circunstancia constitutiva de justa causa sería el consentimiento del interesado. Pero, en los hechos de darse tal supuesto habría desaparecido el secreto ya que la voluntad del interesado será la de revelar o dar a conocer el secreto.

Zeballos Cristobo, autor que en esta materia resulta insoslayable, apunta que la expresión “justa causa” está mal empleada pues, para el derecho penal argentino, “la violación del secreto profesional es de orden público, y como tal, la revelación debe provenir de la ley y no de una justa causa, considerando ésta dentro, exclusivamente, de un carácter privado y personal entre el sujeto activo y el pasivo”. En síntesis, sostiene que sólo la ley puede liberar de la obligación del secreto profesional, y no la voluntad del particular (Zeballos Cristobo: 1928, 16)

Siendo el objeto de la tutela penal el interés público, el sujeto pasivo del derecho se reduce, en su importancia legal, a una mínima expresión, y consecuentemente, el principio de la “justa causa” desaparece.

Manzini opina que "la violación del derecho atinge en su origen y en su justificación a razones de moralidad y de orden social, superiores a cualquier consideración y dispensa de carácter privado".

Chauveau-Hélie señala que, “como principio general, la intervención de la justicia en nada modifica las obligaciones de las personas a las cuales se confían secretos en razón de su estado o de su profesión y punto a lo cual, aún cuando son citadas como testigos, deberán limitarse a responder frente a las interpelaciones que le son dirigidas declarando el título que les impone el silencio”. (Chauveau-Hélie: 1837, 509)

En cuanto a la configuración de la acción típica, ésta estará dada por el acto de “revelar” el secreto conocido, lo que importa comunicarlo a un tercero no obligado por el instituto.

Es decir, el delito que se consuma con la revelación del secreto a un tercero extraño no obligado a su guarda, pudiendo ello producirse tanto por acción como por omisión, por ejemplo cuando el agente no impide el acceso al secreto de terceros no obligados a su guarda, en tanto, claro está, hubiere actuado dolosamente, y no requiriéndose su divulgación, o la producción efectiva del daño, bastando que éste sea potencial.

Asimismo lo revelado debe ser conocido por el agente, en punto a lo cual, no incurre en el injusto quien miente o refiere a hechos inexistentes o falsos, sin perjuicio de que tal conducta pueda caber en otras figuras típicas cuales los delitos contra el honor.

Para su configuración típica, el hecho revelado debe atribuirse al sujeto titular.

Con relación al elemento subjetivo requerido por el dispositivo, se trata de una figura dolosa, que admitiría el dolo eventual.

El error sobre el carácter secreto del hecho revelado o sobre la existencia de causales de justificación de tal revelación, podría excluir la culpabilidad.

En doctrina se ha admitido su consumación en grado de tentativa, afirmándose que sería posible, si bien poco probable, la ejecución de actos tendientes a la comisión del injusto; tal sería el supuesto de que el portador destruyera la nota por la que, en sobre cerrado, el autor revelaba el secreto a un tercero.

En un fallo de la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa, en voto de minoría dictado por el Doctor Gallegos Fedriani se expuso una interesante doctrina en torno al alcance del secreto profesional, para aquellos Contadores Públicos, que aún actuando como peritos del fisco hubieren tomado conocimiento de hechos ofrecidos como prueba en juicio penal, y su divulgación en un procedimiento administrativo tendiente a cuantificar la materia imponible.

El magistrado se expresó a favor de confirmar el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación que había declarado la nulidad de la resolución de la Dirección General Impositiva por la que se determinara de oficio la obligación tributaria del contribuyente y se aplicara multa, con fundamento en que los peritos designados por dicho Organismo Recaudador, habrían emitido informe a efectos de poner en conocimiento de la Jefatura la diferencia existente entre la declaración jurada de la actora respecto del impuesto en debate y las manifestaciones del contribuyente obrantes en las actuaciones penales, habiéndose elevado dicho informe con anterioridad a la decisión del Juez interviniente en la causa penal, y por la cual se hiciera saber a los citados Peritos Contadores la vigencia de la normativa que reprime con prisión e inhabilitación especial al funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por ley deben ser secretos.

Por su parte, la prohibición de divulgar lo conocido por los Peritos fuera del ámbito de la causa en la cual cumplían su labor de auxiliares de la Justicia no provenía únicamente de lo decidido por el Juez sino del artículo 266 del Código de Procedimientos Penales en cuanto dispone que el perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación, norma que se encuentra corroborada por el artículo 20 del Código de Ética vigente para la Capital Federal respecto de los Contadores Públicos, al determinar el secreto que los citados Profesionales se encuentran obligados a guardar con excepción de

los casos en que resultare imprescindible revelar sus conocimientos para su defensa personal.

