LÍMITES JURÍDICOS A INTERPRETACIONES TORPES DE LA LEY DE LAVADO DE DINERO

Por Francisco J. D'Albora (h)

El fallo dictado por la Corte Suprema en la causa "Banco Macro y otros c/ UIF s/ Código Penal, Ley 25.246", el 23 de mayo de 2017, reafirma la vigencia del estado de derecho frente a la voluntad sesgada de la administración, incluso refrendada –tanto de manera explícita como implícita- por instancias jurisdiccionales inferiores.

1. Desde su sanción originaria, la Ley 25.246[1] ha demandado ingentes esfuerzos –más intensos en la doctrina que en la jurisprudencia- para fijar criterios de interpretación precisos sobre sus ejes centrales.
Diversos factores coadyuvaron para que ello ocurriese; todos confluyen para conformar una estructura defectuosa que, a los tropezones y con graves falencias, introdujo en nuestro derecho positivo el sistema de prevención y control del lavado de activos plasmado en las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF)[2].

A excepción del Capítulo I –hoy derogado en lo concerniente al delito de lavado de activos por la objetable Ley 26.683[3]-, el resto del texto legal[4] refleja las vicisitudes atravesadas para cumplir con el ineludible requisito de su aprobación antes de que tuviese lugar el Plenario de GAFI de Junio de 2000, en el que habíamos sido invitados a incorporarnos como Miembro Pleno[5]. La salvedad efectuada respecto del

[1] B.O. 10/V/00.
[2] La versión actualizada puede verse en español en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_nuevas_40_recomendaciones_gafi_febrero_2012.pdf.
[3] B.O. 21/VI/11; nuestro análisis sobre su texto puede verse en "La nueva Ley de Lavado de Dinero", elDial.com – DC15F9, 10 de junio de 2011, y Lavado de Dinero", 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad-Hoc, julio 2011, p. 151.
[4] D'Albora (h), Francisco J., "El delito de lavado de activos de origen delictivo y sus vicisitudes", LL Suplemento Penal y Procesal Penal, 19/VIII/10, p. 1, y "Lavado de Dinero", op. cit., p. 135.
[5] Los tres nuevos miembros, Argentina junto a Brasil y Méjico, debían superar la primera Evaluación Mutua, para lo cual debían tener aprobada una ley que incorporase a sus respectivos ordenamientos jurídicos las herramientas recomendadas por el organismo.

Capítulo que contiene la reforma al Código Penal finca en que, en nuestra opinión, fue pensado magistralmente para acotar la desbordante amenaza penal en perjuicio del ciudadano.

Así, pocos meses después de un cambio de gobierno que trajo aparejada una inversión de los términos de oficialismo y oposición, se tomó la decisión política de descartar todo lo trabajado por la administración anterior[6] hasta la asunción de las nuevas autoridades y, ante la urgencia, se optó por forzar la contextualización de los distintos anteproyectos que circularon por las diferentes comisiones de ambas Cámaras, algunos de los cuales evidenciaban llamativas deficiencias técnicas en tanto otros se apreciaban francamente incompatibles. No se cuidó con la prolijidad debida la revisión del producto final y el resultado obtenido es prueba elocuente de ello.

Diecisiete años después, sucesivas e inidóneas reformas mediante, seguimos lidiando con tipos penales inadecuados –cuyas dificultades para permitir el dictado de sentencias condenatorias eximen de profundizar aquí la magnitud del entuerto-, terminología coloquial, impropia en sentido técnico –delito por infracción, pena por sanción, inusualidad por sospecha, denuncia por reporte, entre muchos otros ejemplos-, galimatías conceptuales –entre las funciones de un organismo administrativo de análisis financiero y las agencias de persecución del delito-[7], perdidos entre algunos aciertos –por ejemplo, las intensas facultades conferidas a la Unidad de Información Financiera (UIF) y la muy completa enumeración taxativa de los sujetos obligados-. En líneas generales, los defectos de la ley han generado, hasta ahora, más inconvenientes que prevención y control eficaces[8].

