



COLEGIO DE GRADUADOS EN CIENCIAS ECONOMICAS

128 años al servicio de la profesión (1891-2019)

XLIX JORNADAS TRIBUTARIAS

CIUDAD DE MAR DEL PLATA, 27, 28 Y 29 DE NOVIEMBRE DE 2019

COMISIÓN Nº 2: EVASIÓN FISCAL Y LAVADO DE ACTIVOS.

Presidente: Dr. Daniel G. Pérez

Relator: Dr. Sergio Armando Simesen de Bielke

Secretaria: Dra. Liliana Molas

DIRECTIVAS DE RELATORÍA

1. Introducción

Las ya tradicionales Jornadas Tributarias, este año en su versión Nº 49 (las más antiguas en esta materia) nos lanzan al desafío de analizar metodológicamente dos delitos que tienen una marcada influencia en las sociedades del Siglo XXI y que, seguramente, bajo nuevas circunstancias sociológicas y políticas marcarán situaciones complejas y distintas en los años venideros.

Es verdaderamente un desafío para nosotros y para todos aquellos que participarán en esta comisión, -ya sea como panelistas o autores de trabajos- el desarrollo y profundización de los temas, partir de las dificultades que se plantean tanto dogmática como conductualmente. Esto obviamente plantea una tarea por lo demás compleja, pero a la vez prometedora.

Estos eventos científicos y, en especial, nuestras Jornadas Tributarias ya cercanas a cumplir medio siglo, aceptarán el desafío de los temas que se someten a consideración.

El tema fondal ya ha quedado descripto en el título:

Evasión fiscal y lavado de activos

Como vamos a abordar dos delitos de singular identificación dogmática y tratamiento y como veremos en el desarrollo propedéutico se han marcado particularidades o subtemas para abordar esta cuestión de fondo:

- Naturaleza y características esenciales de cada delito
- Conductas exteriorizadas. Tipificación de delitos
- Responsabilidad de las personas jurídicas y otros entes. Vinculación entre la Ley 27.401 y los delitos de evasión y lavado.
- Incorporación de la punición de la persona jurídica en el proyecto de reforma del código penal 2019.
- Responsabilidades profesionales. El rol de las entidades profesionales en la defensa de los matriculados

Estas Jornadas han sido prolíficas en el análisis del derecho penal tributario, abordando el delito de evasión en el marco de las leyes 23.771, 24769 y también la reforma del 2011 por la ley 26.735. Un resumen de dichos tratamientos se puede localizar entre otras: Como una avanzada en el tema, en las VII Jornadas celebradas en el año 1977 se trató el tema: “Evasión Tributaria”. A partir de allí se suceden distintas ediciones donde los temas abordados se referían a los delitos tributarios: XVII Jornadas (1987) “Régimen de Sanción: Leyes 11683 y 24769 y otras disposiciones nacionales”; XX Jornadas (1990): Régimen Penal Tributario: La Responsabilidad del Profesional en Ciencias Económicas; XXIII Jornadas (1993): “Derechos de Defensa del Contribuyente”; XXVIII Jornada (1998): “El rol del Contador Público en la Relación Fisco – Contribuyente”; XXXVII Jornada (2007): “Responsabilidad profesional en la Ley Penal Tributaria”; XL Jornada (2010): “Análisis crítico de aspectos relativos al Régimen Penal Tributario y Previsional”; XLII Jornada (2012) “Análisis Crítico de la Ley Penal Tributaria” y la más reciente en las XLVII Jornadas del año 2017 en el que se trató el tema desde la óptica: “Ley Penal Tributaria. Análisis crítico y Propuestas de Reforma”

Quiere decir que el delito penal tributario se ha tratado abundantemente en este espacio académico, por lo que, en esta oportunidad y respecto del delito de “evasión” profundizaremos en los aspectos de la reforma producida por la Ley N° 27.430 y la elevación a la Cámara Alta del proyecto de Código Penal de este año 2019

2. Propedéutica. Algunos aspectos destacables en el tratamiento de los delitos económicos. Historia y evolución.

Lo que ha despertado nuevamente nuestra atención en lo que hace al tratamiento de los delitos económicos como meta (toda investigación científica comienza por la duda) es la búsqueda permanente en crear nuevos tipos penales, de cambiar

parámetros y principios y de elaborar, suprimir o reeditar procedimientos, casi en forma constante.