Haciéndose eco de la postura del voto mayoritario del Tribunal Fiscal manifiesta que "en el caso se ha producido un conflicto de lealtades entre el deber de informar a la superioridad, según el entendimiento de los funcionarios y la actuación que como Profesionales de Ciencias Económicas han tenido los mismos, al ser designados Peritos Contadores en una causa del fuero penal federal de la Capital Federal", y ante tal conflicto no cabe sino inclinarse, como lo hace dicho voto mayoritario, por la norma de aplicación específica al caso, como lo es la prohibición del Código Procesal.

Concluye así, haciendo suyas las afirmaciones del a quo en el sentido de que en forma alguna puede considerarse, como lo pretendía la DGI, que la información que impulsó la verificación fiscal hasta arribar a la determinación hubiere sido obtenida a través de "canales normales", sino que provino de la denuncia de los Contadores Peritos, quienes entre los deberes asumidos por ante la Justicia como auxiliares de ella y los propios de su carácter de agentes de la Dirección General Impositiva, eligieron por el cumplimiento de los segundos si bien actuaron en ejercicio de una tarea propia de los primeros.

VI. EL SECRETO PROFESIONAL Y LA OBLIGACION DE DENUNCIAR

ACTIVIDADES SOSPECHOSAS

El secreto profesional” o “deber de confidencialidad” se encuentra reglado por artículo 156 del CP que sanciona a quién revele sin justa causa conocimientos adquiridos en ejercicio de su profesión.

La obligación de denunciar delitos está consagrada a nivel nacional y federal por el artículo 177 del CPP si bien sólo alcanza a los funcionarios y empleados públicos que tomen conocimiento de aquellos en el ejercicio de sus funciones, y los profesionales del arte de curar, en tanto trate en este caso de delitos atentatorios contra la vida o la integridad física de las personas.

La Ley 25.246 en su artículo 20 inciso 17 incluye entre los sujetos obligados a informar a los Profesionales en Ciencias Económicas.

Existen consecuencias que como derivación de la aplicación de dicho dispositivo pueden surgir frente a la eventual responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados a

terceros, de corte administrativo por el incumplimiento de las reglas dictadas por los Consejos Profesionales, de índole penal por emisión de dictámenes o certificaciones falsas y las derivadas de conductas que no guardan la ética profesional que pudieren resultar merecedoras de sanciones disciplinarias.

Las disposiciones de la ley 25.246, sin perjuicio de su evidente y manifiesta ilegitimidad de origen, y más allá de la desigualdad que establece entre las profesiones liberales que podría ser atacada de inconstitucional por los Contadores y Escribanos por no contener el dispositivo a los Abogados quienes de resultar incluidos solo serían igualados por "defecto" en desmedro de la confianza de sus clientes, son sin duda un ejemplo evidente de conflicto de intereses entre las autoridades encargadas de la lucha contra la delincuencia y los profesionales obligados a informar y denunciar operaciones presuntamente sospechosas, como así también entre ellos y sus clientes.

Esta norma incorporó en el art. 278 del Código Penal seis tipos penales:

- ✓ Un primer tipo de lavado propiamente dicho;
- ✓ Un segundo tipo de receptación;
- ✓ Un tercer tipo de lavado atribuido a las personas jurídicas;
- ✓ Tres tipos relacionados con deberes emergentes del régimen administrativo sancionatorio, que se ajustan a los adoptados en la mayoría de las legislaciones del derecho comparado y siguen, en líneas generales, los lineamientos del Derecho Internacional.

Se puede mencionar en esta Tesis, en primer término el tercer tipo penal, incorporado dentro de lo que la ley llama "Régimen Penal Administrativo" que regula una típica norma penal en blanco al sancionar a quien incumpla "...alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera...", entre las que pueden citarse se encuentran las de: identificar al cliente y reportar todo hecho o transacción presuntamente sospechosa, deberes éstos que tienen como destinatarios excluyentes a los sujetos obligados por el artículo 20, que en su numeral 17 involucra a los matriculados en Ciencias Económicas, limitándose luego tal deber a los Auditores de Estados Contables y Síndicos societarios conforme la resolución de la UIF 3/2004.

Si bien la ley intenta definir los elementos objetivos y subjetivos que habrán de convertir una transacción en sospechosa y así “disparar” la obligación de reportarla, a poco que se analice la esencia de las mismas pueden anticiparse dificultades futuras.

