

LAVADO DE DINERO, CORRUPCIÓN Y LA LLAMADA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA.

Por Francisco J. D'Albora (h).

Antecedentes.

La lucha global contra el lavado de activos es una de las formas más idóneas para combatir a la corrupción en particular y al crimen organizado en general; el primer esbozo que pretende contraponer una suerte de legalidad organizada al crimen organizado, la utopía romántica resignificante del derecho penal. Se trata de evitar, o al menos dificultar, la utilización segura del producto del delito y para ello, se ha considerado útil desarrollar reglas de prevención y control con validez universal.

Desde el punto de vista jurídico esto se aborda desde dos frentes diferentes pero complementarios: penal y administrativo. Con el derecho penal convirtiendo en delito el lavado de activos, con el objeto de castigar a los partícipes con sanciones de naturaleza penal; y con el derecho administrativo creando reglas de prevención y control con el objeto de evitar que el dinero del delito ingrese a los circuitos financieros y se mezcle y confunda con el dinero de origen lícito.

El hito fundacional de la lucha global contra el lavado de dinero es la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) en 1989, por parte de los miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE/OECD).

En abril de 1990 presentó la primera versión de su documento principal, las 40 Recomendaciones, que se convirtió sin demora en la fuente de las leyes anti lavado de la mayoría de los países del mundo. Son un conjunto de reglas para prevenir y evitar el lavado y propuestas básicas para crear el delito de lavado de

dinero, actualizadas permanentemente hasta hoy¹, que incluyen todas las novedades que se van presentando. La Convención ONU PALERMO 2000 contra el Crimen Organizado incorporó en materia de lavado de dinero los ejes centrales de las 40 Recomendaciones.

GAFI es, a nuestro ver, la mayor concentración de poder sobre la tierra e impone y controla el cumplimiento de sus recomendaciones. La Argentina tiene el privilegio de ser miembro pleno de GAFI desde 2000 y es, además, miembro fundador y sede del antiguo GAFISUD, actual GAFILAT; para ello, en mayo de 2000 se promulgó la Ley 25.246² que cubre, en lo formal, ambos frentes de control de conformidad con las 40 Recomendaciones.

El delito de lavado de activos creado por dicha norma en el artículo 278 CP mantuvo su vigencia hasta junio de 2011, en que la reforma operada por Ley 26.683³ lo derogó y reemplazó por el actual artículo 303. Pero las distintas herramientas penales creadas en el país para hacer frente a un fenómeno tan complejo como el lavado de dinero han sido groseramente inadecuadas.

Esto fue señalado por GAFI en la segunda evaluación mutua en 2003 y en la tercera en 2010⁴, circunstancia que originó la reforma operada por Ley 26.683, que tampoco viene dando resultados desde esta perspectiva.

Sin embargo, el eje central de las recomendaciones pasa por las reglas administrativas de prevención y control. Estas tienen como presupuesto admitir la intromisión del estado en la vida de las personas hasta el último límite que tolera el principio de

¹ La versión actualizada puede verse en español en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_nuevas_40_recomendaciones_gafi_febrero_2012.pdf

² B.O. 10/V/00.

³ B.O. 21/VI/11

⁴<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomesofthefatfplenarymeetingparis20-22october2010.html>.

reserva consagrado por el art. 19 CN y, además, la necesidad de convocar a terceros para complementar las funciones estatales de control.

Si se aceptan estas premisas, el sistema permite auspiciar un resultado considerablemente alentador. En este aspecto, se advierte la utilidad del grupo EGMONT, del que la UIF argentina es miembro y que coadyuva a la obtención de información ubicada en el extranjero.

La actualidad.

Sin embargo, la situación actual por la que atraviesa nuestro país con respecto a la relación entre la corrupción y el lavado de dinero permite destacar algunas circunstancias que, en nuestra opinión, llevan a privilegiar la eficacia -en el caso concreto- de las imperfectas herramientas penales por encima de las normas de prevención y control administrativo.

En primer lugar, no puede dudarse siquiera en cuanto a que el dinero que se lava en la argentina proviene muy mayoritariamente de la corrupción. Ello, sin perjuicio del aporte de otros delitos como el narcotráfico, cada vez con mayor presencia y permanencia local. Cuesta creer que la gestión anterior de gobierno insistiera con tanta vehemencia en que sólo se lavaba dinero de la evasión tributaria.