Incluso, advertimos que, ciertas conductas criminalizadas por los ordenamientos penales (y en especial ordenamientos que castigan delitos económicos o tributarios), distan de congeniar con lo que concebimos como una óptica metodológica desde la sociología jurídica; y es más, nos atrevemos a subrayar nuestra inclinación a pensar en toda una visión diferente del derecho penal (sobre todo el tributario) desde ese lugar. Esto –obviamente- es lo que va a requerir en este marco, por su dimensión, un enorme esfuerzo investigativo.

Como un punto importante de partida, es de hacer notar, las diferencias básicas que existen entre las reglas que sigue una persona en una sociedad moderna y las reglas que eran parámetro en las sociedades primitivas.

Ante todo, el derecho moderno tiene por lo menos dos características que son distintas al sistema de reglas que regían las relaciones en el interior de una sociedad primitiva. La primera característica distintiva de las reglas del derecho moderno es que ellas no son necesariamente el resultado de sentidos de conveniencia amplia y espontáneamente compartidos al interior del grupo.

El derecho moderno tiene la posibilidad de que las normas sean dictadas, de modo que los contenidos de las normas jurídicas de derecho pueden ser absolutamente aleatorios. Lo que es válido hoy, puede dejar de ser válido mañana. A lo que estamos obligados hoy, puede llegar a estar prohibido mañana. En una sociedad primitiva es inconcebible esta fungibilidad de las obligaciones jurídicas. En una sociedad primitiva no existen autoridades que puedan cambiar las normas vigentes. La existencia de un diario oficial en que son publicadas las leyes resulta inimaginable para el hombre primitivo. Las normas valen en tanto corresponden a nociones generalizadas de deber. En otras palabras, la noción de que haya una autoridad facultada para dictar leyes es de origen relativamente moderno. En una sociedad primitiva, el contenido del derecho no se diferencia sustancialmente del contenido de la moral reconocida por la comunidad.

La segunda diferencia del derecho moderno consiste en que estas normas no sólo son fungibles, vale decir, cambiables, sino que además, están respaldadas por un aparato coactivo externo organizado.

Los dos caracteres distintivos de este derecho respecto del orden social primitivo hacen que el derecho moderno sea extremadamente más formal que el sistema de reglas que rigen en una sociedad primitiva. La existencia de procedimientos para generar nuevas reglas o cambiar las existentes otorga al derecho una gran plasticidad y dinamismo. Ya no es necesario que las costumbres evolucionen para que una norma sea sustituida. Basta que el legislador la derogue y dicte una norma nueva. Un cambio de similar magnitud ocurre con las sanciones. Estas son aplicadas institucionalmente a través de la administración y la justicia y ejecutadas coactivamente por órganos estables, lo que asegura la teórica imparcialidad del derecho.

Ahora bien, esto hace que los criterios de licitud e ilicitud puedan ser muy distintos en el derecho moderno y en una sociedad simple.

El criterio de ilicitud en una sociedad primitiva está necesariamente vinculado a una opinión general acerca de lo que es lícito y de lo que es ilícito. No es ese sentido inmediato de ilicitud lo que necesariamente constituye lo ilícito jurídico.

El ilícito jurídico está, en muchas ocasiones, constituido simplemente por actos de autoridad. Tales actos de autoridad hacen que conductas que hasta un momento habían sido consideradas lícitas, pasen a ser consideradas ilícitas. Los contenidos del derecho son fungibles. Como dice MAX WEBER (probablemente el más destacado sociólogo de este siglo)¹, la creación del derecho pasa a ser una función eminentemente burocrática; por supuesto en la forma que Weber utiliza el concepto de "burocracia". Mientras que en las sociedades primitivas son las tradiciones las que tienen fuerza obligatoria, en la sociedad moderna el derecho se burocratiza.

El dictado de normas pasa a ser objeto de procedimientos especiales de elección y toma de decisión. Hay jueces burócratas; hay jueces que forman parte del estado y que tienen la ocupación, precisamente, de cuidar que el derecho se cumpla. Ese es el núcleo de la influyente teoría de MAX WEBER acerca del derecho moderno.