Oportunamente fue la Secretaría de Estado para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico la que, luego de analizar las disposiciones que en la materia dictaron el BCRA, el Reglamento Modelo de la OEA-Cicad, el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero de las Naciones Unidas, las 40 Recomendaciones del G7 entre otros materiales, sostuvo respecto de las operaciones sospechosas que: “...debe enfatizarse la necesidad de una opinión subjetiva del sujeto que deba informar. Es ésta quizás la única forma para poder detectar este tipo de operaciones...”. “Las operaciones anteriores, listadas por ella misma como sospechosas, merecen la mayor atención”.

“Sin embargo, el que una operación figure en una lista no quiere decir que represente que una actividad sea sospechosa o ilícita. Lo único que significa es que debe examinarse con más detenimiento. Muchas de estas operaciones solo son sospechosas en tanto se aparten del comportamiento normal del cliente, pero si se estudiaran con detenimiento pueden llegar a corresponder al funcionamiento lícito del comercio. Asimismo, habrá operaciones que no figuren en esta lista que también puedan ser sospechosas si se apartan de la actividad normal del cliente...”.

Por su parte, el decreto 619/01 en su artículo 10 dispone que “...El cumplimiento de este deber de informar no estará limitado por las disposiciones referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni por los compromisos de confidencialidad establecidos por ley o por contrato...”

Complementando el deber de informar se regula un cuarto tipo penal consiste en “revelar al cliente o a terceros las actuaciones” realizadas en cumplimiento de la ley regulación que, va de suyo, integra la de haber informado a la UIF en los términos de lo expuesto en el párrafo precedente.

Las sanciones previstas para los ilícitos descriptos consisten en pena de multa de 1 a 10 veces el monto de los bienes u operación o de \$ 10.000 a \$ 100.000 cuando no pueda establecerse su monto.

Welzel dice que “la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito. La culpabilidad que resulta ser la responsabilidad

personal por el hecho antijurídico, presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad a su vez, está concretada en tipos penales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”. (Hans Welzel: 1993, 108)

La doctrina mayoritaria es conteste en sostener que la antijuridicidad es un elemento objetivo del delito, en tanto señala la calidad de un acto o acción considerada en sí misma, de modo impersonal, con relación a las normas jurídicas.

En consecuencia:

- ✓ Si el hecho es conforme a las normas jurídicas no da nacimiento a ninguna clase de responsabilidad, ya sea civil, administrativa o penal, pues la conducta se despliega conforma a derecho;
- ✓ El acto es o no antijurídico para todos los partícipes; no puede serlo para unos y no para otros.

Entonces, para que una conducta se considere delito es necesario que, a más de típica, lesione un bien jurídico y ofenda ideales valorativos de la comunidad. En otras palabras, que resulte antijurídica.

Esa antijuridicidad requerida es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico particular o universal, cuyo fundamento y ponderación se determinan en y por las normas de cultura conocidas por el Estado.

Ello sentado debe remarcarse que no todo hecho típico resulta necesariamente antijurídico. Puede entonces ser típica la violación del secreto profesional, si bien en la contingencia en que dicha acción fuere cometida puede ser que la misma resulte ser una conducta lícita en razón de alguna causa de justificación. Y este concepto de antijuridicidad no habrá de limitarse a la esfera del injusto penal, sino que deberá ampliarse a la propia civil y administrativa, que presentan un mismo origen si bien se separan al llegar a las consecuencias.

Esta cuestión cobra significativa relevancia cuando se analizan las disposiciones apuntadas, en torno a la figura típica de violación del secreto profesional regulada en el ordenamiento penal, y el deber de denuncia de actividades sospechosas que pesa en cabeza del Auditor y Síndico societario en los términos de la ley 25.246. Pues siendo dispositivos

en conflicto, el cumplimiento de uno de estos deberes necesariamente conlleva a la violación del otro, extremo que, despoja dichas figuras de su antijuridicidad.

Reza el artículo 156 del Código Penal que “Será reprimido con multa de \$ 1.500.- a \$ 90.000.- e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.”

Por su parte, el incumplimiento del deber de denunciar actividades presuntamente sospechosas o la violación de no guardar secreto de tales denuncias importa ser sancionado con pena de multa.