La realidad evidencia no sólo las características actuales del lavado del dinero producto de la corrupción, sino también el efecto negativo que genera en la sociedad la sensación de impunidad y la certeza, casi, de que el castigo penal o no llega o lo hace tarde y mal. El programa JUSTICIA 2020 trabaja con intensidad, aunque no siempre con precisión técnica, para paliar dicho efecto, en una apremiante reformulación legislativa. El proyecto de ley, actualmente con media sanción y a estudio del Senado, es un buen ejemplo de ello.

A nuestro modo de ver, la solución está en el Código Penal desde junio del año 2011. En efecto, la

Ley 26.683 reformuló el delito de lavado de dinero, que en el actual art. 303 -convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado- admite a todos los delitos de nuestro ordenamiento jurídico como ilícitos precedentes, incluso sin que se hubiese dictado sentencia condenatoria, incluyendo, obviamente, todos los tipos penales asociados a la corrupción del Título XI del Libro Segundo que, como todos sabemos, protege a la Administración Pública.

Y en tanto hay delito de lavado de dinero procedente de la "corrupción" en general, cobra importancia superlativa el instituto denominado "decomiso sin condena", incorporado al CP por el art. 305 la misma reforma, para el lavado de dinero proveniente de ilícitos penales. Tan sencillo y claro como que tiene cinco años de vigencia la norma que habilita a decomisar, sin necesidad de condena por el delito precedente, el objeto material de la corrupción.

Y si bien la figura del arrepentido fue incluida en la ley de lavado en la misma reforma, en el art. 31, la muy nueva Ley del arrepentido 27.304⁵, lo reitera en su art. 1º, inciso i) -motivo por el cual la misma ley deroga en su art. 17 al referido art. 31 de la Ley 25.246-, y amplía su vigencia, entre otros, a buena parte de los delitos contra la administración pública, en el inciso h).

Para completar el arsenal estatal en esta materia, existe un fallo que fundamenta, con impecable solidez jurídica, la imprescriptibilidad de los delitos tipificados en los arts. 256 a 268 CP, en cuanto establecen las penas para los delitos constitucionales -en palabras de Bidart Campos- contemplados por el art. 36 CN, párrafo quinto, referidos a los delitos de corrupción de carácter grave, que conllevan enriquecimiento, en relación a lo dispuesto por el artículo 6º de la Convención

⁵ B.O. 2/XI/16.

Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759^{6.7.}

La recuperación del producto del delito precedente –rectius: botín- debiera considerarse, junto con el criterio de imprescriptibilidad de los delitos graves de corrupción que conllevan enriquecimiento, como piedra angular de la protección penal del interés público en nuestros días. Según se ve, la prevención y el control del lavado de dinero generado por la corrupción constituye, en esta instancia, el último resguardo de la sociedad para responder al menoscabo de sus intereses.

El arrepentido como herramienta jurídica.

En líneas generales, la figura del “arrepentido” alude a quien, luego de cometer un delito, revela a la autoridad la identidad de sus cómplices o indica dónde están los frutos del ilícito.

Los antecedentes históricos de la figura en cuestión y sus distintas alternativas no son novedosos. La exigencia social dirigida a evitar que determinados delitos queden impunes presentó sus primeros resultados en el denominado Consejo de los Diez, en la Venecia de los siglos XIII al XVII, en el Santo Oficio español y la inquisición Francesa.

En realidad, el “arrepentido” puede arrepentirse o no, pues lo que busca es una pena menor o eximirse de ella; pretende, en definitiva, mejorar su situación delatando. Difícilmente se trate de un acto unilateral, sino de un acuerdo en virtud del cual: el fiscal pide una pena menor o acusa por un delito menor (sistema corriente en los estados unidos); el tribunal se compromete a aplicar una pena menor; la ley faculta al juez a rebajar la escala penal o la pena, y aún eximir de ella, o la ley crea una nueva escala de aplicación

⁶ Promulgada de hecho el 13/I/97.

⁷ Cámara Federal de La Plata, Sala II, “Miralles” FLP 3290/2005/ca1, resuelta 6/X/16.

obligatoria, motivo por el cual puede no haber convenio previo.

A lo largo del desarrollo del pensamiento jurídico, al presentarse inconvenientes similares, se plantean las mismas soluciones. Por ese motivo, los delitos susceptibles de afectar el interés social conducen en la actualidad a la misma disyuntiva; los distintos sistemas presentados por el derecho comparado tienen sólo diferencias de matices.

En doctrina se ha cuestionado la utilización del instituto -también del agente encubierto- porque se nota un peligro cierto para las garantías y el estado de derecho. No obstante, su utilización adquiere cada vez mayor entidad.

Ferrajoli señalaba "...La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal pre moderna, además de en la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y métodos de intervención que son típicos de la actividad de la policía..."⁸.