---

[6] Desde 1996 se trabajó en la órbita del Poder Ejecutivo en diversos proyectos de ley que adecuasen nuestra normativa a los requerimientos internacionales. El último anterior a la sanción de la Ley 25.246 se presentó el 22 de julio de 1998 y dio lugar a nuestro trabajo "Lavado de Dinero. El delito de Legitimación de Activos Provenientes de Ilícitos", ED T 180, p. 1084 y "Lavado de Dinero", op. cit., p. 13.

[7] Ni qué decir del Capítulo V que, durante once años, sólo tuvo un único y prescindible artículo 28, además de la derogación del tipo penal anterior y los formales.

[8] Nuestra opinión sobre el estado de situación actual puede verse en "La prevención y el control del Lavado de Dinero y la contracorriente de la lucha contra el Crimen Organizado", en

2. Durante sus primeros dos lustros de vigencia, el Capítulo IV de la Ley 25.246 sólo despertó interés académico y doctrinario[9]. No fue sino hasta comienzos de 2010 en que, como consecuencia de un cambio de autoridades en la UIF -luego de que comenzara a circular el pre informe de la Tercera Evaluación Mutua de nuestro país por parte del GAFI-, se reparó en la importancia del denominado Régimen Penal Administrativo que, hasta entonces, no se había aplicado a casos concretos.

La coyuntura se caracterizó por una intensa actividad administrativa desplegada por la autoridad de aplicación sin demasiada preocupación por el marco normativo de referencia. Se trataba, según explicó el titular entonces designado, de producir hechos políticos que permitiesen atemperar las conclusiones del informe final de la evaluación[10]. Se aplicaron las primeras sanciones y se instruyeron numerosos sumarios, la mayoría de ellos por lo que dio en llamarse "infracciones formales". Se dictaron las Resoluciones necesarias para que los sujetos obligados que aún no habían sido regulados pudiesen cumplir, finalmente, con el reporte de operaciones inusuales o sospechosas. Algunas categorías tuvieron incluso nuevas Resoluciones modificatorias de las anteriores, poniendo sobre la mesa la importancia de lo que hasta ese momento eran discusiones teóricas sobre los criterios de interpretación jurídica, como por ejemplo, la aplicación retroactiva de la Resolución más benigna, contemplada en el artículo 2 del Código Penal. Se hizo mucho y en poco tiempo, pero lamentablemente, no se hizo bien.

Más allá de las circunstancias políticas del momento, tanto en el plano local como internacional, la actividad

---

"Estudios de Derecho Penal con motivo del Bicentenario", Buenos Aires, 2015, p. 405., y "Los delitos de blanqueo de capitales y los principios basales del Derecho penal liberal" en "Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo", Madrid, 2016, p. 833.

[9] D'Albora (h), Francisco J., "Lavado de Dinero y Régimen Penal Administrativo", LL, 2003-C, p. 1272; también en La Ley, Revista Jurídica Paraguaya, año 26, n° 6, julio de 2003, p. 673 y en "Lavado de Dinero", op. cit., p. 77.

[10] Lo que no se consiguió: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomesofthefatfplenarymeetingparis20-22october2010.html.

cotidiana del organismo se dirigió, en primer término, a procurar reparar los efectos del categórico Informe Final que colocó a la Argentina en un estatus singular de seguimiento intensivo de sus esfuerzos para revertir las deficiencias señaladas, que culminó exitosamente –en opinión de GAFI- en octubre de 2014[11] y fincó, muy especialmente, en la sanción de las Leyes 26.683 y 26.734[12].

En segundo lugar, a poner en funcionamiento real, con diez años de demora, el sistema de prevención y control creado por las Recomendaciones. Las pocas categorías que tenían entonces dictada la Resolución referida en el segundo párrafo del inciso b) del artículo 21 de la Ley, más allá de las objeciones a su validez constitucional[13], no habían terminado de asumir el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Y ello no acarreaba consecuencia alguna en términos sancionatorios.

Pero una ley con las características apuntadas y una retahíla de resoluciones administrativas dictadas con la presión de las circunstancias, sin un conocimiento acabado de aquello que debían regular, no podía redundar en un correcto funcionamiento del sistema.