Este cambio de concepción del derecho, radical en la manera de obtener una regulación al interior de la sociedad, plantea interrogantes muy serios acerca de las relaciones entre derecho y moral. En una sociedad primitiva, el derecho y la moral están extremadamente unidos: lo que es jurídicamente reprobable de una manera u otra es también moralmente reprobable. O al revés: se aplican sanciones públicas a quienes violan cánones morales básicos. Lo jurídicamente reprobable es aquello que, de acuerdo con los usos y costumbres, altera las relaciones sociales básicas principalmente de reciprocidad.

En una sociedad moderna, por el contrario, muchísimas de las normas que rigen las relaciones jurídicas entre los sujetos no corresponden a este sentido general de ilicitud.

No dejamos de observar y poner de resalto que –en algunos casos- no existe coincidencia y más decir, existe conflicto entre la evolución sociológica del ilícito tributario y la norma penal en cuestión.

¹ Todo el seguimiento y expresión de las ideas de MAX WEBER, han sido extraídas del análisis de sus obras y de las de sus seguidores. Fundamentalmente acudimos a: "Conceptos sociológicos fundamentales", de Max Weber, traducido sobre la edición de Johannes Winckelmann: Max Weber, "*Soziologische Grundbegriffe*", Alianza Editorial SA, Madrid 2006; "Max Weber. Principales dimensiones de su obra" de Stephen Kalberg, Prometeo Libros, Buenos Aires 2008; "Teorías Sociológicas. Introducción a los clásicos" Coordinador Roberto Von Sprecher, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina, 2010

En el fondo, habiéndose transformado muchas reglas del derecho en instrumentos técnicos de regulación de la conducta, se ha debilitado la íntima relación entre el derecho y la moral. La relación, que en una sociedad simple aparece como evidente, pasa a ser relativizada, porque buena parte de lo que es considerado ilícito jurídicamente es, desde el punto de vista moral, absolutamente indiferente.

El problema básico que se suscita a este respecto en el derecho moderno, se puede expresar en una antigua distinción que en la tradición penal ha sido especialmente fértil, cual es la distinción entre la *“mala in se”* y la *“mala prohibitum”*.

De acuerdo con la tradición, con los usos y con los cánones morales generales - para no adentrarnos en demasía en el problema filosófico de si son esencialmente correctas o no-, hay ciertas acciones que son consideradas malas, rechazables o ilícitas. Las normas que castigan los delitos básicos contra la propiedad –por ejemplo- responden a sentidos básicos e imprescindibles de conveniencia, sin los cuales la vida en común sería francamente imposible.

De una u otra manera se tendrá que convenir que, esas reglas corresponden a las bases esenciales de la convivencia social. Dichas reglas, que constituyen el núcleo central del derecho penal clásico, tienen un profundo trasfondo moral, por la sencilla razón de que corresponden aproximadamente al sentimiento o sentido general de ilicitud, por un lado, y por el otro, tienen tal importancia que es muy difícil imaginarse la vida en sociedad si no se sancionan esas conductas.

Es difícil imaginarse la vida en sociedad si no se castiga el homicidio, y es bien difícil imaginarse –también- un orden social (por lo menos el que conocemos) si no se castiga el hurto, el robo o la violación. Estas reglas corresponden a lo que podríamos llamar las condiciones básicas para que cualquier ordenamiento social sea posible. Estas reglas no corresponden, por el contrario, a lo que podríamos llamar el propósito deliberado de alguien que las haya creado.

Pensar que fue el legislador penal quien "inventó" el homicidio no corresponde a la realidad; e incluso, tampoco corresponde seguramente a lo que ha sido la doctrina penal. Sospechamos que la dogmática penal de estos delitos básicos también recoge lo que es el sentido común generalizado acerca de la ilicitud.