Ya Beccaría⁹ sostenía en 1764: "...ciertos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de un delito grave que descubra a sus compañeros. este expediente ofrece inconvenientes y ventajas. los inconvenientes consisten en que la nación autoriza así la traición, detestable hasta entre los malhechores...las ventajas consisten en que previenen delitos de importancia, que atemorizan al pueblo cuando son evidentes sus efectos a la vez que sus autores quedan ocultos...pero en vano me atormento a mí mismo para destruir el remordimiento que siento al autorizar en las

⁸ Derecho y razón, Madrid, 1995, p. 807.

⁹ De los delitos y las penas, parágrafo xiv "atentados, cómplices, impunidad", bs. as. 1958, p. 145.

leyes sacrosantas, monumento de la confianza pública y base de la moral humana, el disimulo y la traición...”.

Antecedentes legales.

En nuestro país, estas cuestiones o, en su caso, la presión internacional, han tenido significativa relevancia tanto la sanción de las Leyes 24.424 (1995, modificatoria de la 23.737), 25.241 (2000) y 26.683 (2011), o en la anterior reforma al Código Penal incorporando el artículo 41 ter en la Ley 26.364 (2008, acotada a los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 CP).

En general, todas ellas –hoy derogadas por la Ley 27.304- contemplaban diferencias en cuanto las alternativas para acotar las penas de los delitos imputados, los mecanismos para obtener sus beneficios, la etapa procesal en la que precluía la posibilidad de plantarlo y las sanciones para el caso en que la información fuese maliciosa o falsa.

Cabe iterar, que desde la reforma operada a la Ley de lavado de dinero por la Ley 26.683, que incorporó las alternativas de la Ley 25.241 al art. 31 de la Ley 25.246, la dimensión del instituto en nuestro derecho positivo se incrementó significativamente.

Es que al admitirse como delitos precedentes a la totalidad de las tipificaciones vigentes, sin necesidad de condena previa, en la fórmula del art. 303 que, además admite el auto lavado, las acciones típicas de lavado respecto del producto –objeto material- de cualquier delito determinante, resultaba compatible con la figura del arrepentido.

En definitiva, las vicisitudes de la coyuntura local, llevaron en octubre de 2016 a la sanción de la Ley 27.304 que volvió a modificar el art. 41 ter, ampliando la nómina de delitos que admiten la figura del arrepentido, ahora sin necesidad de analizar la existencia de actos de lavado –narcotráfico, contrabando, finalidad terrorista, asociaciones ilícitas,

delitos contra la administración pública, defraudación en perjuicio de alguna administración pública y los del Título XIII-.

La reducción es a la escala de la tentativa: art. 44 de un tercio a la mitad; procede hasta el auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o equivalente. Se tiene en cuenta a los fines de la libertad provisoria y se excluyen funcionarios y delitos de lesa humanidad.

El acuerdo de colaboración será por escrito entre el Fiscal y el arrepentido y su defensor, y debe ser homologado por el Juez en audiencia convocada al efecto. Se controla hasta un año después de acordado y se suspende la prescripción de la acción penal y no puede fundarse la sentencia condenatoria sólo en los dichos del arrepentido.

La Convención de la OCDE.

La Argentina aprobó por Ley 25.319 en octubre del 2000 la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE -diciembre de 1997-, que entró en vigor el 9/IV/01. La Ley 25.825¹⁰ tipificó el soborno transnacional activo en el art. 258 bis CP.

Estamos en la Fase 3 bis de implementación y se debe informar sus avances al Grupo de Trabajo en octubre 2017 y, en marzo 2018 y marzo 2019, sobre la implementación final de todas las recomendaciones.

El proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria.

El 20 de octubre de 2016, mediante el Mensaje n° 127, el PEN envió al Congreso el proyecto de ley tendiente a establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos contra la

¹⁰ BO 11/XII/03.

administración pública y por cohecho transnacional del art. 258 bis.

Su tratamiento en diputados generó intensas discusiones, obtuvo media sanción –luego de importantes modificaciones- y el 14 de julio de 2017 ingresó al Senado, donde continúa siendo analizado, manteniéndose la intensidad del debate.

En lo que aquí interesa, los arts. 20 a 27 abordan la figura del colaborador eficaz, sucedáneo del arrepentido para las personas jurídicas.

Se instrumenta mediante un acuerdo de colaboración eficaz, por escrito, entre el ministerio público fiscal y el representante legal de la persona jurídica y su defensor, hasta la citación a juicio y es confidencial en los términos de los arts. 156 y 157 CP.