Las sanciones previstas para los ilícitos descriptos consisten en pena de multa de 1 a 10 veces el monto de los bienes u operación o de \$ 10.000 a \$ 100.000 cuando no pueda establecerse su monto o de \$ 10.000 a \$ 100.000 cuando no pueda establecerse su monto

Alberti sostiene como respuesta a los intentos oficiales inducir conductas de los profesionales que: “.....en teoría deberían informar sobre la presunción de operaciones con orígenes vinculados con el lavado de dinero aunque esto entra en franca colisión con los deberes del secreto profesional. Estas políticas que son alentadas por organismos internacionales, lesionan medularmente nuestra profesión". (Alberti: 2004, N° 79)

El conflicto se exhibe en la contradicción existente entre la necesidad de obtener información idónea para identificar fondos, gestionar su inmovilización en pos de una futura confiscación de los mismos y la identificación de sus titulares responsables, por un lado, y el deber de confidencialidad, piedra fundamental del ejercicio profesional, al que están obligados los profesionales para con las informaciones surgidas de la vinculación con sus clientes, en el caso de los Auditores externos, o la propia de la empresa en la que cumplieren el rol de Síndicos societarios. Datos que por su naturaleza, se integra en el núcleo de “información sensible” resguardada por el derecho a la intimidad.

La “colisión de deberes” que, como en el caso, se presenta cuando el titular de dos deberes jurídicos se encuentra en una situación en la que el cumplimiento de uno implica necesariamente la lesión de otro, y en su virtud, la comisión de una acción punible.

El autor en estos casos, es titular de dos deberes que se excluyen. En esa colisión, tanto el hacer como el no hacer implican un daño o una injuria.

Maurach expresa que la “colisión de deberes” resulta una especie del género “estado de necesidad” en cuyo seno debe ser analizada, precepto al que en similar criterio Soler alude como la “comparación estimativa de bienes”. (Maurach: 1963, 201)

El ordenamiento establece una suerte de prelación para merituar cuándo un bien jurídico resulta más valioso que otro:

- ✓ Su colocación en la sistemática del Código Penal, y
- ✓ La severidad con que la ley reprime la figura delictiva, que, cuando más grave, resultará evidencia de un bien jurídico de mayor jerarquía.

En razón de lo expuesto, debe considerarse como principio genérico el de “sacrificar el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior”, afirmación que en doctrina es denominada como “principio del interés preponderante” o “valuación de intereses” o “balanceamiento de los intereses” o “ponderación de bienes jurídicos” meollo de la antijuridicidad.

Así Mezger, dice que “no actúa antijurídicamente quien sacrifica un bien de inferior valor a otro de superior valía”; esto es, el valor de menos importancia debe ceder paso al más relevante, solucionándose la colisión en la equitativa valoración de bienes jurídicos, la que, va de suyo, resulta de índole objetiva, toda vez que “lo determinante no es el valor que el sujeto atribuye al bien jurídico, ni tampoco la personal adecuación de la conducta del sujeto, sino la valoración hecha por el orden jurídico...”.

“Para efectuar esa comparación debemos partir en primer lugar de la valoración que importa la ley penal misma cuando, al clasificar los distintos bienes jurídicos, sanciona con diversas escalas penales su violación, de manera que la magnitud de esas sanciones es ya un criterio positivo de valoración”. (Soler: 1970,32)

En este contexto, siendo que el deber de guardar secreto profesional y el deber de denunciar actividades presuntamente sospechosas constituye sin duda una colisión de deberes, la misma podría llegar a ser resuelta valorando objetivamente ambas figuras.

En el caso, en cuanto a la sanción pecuniaria resulta imposible su comparación objetiva sino enfrentándose al caso concreto. Ello toda vez que la valoración de la sanción mínima en el caso que la misma deba cuantificarse entre 1 y 10 veces el monto de los bienes u operación sólo será posible en tanto se confronte con la operación no denunciada.

Sin perjuicio de esto, y siendo que la figura del artículo 156 del Código Penal, reprime la violación de secretos no sólo con sanción pecuniaria, la que podrá resultar con una escala superior o inferior a la propia de la ley 25.246 según el caso, prevé una sanción adicional de diferente especie consistente en la inhabilitación especial por seis meses a tres años, lo que indudablemente importa una escala penal más gravosa.

Analizado lo expuesto a la luz del principio del interés preponderante nada obstaría a considerar que el “secreto profesional” no cede frente al deber de denuncia impuesto por la ley 25.246, correspondiendo “sacrificar el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior”.

VI. RESPONSABILIDAD DE AUDITORES EXTERNOS Y SÍNDICOS SOCIETARIOS

La pretensión contenida en la ley 25.246 lleva implícita la idea de convertir a los Auditores externos y Síndicos societarios en "Guardianes" o agentes encubiertos de los patrimonios particulares sobre estados de peligrosidad sin delito.