3. A partir del año 2010, la página web de la UIF comenzó a publicar el detalle de las sanciones impuestas[14], sin perjuicio de que aún estuviese pendiente la instancia de revisión judicial prevista en el artículo 25 de la Ley, probablemente como una señal

---

[11] http://www.fatf-gafi.org/countries/a-c/argentina/documents/fatf-compliance-oct-2014.html: Jurisdictions no longer subject to the FATF's on-going Global AML/CFT Compliance Process. Argentina
The FATF welcomes Argentina's significant progress in improving its AML/CFT regime and notes that Argentina has established the legal and regulatory framework to meet its commitments in its action plan regarding the strategic deficiencies that the FATF had identified in June 2011. Argentina is therefore no longer subject to the FATF's monitoring process under its on-going global AML/CFT compliance process. Argentina will work with the FATF and GAFISUD as it continues to address the full range of AML/CFT issues identified in its mutual evaluation report.

[12] B.O. 28/XII/11.

[13] D'Albora (h), Francisco J., "Reparos que suscitan las Resoluciones de la Unidad de Información Financiera", en Revista CEO Argentina, PriceWaterhouseCoopers, Hot Topics, año 1, nº 1, 2005, p. 46 y "Lavado de Dinero", op. cit., p. 115.

[14] www.argentina.gob.ar/uif/normativa-uif#sancionatorias.

directa al GAFI del cambio de actitud posterior al Informe.

Estas sanciones, y muy especialmente los sumarios sustanciados como presupuesto de su aplicación[15], fueron desarrollando peculiares interpretaciones y criterios por parte de la UIF, en el marco de las facultades que le asigna el inciso 8° del artículo 14 de la Ley.

Corresponde precisar liminarmente que, si bien existe una diferencia sustancial entre la responsabilidad de naturaleza penal –personalísima, ya que se responde por actos u omisiones propios- y la administrativa, en principio objetiva, se soslayó olímpicamente que el Derecho Penal Administrativo es un subsistema del Derecho Penal y que la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce, en virtud de la reforma constitucional de 1994 que incorporó al artículo 75, inciso 22 CN, los tratados internacionales de Derechos Humanos -lo que equivale a asignar dicha jerarquía al conjunto de garantías propias del derecho penal y procesal penal que contienen-, que tales principios deben ser respetados por todo órgano o autoridad pública a la que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Este es, nada más y nada menos, el límite constitucional a las potestades sancionatorias de la administración pública.

La doctrina del Alto Tribunal, desde Cristalux (Fallos 329:1053) hasta Losicer (Fallos 325:1126) y Bonder (Fallos 336:2184) ya no permite cuestionar que el principio de culpabilidad es, en la materia, el más importante de los que se derivan del estado de derecho y su violación implica el desconocimiento de la esencia del concepto de persona y que imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor, equivale a degradar al autor a una cosa causante[16]. Rige el principio de la personalidad de la pena, ya que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la

[15] Hasta agosto de 2012 en función del Reglamento aprobado por la Resolución UIF 10/03, y a partir de entonces con la nueva 111/12.

[16] Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, parte general, Bs.As. 2000, p. 132.

acción punible le pueda ser atribuida objetiva y subjetivamente (Fallos 329:4087).

Pues bien, con vehemencia digna de mejor causa la UIF asumió, en sus resoluciones sancionatorias emitidas entre 2010 y diciembre de 2015, que no siendo de naturaleza penal las sanciones aplicadas por los órganos administrativos, se podía cuestionar el inequívoco posicionamiento del último responsable de la exégesis constitucional y desinterpretando algunas opiniones, elegidas en forma direccionada y, sobre todo, fragmentadas, cometió el despropósito de ignorar la doctrina de la Corte Suprema. Semejante tesitura se trasladó –y por lo tanto fue incomprensiblemente avalada- tanto al Decreto 1936/10 y a los artículos 20 bis y 21 bis incorporados por la Ley 26.683. Dejamos para otra oportunidad nuestra opinión sobre las Resoluciones UIF 185/13 –que modificó el efecto del recurso directo previsto por el artículo 33 de la Resolución 111/12, de suspensivo a meramente devolutivo- y 28/12 –sobre el congelamiento administrativo previsto por el último párrafo del artículo 6° de la Ley 26.734, premonitoria anticipación a su Decreto reglamentario 918/12, dictado recién cuatro meses después-.