Se fijan precisiones sobre su contenido en el art. 22, incluyendo la suspensión de la persecución penal para la persona jurídica y la implementación de un programa de integridad, condiciones que pueden mantenerse hasta tres años.

Se presenta ante el Juez quien decide su aprobación o rechazo, a partir de lo cual adquiere carácter público y si es rechazado no puede utilizarse la prueba aportada. Es revocable por la comisión de otro delito y en tal caso continúa el proceso.

Este proyecto de ley, con media sanción, y que apunta a establecer la denominada responsabilidad penal empresaria se presenta como un estándar de cumplimiento exigido por la OCDE en función de nuestra ratificación legal a la convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Será realmente así?

Las vicisitudes de la fase tres bis estrechan el margen para culminar dicho cometido, y se relacionan

directamente con la voluntad política de ser admitidos como miembro de la OCDE.

Ya anticipamos que la Convención apunta a globalizar la lucha contra la corrupción, tanto en la faz preventiva como represiva y en los ámbitos público y privado, muy especialmente cuando involucra a empresas y a funcionarios públicos extranjeros. Se imponen estrictas pautas de control tributario y contable para los movimientos financieros de las entidades.

Pretende penalizar, aplicando sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, a las personas, humanas o jurídicas, que procuren corromper funcionarios públicos extranjeros para beneficiarse económicamente. Además, establecer la jurisdicción de los tribunales nacionales para juzgar hechos cometidos en el extranjero y propender a la cooperación internacional en la materia.

Respecto de las personas jurídicas, el art. 2 de la Convención dice: "cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero".

Añade el art. 3: "en el caso de que, conforme al régimen jurídico de una parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros".

En definitiva, no exige responsabilidad de naturaleza penal para las personas jurídicas. y el art. 1º del proyecto la establece para todos los delitos!!

Subsisten todas las objeciones dogmáticas para avanzar en tal sentido, tanto localmente como en el

derecho comparado. No obstante, en los últimos años, la dogmática cede ante la presión internacional. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra hoy prácticamente generalizada en el ámbito del derecho penal de los estados miembros de la Unión Europea.

La contemplan expresamente los códigos penales de España, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Finlandia, Holanda, Portugal y Suecia. Italia la denomina responsabilidad administrativa, pero es asignada por delitos. Por su parte, Alemania, mantiene un severo régimen de responsabilidad administrativa.

La Argentina debiera apuntar a un sistema como el español, modificado por la Ley 1 del 2015, que en sus arts. 31 bis al 31 quinquies estableció un sistema de responsabilidad directa, aclarando en la exposición de motivos que, aunque subsisten los reparos dogmáticos, se tomó la decisión para cumplir con los requerimientos internacionales.

El proyecto introduce el cumplimiento del convenio de colaboración eficaz, que ni siquiera menciona la Convención, como una causal de extinción de la acción penal (art. 5º). La consideración del tema por parte de la opinión pública se enmarca en la repercusión internacional que viene teniendo el instituto de la delación premiada en la región.

El proyecto retoca el ámbito de aplicación espacial del CP, agregando al art. 1º un inciso 3º para los delitos previstos por el art. 258 bis cometidos en el extranjero.

Resultaba innecesario ante el principio real o de defensa consagrado por el inc. 1º "por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la nación argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción". Al incorporar la convención a nuestro ordenamiento jurídico por su ratificación legal, el cohecho al servidor público

extranjero, cometido fuera del territorio, produce efectos que la Argentina se comprometió a castigar.

Otras objeciones técnicas.

Se incrementan las penas de delitos contra la administración pública de sujeto activo especial "funcionario público", fijando máximos que no guardan relación con el contenido de injusto de cada conducta, lo que los torna inconstitucionales.

El art. 37 declara imprescriptibles a algunos delitos contra la administración pública y el patrimonio oficial. Ello afecta el principio del plazo razonable, incorporado al texto constitucional en el art. 75, inc. 22, CN, por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sólo quedan afuera los delitos contemplados por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los de Lesa Humanidad de 1968, aprobada por Ley 24.584¹¹.

En definitiva, el proyecto desinterpreta las obligaciones surgidas de la convención. La situación del país en la fase tres bis es consecuencia de la incapacidad técnica para exponer con precisión las características de nuestro ordenamiento jurídico que ya cuenta con la mayoría de las obligaciones incorporadas. Evidencia la postura minoritaria de sus autores frente a la naturaleza de las sanciones aplicables a las personas jurídicas y, si de seguir la corriente internacional se tratase, resultaría tan correcto como sensato, seguir al modelo español.

¹¹ B.O. 23/XI/95.