La ausencia de intervención judicial previa y el desconocimiento del cliente de la información suministrada por el profesional aniquila de raíz el sistema penal, aflorando la inseguridad en las relaciones intersubjetivas al no poderse supervisar el acceso y empleo de tales informes, puesto que ambas partes ignoran cuándo una actitud le va a parecer sospechosa a la UIF.

El cliente devenido en sospechado verá en el profesional la presencia de la "policía inmanente", susceptible de despertar la denuncia inversa, esto es, la del cliente sobre el profesional.

“La lucha contra el tráfico de drogas y su correlato, el lavado de activos de origen ilícito, es importante, es fundamental, pero para ganarla, no puede justificarse cualquier exceso. Si no fuera así, no faltaría quien proponga reimplantar la tortura o utilizar sustancias como el pentotal sódico, para obtener mayor información en la lucha contra el lavado de dinero” (López Massa: 2005, 33)

“La reversión del principio de "confianza" por el de "sospecha" y la instauración de la "delación" como medio de actuación que no puede disimularse con subterfugios.”

“La "delación" en oposición a la "denuncia" importa basarse en la confianza, amistad, vínculo familiar para informar a un organismo "policial" de presuntos o reales hechos que la legislación transformó en sospechosos. En cambio, la denuncia se efectúa desde fuera de donde se fraguan las irregularidades, la delación se hace desde adentro, señalando al "enemigo" y ella no es ajena a la traición. En la delación hay sigilo y ocultamiento en el trato con el prójimo.”

“La instauración de una sociedad de sospecha es para el terrorista el objetivo más acariciado porque plasma el debilitamiento de los vínculos comunitarios y sociales en su esencia y despeja el camino para que la agresión sustantiva aparezca inadvertida y el resultado inevitable, por ser el propio Estado incapaz de neutralizar la sumisión al miedo. La falsa adhesión basada en disvalores crea un círculo perverso de relaciones que no deja exento a los propios "vigiladores"”. (Carella: 2005-B, 1277)

VII. CONCLUSIONES

Con la sanción de la ley 25.246 se eclipsó definitivamente la figura primordial y privilegiada del "secreto", sea éste el llamado bancario o financiero, o el meramente profesional.

El eclipse de esta figura se produjo definitivamente con la sanción de esta ley, ya que dicha figura ha sido en nuestro país seriamente trastocada y recortada, principalmente por los sucesivos, y en algunos casos excesivos, privilegios a favor de la Administración Fiscal Nacional.

La ley 23.271 (BO: 21/10/1985) con el escueto contenido de 3 artículos, dispuso la eliminación del llamado secreto bancario en materia tributaria, al disponer: "El secreto establecido en el Título V de la ley 21.526 y en los artículos 8º, 46 y 48 de la ley 17.811 no regirá para las informaciones que, en cumplimiento de sus funciones legales, solicite la Dirección General Impositiva a cualquiera de las entidades o sujetos comprendidos en los regímenes de las citadas leyes...".

Dentro de la figura genérica del secreto, la específica referida a información bancaria tuvo su primer gran recorte con la ley antes mencionada, política progresivamente invasora, que se reitera en la ley que ahora comentamos.

En cuanto a ello, si bien pueden reconocerse válidamente diferentes tipos de "secretos", en lo que aquí respecta, el llamado secreto bancario o financiero quizás sea el de mayor relevancia, secundado por el secreto profesional en relación con la actividad desarrollada por profesionales en ciencias económicas.

Puede definirse el "secreto" como "...lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto...", lo que implicaría para el caso del secreto bancario la obligación de no revelar a terceros, sin causa justificada, datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.

Es decir, ante determinados actos o hechos que una persona pretende guardar dentro de su esfera de intimidad sin que trascienda al conocimiento público, y que son celosamente confiados a terceros, nace la obligación de este tercero de mantener en confidencia los datos traídos a su conocimiento, como parte obligacional de la relación jurídica que los une a ambos, confidente y tercero.

En el caso del secreto financiero, existen diversas causas que justifican su existencia desde la antigua costumbre en el ámbito mercantil como causa primaria hasta las modernas y detalladas normas legales.

Una primera aproximación en pos de una causa "normativa" del llamado secreto bancario se encuentra en la verdadera naturaleza del negocio primario de toda entidad, representado en la figura del banquero como depositario de bienes ajenos y, en consecuencia, obligado a conservar el secreto sobre la naturaleza y el monto de lo dejado en depósito. El propio Código Civil en su artículo 2207 establece como obligación a cargo del depositario, en el contrato de depósito regular, la de mantener, si lo supiese, el secreto del contenido del depósito, bajo apercibimiento de responder ante el depositante sobre los daños causados por tal incumplimiento.