Por su parte, la revisión judicial de las decisiones administrativas, también tuvo sus bemoles[17]. Primero porque el artículo 25 del Decreto Reglamentario 290/07[18] precisó que se trataba de un recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, llevando a que se cuestionase la viabilidad de los recursos así interpuestos, e incluso a declaraciones de inconstitucionalidad, por apartarse de la regla general de la doble instancia. Afortunadamente, el buen tino primó reafirmando la validez de la norma –que reedita los apuntados inconvenientes de la Ley- y evitando así cargar al justiciable con las inconsistencias normativas.

Pero, a grandes trazos, las sentencias de las distintas Salas de la Cámara se han mostrado reticentes a la hora de cumplir con su función trascendente de ejercer

[17] Fernández, Tadeo Leandro, "El estado actual de la jurisprudencia de la CNACAF sobre la revisión de los recursos directos frente a las sanciones de la UIF", En Letra, año IV, número 7 (2017), p. 48.
[18] B.O. 29/III/07.

el control de constitucionalidad ante el desmesurado avance de la UIF, consecuencia directa de aquella decisión del Organismo de privilegiar los hechos políticos por encima de las razones jurídicas. La estadística hasta el año 2016 demuestra que la labor de las distintas Salas, a excepción de la Sala V, revocó la mayoría de las sanciones impuestas por la UIF. En las Salas III y IV, esa mayoría fue abrumadora; la Sala V, en cambio, confirmó las cuatro en las que tuvo intervención hasta entonces[19].

Pero en lo que aquí interesa, se sostuvo con frecuencia que no podía convalidarse la aplicación indiscriminada de los principios que rigen en materia penal, y que las consecuencias o reproches por las sanciones aplicadas en la materia no trascienden de la esfera del derecho administrativo sancionador.

Resulta obvio que se impone tamizar entonces la jurisprudencia del fuero con los principios sentados por la Corte Suprema luego de la reforma constitucional del año 1994[20]. A continuación, veremos, que el fallo comentado es una señal esperanzadora en esa dirección.

4. La sentencia dejó sin efecto otra de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ingresando al tratamiento de los temas de fondo por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, puesto que el pronunciamiento recurrido, consideró, "no contiene una apreciación razonada de las constancias de la causa, que lo descalifica como un acto jurisdiccional válido, afectando las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso de los recurrentes".

4.1 Se abordan dos cuestiones diferentes, respecto de las cuales quisiéramos realizar algunos comentarios. La primera referida al plazo de prescripción de la acción para aplicar las sanciones del Capítulo IV de la ley que, antes de la reforma introducida por la Ley 26.683 en el artículo 24, no tenía previsión legal. Lamentamos que, la falta de controversia sobre el punto, entre la UIF y

[19] Fernández, op. cit., p. 62.
[20] La próxima reforma legislativa tal vez debiese reconsiderar si la instancia de revisión judicial no debiera trasladarse a un tribunal con competencia en materia penal.

los sumariados, motivase que la Corte no ingresara al análisis de este asunto puesto que, si bien resulta correcta la interpretación que considera aplicable supletoriamente el artículo 62, inciso 5° del Código Penal, no ha sido esa la opinión pacífica de la UIF entre los años 2010 y 2015. Mas importante resulta hoy fijar posición con relación al plazo de cinco años introducido por la reforma legislativa.

Antes de la especificación de los nuevos incisos 4° y 5° del artículo 24, en rigor desde el año 2007, la UIF se ocupó de sondear opiniones sobre el plazo de prescripción de la acción. Fue así que consultó al servicio jurídico de la cartera ministerial en cuya jurisdicción había sido creada por el artículo 5° del texto originario de la Ley, que consideró resultaba aplicable el plazo de dos años previsto en el Código Penal para los delitos reprimidos sólo con pena de multa, en tanto que su cómputo debía atender a las pautas fijadas por el artículo 63, id. Esto es, el plazo de prescripción comenzaría a correr a partir del vencimiento del plazo para emitir el reporte de operación sospechosa.