Pero en materia de secreto bancario, como especie del género secreto profesional, no sólo acuden a su origen causas de carácter privado, sino también razones de interés público. Esto es así toda vez que la reserva y el silencio de las entidades genera en el público la confianza en la discreción de tal entidades, que a su vez provoca la generación de nuevas operaciones, lo que apareja que las inversiones se canalicen por el camino institucionalizado evitando la llamada economía oculta.

Este criterio no sólo fue el fundamento de su regulación legislativa en diversos sistemas del mundo, sino que constituyó el "elemento diferenciador" de dichos sistemas, conformando la característica distintiva y calificadora del estatus de más de una nación, como lo ha sido durante años Suiza.

En nuestro país, el fundamento constitucional de la vigencia del secreto bancario está dado por el artículo 18 de la Constitución Nacional que determina la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, disponiendo que sólo una Ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

La propia norma constitucional al establecer esta circunstancia excepcional a la vigencia de la inviolabilidad de la documentación privada, que deberá realizarse siempre por Ley que dispone el final de la norma, es la que otorga validez a la "obligación de informar", contracara insoslayable del "secreto".

En el caso de la República Argentina, el secreto bancario, mas allá de su origen constitucional, recibe partida de nacimiento en el propio artículo 1º de la ley de entidades financieras 21.526, al establecer que están obligados a mantener secreto todos los sujetos que realicen intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros.

En cuanto a esto, la obligación en cabeza de las entidades financieras alcanza tanto al contenido, monto y demás elementos participantes de la operación realizada, como los datos personales de los clientes, aun cuando la operación no se haya concretado, ya que responden a la esfera particular de las personas.

Esta obligación de guardar secreto, sin embargo, se remonta a la Ley de Bancos, Decreto Ley 13.127/57, que en su artículo 30 preveía el carácter confidencial de las informaciones recogidas en las instituciones bancarias, al margen de algunas restricciones de carácter procesal, al no admitirse como prueba en juicio la información que podían tener los bancos de sus clientes, salvo en procesos penales por delitos comunes y siempre que se hallaren directamente vinculadas con los hechos que se investigan.

La vigencia plena del "secreto" bancario, siempre encontró mengua con la admisión para otorgar información en circunstancias excepcionales. A modo de ejemplo, puede señalarse la reducción al ámbito del secreto a las operaciones "pasivas", lo que ha permitido acceder a información sobre deudores por préstamos u otras operaciones activas del sistema financiero, lo que produjo como resultado una mejor evaluación al analizar el otorgamiento de créditos y, consecuentemente, permitir el minimizamiento del riesgo dentro del sistema financiero.

En tal inteligencia, y con política progresiva, la obligación de "informar" fue invadiendo el campo reservado del "secreto" profesional, el bancario como uno de ellos, constituyendo un recorte importante la sanción de la ley 23.271 comentada, en tanto eliminó el secreto bancario en materia tributaria, aun en caso de contribuyentes que no se encuentren bajo fiscalización, lo que deja un margen discrecional de operación en cabeza del Ente Recaudador con posibles consecuencias perniciosas.

El artículo 20 de la Ley 25.246, referida a los sujetos obligados a informar a la UIF, establece en su último párrafo que: "No serán aplicables ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley las disposiciones legales referentes al *secreto bancario, fiscal o profesional*, ni los compromisos de confidencialidad establecidos

por la ley o por contrato cuando el requerimiento de información sea formulado por el Juez competente del lugar donde la información deba ser suministrada o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de ésta, o por cualquier tribunal competente con fundamento en esta ley."

A su vez, el artículo 11 del decreto 169/01 establece: "Art. 11 - Cuando alguno de los sujetos enumerados en el artículo 20 de la ley, con excepción de los previstos en el inciso 6), invocara frente a requerimientos de información formulados por la Unidad de Información Financiera, limitaciones derivadas de disposiciones legales al secreto bancario, fiscal o profesional, o de compromisos de confidencialidad establecidos por ley o por contrato, se requerirá la intervención del juez competente en los términos y condiciones previstos en el último párrafo del referido artículo 20."

De ello, debe analizarse hasta qué punto no se encuentran en conflicto las disposiciones de la Ley de Lavado de Activos con las del ejercicio profesional o, en su caso, qué forma de interpretación puede dar sentido lógico a ambas disposiciones.

La Ley 20.476, Título II, establece las correcciones disciplinarias de los actos u omisiones en que incurran los graduados en Ciencias Económicas, norma que se complementa con el Código de Ética, aprobado por resolución C 355/80, que, en materia de secreto profesional, establece: "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".

Es precisamente el artículo 156 del Código Penal, Título. V, Delitos contra la libertad, Cap. III, Violación de secretos, que establece que será reprimido con una multa de \$ 15.000 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa".

La esfera de reserva de la persona, dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros, se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera

del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado, ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimientos o circunstancias que le conciernan.

De esta manera, se trata de proteger tal manifestación de la libertad individual, prohibiendo la comunicación de sus secretos a otros por parte de quienes carecen de derecho de comunicarlos, evitando así que sea violada la esfera de reserva.

El bien jurídico protegido es la libertad del individuo, su intimidad, lo que en definitiva se protege, tratándose de evitar el peligro de que el agente llegue a desdoblarse la voluntad del sujeto pasivo con la amenaza, por lo menos implícita, de revelar secretos que captó de él a raíz de su actividad profesional o en razón de las relaciones propias de su estado. El fundamento de la punibilidad radica en el interés público de amparar la libertad individual relativa a secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinadas profesiones.

El hecho de tener que comunicar a un profesional un secreto que puede afectar dañosamente a su titular, quien, por necesidad o utilidad ha recurrido a aquél, podría poner en peligro su libertad si el profesional pudiera revelarlo a cualquiera cuando lo deseara.

El secreto profesional, en el sentido típico, es el conocido precisamente por razón profesional, que ha tomado conocimiento el agente por su propia actividad.

En el tipo penal queda comprendido tanto el secreto que el agente llegó a conocer porque el sujeto pasivo se lo ha confiado, como el que ha conocido por otros medios en su actividad profesional.

A su vez, la acción típica es la de revelar el secreto así conocido, es decir, comunicar el secreto a personas que no están obligadas por él.

Para ello, es suficiente que la revelación se haga a una sola persona extraña a la esfera en que debe mantenerse el secreto, aun en forma confidencial y requiriéndole que no lo comunique a otro.

Siendo el revelar, poner el secreto en conocimiento de una persona que no lo posee, no tiene relevancia que la persona a quien se le comunica el secreto esté obligada a guardarlo.

Además, la tipicidad reclama que la revelación se realice *sin justa causa*, donde la ausencia de justa causa es un elemento normativo del tipo, por lo cual la revelación justificada es atípica.

En todos los casos, la justificación se encuentra en los distintos supuestos del artículo 34 del Código Penal, como sería el caso de defensa del propio interés o de terceros, cumplimiento del deber, ejercicio del derecho o cuando *existan leyes especiales que obligan a revelar el hecho a determinadas personas*.

De este modo, puede concluirse en el sentido de que, si bien sigue rigiendo el secreto profesional, pues la obligación de reserva responde tanto a un interés privado como público, la misma no es absoluta, admitiendo ciertas excepciones, como la de información a la UIF.

Esta posición es coincidente, por ejemplo, con la situación análoga que se presenta con el tema del secreto financiero, con la solución que se propone en la mayoría de los países en cuanto a una tendencia en la cooperación internacional, tratando de lograr normas homogéneas, como la de la Convención de Viena de 1988.

En estos casos, se privilegia el interés público en razón del peligro que representan las organizaciones que se dedican a cometer tal tipo de ilícitos.

La excepción descrita al secreto profesional se fundamenta en Leyes Especiales o Convenios Internacionales y, en el caso específico del lavado de dinero, sólo en beneficio de la UIF, órgano con poder jurisdiccional, de control y de supervisión, de lo que se desprende la imposibilidad de la revelación de la información así obtenida al público en general. De esta manera, se otorgaría una forma de interpretación a ambas normas legales que darían sentido a sus disposiciones y evitarían mutuas colisiones.

Con relación a la situación que encuentran los Auditores externos y Síndicos societarios en la nueva normativa penal, puede decirse que la cuestión ha cambiado y es el momento de tratar dos cuestiones diferentes.

La primera, es reivindicar la función del contador y del profesional toda vez que se caracterizan por una enorme contracción al trabajo, y hoy son un aliado imprescindible tanto del contribuyente como del fisco. La relación entre estos dos se ve sumamente mejorada por la cotidiana labor de los profesionales en Ciencias Económicas.

Por otro lado, es público y notorio que existen grupos que se dedican a delinquir y en manera alguna esto toca profesión exclusiva, sino que muchas veces son simplemente delincuentes sin más que su mal nombre.