Fue entonces que la UIF volvió a la carga, pretendiendo se aclarase que el comienzo del cómputo del plazo de prescripción debía contarse desde que se emitía efectivamente el ROS, puesto que la omisión del sujeto obligado no podía traducirse en una ventaja a su favor. Se acudió entonces a la Procuración del Tesoro de la Nación que, en su Dictamen 083/2008 ratificó la aplicación supletoria del Código Penal. Sin embargo, se añadió –en consonancia con lo pretendido por la autoridad de aplicación- que el incumplimiento del deber de informar debía asimilarse a los delitos permanentes; por ese motivo, el comienzo del plazo debiera computarse a partir de la emisión del reporte. No obstante ello, la PTN recomendó se aclarase la cuestión por ley, lo que efectivamente ocurrió tres años después, en la oportunidad de la Ley 26.683.

Diversos precedentes de las distintas Salas tomaron sobre este último tema posiciones diferentes, a saber: el deber de informar tiene el carácter de permanente; el incumplimiento deber de informar es instantáneo, configurándose en el momento de la operación; independientemente del carácter de la infracción, los actuados en sede administrativa interrumpen la

prescripción, y el incumplimiento del deber de informar es instantáneo, configurándose al vencimiento del plazo legal establecido como límite para su reporte[21].

Desde la perspectiva del Derecho Penal, pareciera quedar más allá de cualquier ponderación el siguiente punto de partida, refrendado incluso por los principios de la lógica formal. Tanto delitos como infracciones administrativas, en cuanto especies del género infracciones, guardan entre sí una relación de gravedad respecto, no sólo de los diferentes bienes jurídicos protegidos por unos y otros sino, además, por la magnitud de su afectación, que se resuelve en favor de los primeros ya que su tipificación constituye la "*última ratio*" del ordenamiento jurídico[22]. El carácter disvalioso de cierto hecho necesita de la proporcionalidad para indicar el diferente disvalor de los hechos desaprobados entre sí[23].

Por manera que carece de sentido pretender que una infracción administrativa tenga un plazo de prescripción superior al de un delito reprimido sólo con una sanción equivalente. Vale recordar, que se tienen muy presentes las sustanciales diferencias entre la multa penal y la administrativa, que en nada afectan esta premisa[24].

A su vez, resulta claro que la infracción es de consumación instantánea puesto que, siendo de pura actividad, se consuma con la simple omisión de la conducta debida, sin que se requiera resultado alguno. Los eventuales efectos permanentes de la conducta tampoco afectan esta afirmación ya que al ser instantánea la lesión del bien jurídico, su permanencia temporal es independiente de la voluntad del sujeto.

---

[21] Fernández, Tadeo Leandro, "Sobre la permanencia del deber de informar y la prescripción para aplicar las sanciones", Prevenciondelavado.com > Legislación y Noticias > Opinión y Noticias > 04/08/2015.

[22] Righi, Esteban, "Teoría de la Pena", Bs. As. 2001, p. 176, nota 12, aclara que la distinción entre injusto criminal y administrativo no es cualitativa sino simplemente cuantitativa.

[23] Ziffer, Patricia S. "Lineamientos de la determinación de la Pena", Bs. As. 1996, p. 120.

[24] D'Albora (h), "Lavado de Dinero y Régimen Penal Administrativo" cit., p. 106.

Por eso creemos que, en lo que hace a la situación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 26.683, resulta aplicable en forma supletoria el plazo bienal previsto por el artículo 62, inciso 5° del Código Penal, tesitura aceptada implícitamente en el Considerando 5° del fallo.