Pesa a la profesión el requerimiento de información es muchas veces absurda, en virtud de que el grado de sospecha llega al grado de que una resolución de la UIF menciona como sospechoso un Director de una sociedad que no tome vacaciones.

Estos justamente no son momentos fáciles para el ejercicio de la profesión dado que proliferan deberes que colisionan con otras normas jurídicas que pueden tener mayor jerarquía.

La responsabilidad de los Profesionales Contadores en su rol de Auditores externos y Síndicos societarios cuando un cliente incurre en lavado de activos, merece un análisis especial de cada caso, que inclusive puede exceder las alternativas o escenarios previamente evaluados.

La negativa del cliente a aportar explicaciones o la falta de justificación adecuada convierte a la operación en sospechosa.

Conocer al cliente y las evidencias que el Profesional documente en sus procedimientos le permitirá decidir si esa operación reviste tal carácter, y en caso afirmativo, deberá analizar si debería conservar o no a ese cliente, y por qué, en pleno ejercicio de su libertad de admisión.

Por último, es importante mencionar el informe emitido por la FAPCE acerca de los recaudos que los Contadores deben tomar a fin de evitar denuncias por lavado de activos, en el marco de la nueva Ley de Blanqueo para la repatriación de capitales.

La nueva norma no exime de las sanciones previstas para ilícitos de encubrimiento sobre capitales de origen delictivo, lo que alerta a los CPN sobre la posibilidad de afrontar penas hasta de prisión.

En términos generales, los Auditores y Síndicos deberán informar a la UIF las operaciones sospechosas de la misma manera que estaba previsto antes de la sanción de la Ley mencionada, es decir que no podrán ampararse en el secreto profesional, fiscal o bancario, y seguirán sin poder informar a sus clientes de tales declaraciones.

Asimismo, el Contador quedará eximido de toda acción civil, penal tributaria y comercial, en tanto cumpla su obligación de informar a la UIF, debiendo hacer esto último dentro de las 48 horas a partir de que el proceso de auditoría se haya completado y emitido el informe correspondiente.

XI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBERTI, Carlos “Lavado de activos y secreto profesional”. <http://www.pensamientopenal.com.ar> (Buenos Aires, N° 79) (2004)
- BIELSA, Rafael. “*Dos a entenderse*”, <http://www.gacemail.com.ar>. (Buenos Aires: N° 44) (2008)
- CANO CASTAÑO, Miguel A.; LUGO, C. y otros “*Auditoría forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos: vínculos del crimen organizado y el financiamiento del terrorismo internacional [recurso electrónico]*”, (Colombia: Ed. Eco ediciones) (2004)
- CANO CASTAÑO, Miguel A. “*La auditoría y la contabilidad en la detección y prevención de lavado de activos*”, (Colombia: Ed. Eco ediciones) (2000)
- CANO CASTAÑO, Miguel A. “*Modalidades de lavado de dinero y activos: Prácticas contables para su detección y prevención*”, (Colombia: Ed. Eco ediciones) (2001)
- CHAUVEAU – HELIE, Adolphe. “*Theorie de Code Penal*”, (París: Ed. Senne) (1837)
- GENORO, Raúl H., “*El Secreto Profesional y la Etica*”, Revista D & G Profesional y Empresaria, Setiembre de 2001, t. II, N° 24, ps 863 y 864
- INSITUTO DE AUDITORES FORENSES. “*Taller sobre auditoría forense para el seguimiento y detección de fondos ilícitos*” (Venezuela: IDEAF) (2007)
- INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS. “*Boletín de la comisión de normas y asuntos profesionales*” (Buenos Aires – IAIA) (noviembre 2008) (Págs, 21 a 24)
- MAURACH, Reinhart “*Derecho penal. Parte general II*”. Traducido. (Buenos Aires: Ed. Astrea) (1963)
- PEREZ LAMELA, Héctor. “*Lavado de dinero: Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas*” (Buenos Aires: Ed. LexisNexis) (2006)
- SENDEROVICH, Pablo David “*Auditoría en acción para pymes*” – Tomo I y II - (Buenos Aires: Ed. La Ley) (2006)
- WELZEL, Hans. “*Derecho penal alemán*”. Traducido por BUSTOS RAMIREZ, Juan, YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. (Santiago de Chile: Ed. Jurídica) (1993)
- ZEBALLOS CRISTOBO, José. “*El secreto profesional del abogado*” (Córdoba: Ed. La Universidad) (1928).