Y a partir de la reforma, no obstante que el inciso 4° del artículo 24 de la Ley fija ahora un plazo de prescripción de cinco años –al igual que para la ejecución de la multa-, habrá que ver si el Alto Tribunal convalida la compatibilidad constitucional del texto legal. Es que su pacífica doctrina, reiterada a lo largo de los años, fulmina así las sanciones que no guardan relación con el contenido de injusto de las infracciones, lo que reedita la discusión primigenia y, por lo tanto, se resuelve del mismo modo, tanto para la acción como para su ejecución[25]. Es que la sanción, al igual que el plazo de prescripción de la acción para imponerla, debe individualizarse en forma proporcional a la magnitud del injusto y la culpabilidad del autor[26].

Por eso la Corte Suprema exige que los jueces siempre ponderen, aún en los casos de delitos de peligro abstracto, que exista proporcionalidad entre el instrumento normativo sancionador y las finalidades preventivas (Fallos, 321:3103). Sobre la base de esa vinculación axiológica, habrá de verificarse si existe correlación entre sanción y bien jurídico (Fallos 318:207) y la existencia de un nexo causal entre la conducta y el fin que se persigue resguardar (Fallos, 313:1333, considerando 13)[27].

4.2 Por otro lado, los actos interruptivos del curso de la prescripción de la acción, que el nuevo inciso 5° del artículo 24 limita a la notificación del acto que disponga la apertura de la instrucción sumarial y a la notificación del acto administrativo que la impone, también tuvieron antes de la reforma, una interpretación extensiva incompatible con los límites que deben resultar de un estado constitucional de derecho.

---

[25] El Código Penal establece en su artículo 65, inciso 4°, que la pena de multa prescribe a los dos años.
[26] Righi, op. cit., p. 223.
[27] Yacobucci, Guillermo J., "El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal", http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067.

El fundamento común a toda prescripción es la irracionalidad concreta de la sanción, sea la impuesta o la conminada, no porque antes fuera racional, sino porque el transcurso del tiempo pone de manifiesto una mayor crisis de racionalidad[28] .

Con la imprecisa fórmula de "actos que trasuntan una clara voluntad impulsora del procedimiento sumarial", la UIF pretendió –y la revisión judicial toleró- que prácticamente cualquier diligencia o providencia de mero trámite –como, por ejemplo, la que dispuso fotocopiar actuaciones para su remisión al Ministerio Público, o los pases de una dependencia a otra, o el libramiento de oficios- surtiese efecto interruptivo. Es como si se hubiese querido replicar aquí las dificultades que generó la expresión "secuela de juicio" que introdujo al Código Penal la Ley 13.569. Malinterpretada, implicaría vincular la potestad represiva al trámite más insignificante y, en consecuencia, a la virtual desaparición del instituto.

Al establecerse taxativamente los actos procesales que interrumpen el curso de la prescripción se acotó, prácticamente, la discusión al respecto y lo mismo debiera ocurrir con el referido inciso 5° del artículo 24 de la Ley. La interrupción de la prescripción vuelve inocuo el plazo transcurrido, a partir de la medianoche del día en que se produjo alguna de las causales previstas, en tanto el plazo esté corriendo y no haya fenecido, y se reinicia su curso a partir del comienzo del día siguiente.

Como el decisorio versa sobre hechos anteriores a la Ley 26.683 y, además, en el caso tanto la UIF como la Cámara postulaban el criterio amplio de la "clara voluntad impulsora del procedimiento sumarial" de diversos actos y diligencias realizados en sede administrativa, para llamarlo de algún modo, el único sentido del extenso Considerando 7°, que asume el esfuerzo de detallar cada una de las diligencias -identificadas en ambos decisorios sólo por la cita de fojas-, sin que resultase necesario para la solución propiciada en el Considerando 8°, pareciera estar dirigido a poner de resalto el despropósito de semejante concepción.

[28] Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. cit., p. 844.

Por eso creemos que la doctrina del fallo, adosada al cambio de paradigma anunciado por las nuevas autoridades de la UIF[29], que se evidencia en las distintas Resoluciones dictadas desde su asunción, permite alentar una aplicación de la Ley 25.246 más acorde con la Constitución Nacional, a la espera de una nueva reforma, integral y superadora.

[29] Muy especialmente la nueva Resolución 30 – E/2017, B.O. 21/VI/17.