Distinto parece ser el caso de los ilícitos respecto de ciertas regulaciones, especialmente enmarcadas en el campo de la economía; es decir los ilícitos económicos. Las normas establecen regulaciones que determinan prohibiciones o imperativos que muchas veces corresponden a objetivos macroeconómicos que, sólo son comprendidos por no iniciados. El sujeto pasivo de la regulación sólo sabe por el Boletín Oficial o a través de un mero acto administrativo que tiene que proceder a un cumplimiento sustancial o formal, a un determinado régimen información, que es sometido a una prohibición o a un control; y así sucesivamente.

La ampliación de la actividad reguladora del estado produce, de este modo, la extensión de la *“mala prohibitum”* hasta un límite en que es muy difícil establecer

una relación general, desde un punto de vista de los contenidos normativos, entre el derecho y la moral.

Con lo dicho tenemos un primer punto de apoyo para explicar las relaciones entre el derecho y la moral. Hemos visto que buena parte de las reglas de derecho moderno tienen la forma de regulaciones, cuyo sentido normativo se agota en la mera circunstancia de provenir de una autoridad dotada de la competencia suficiente para dictar la respectiva prescripción de conducta.

Es mérito de autores como Max Weber, Hans Kelsen o Niklas Luhmann haber percibido esta característica del derecho moderno, que adquiere un carácter altamente formalizado, predominantemente técnico. En tal sentido, estos autores están en lo cierto, al afirmar que la sociedad moderna se caracteriza por la diferenciación del derecho y la moral como sistemas de reglas independientes entre sí. El trasfondo de esta tesis consiste en la afirmación de que las consideraciones de índole moral son irrelevantes para la comprensión del derecho.

Pero bueno, más allá de estas cuestiones filosóficas y sociológicas nuestro trabajo tiene que abordar los tipos penales establecidos en el código penal y –por ahora– en régimen penal tributario, analizando la naturaleza y características esenciales de cada delito, teniendo en cuenta la dinámica y la alterabilidad de las conductas tipificadas.

2.1. El derecho penal en los delitos económicos

Tradicionalmente se ha sostenido, que el Derecho Penal debe considerarse como la última instancia a recurrir frente a las conductas antijurídicas y su necesaria corrección; esto es, para esta concepción, el Derecho Penal debiera ser el último instrumento al que se apela socialmente para la protección de determinados bienes jurídicos siempre que no se pudieren aplicar otras formas de protección o control menos lesivas.

Sin embargo, es dable observar que, se ha ido produciendo una suerte de ensanchamiento del Derecho Penal, cual si constituyera la herramienta más adecuada para crear la conciencia de cumplimiento de normas jurídicas que imponen determinados comportamientos sociales.

Resulta evidente, hasta el momento, la poca eficacia (en línea con los objetivos originalmente planteados) en la represión penal en materia empresarial, económica y fundamentalmente fiscal.

Las causas que aparentemente confluyen para posibilitar esta situación son diversas, pero entre ellas podrían señalarse:

- Los sujetos activos de los denominados delitos económicos ostentan generalmente un nivel profesional y socioeconómico importante que usan para enmascarar la comisión de diversos ilícitos, que por otra parte, están

generalmente relacionados con actividades ilícitas de la empresa, de modo que las conductas delictivas no son detectables con facilidad. Carlos Martínez Pérez, parafraseando a Sutherland en su hallazgo sobre la elaboración del concepto de “white collar crime” (“delincuencia de cuello blanco”), expresaba:

“...El acierto de SUTHERLAND consistió, precisamente, en evidenciar que la delincuencia no es algo privativo de una determinada clase social y en abordar el estudio de un tipo de criminalidad que, basada en la astucia y en el fraude, permanecía totalmente impune y quedaba fuera de la órbita de los estudiosos de la Criminología que preterían este tipo de delincuencia, obnubilados por una errónea concepción del crimen...”²

- La valoración social tolerante o benevolente acerca de esa clase de hechos tiene asimismo influencia en la impunidad de los mismos. Ello se deriva de una falta de conciencia social acerca de la gravedad de estas conductas.
- El delito de evasión es, en este sentido, paradigmático entre los ilícitos económicos, ya que aún es muy baja la conciencia comunitaria de la disvaliosidad de la evasión impositiva. Justo es señalar que el Estado, por medio de muchos de sus funcionarios, tampoco ha sido un ejemplo de conductas éticamente ejemplares en la administración de los fondos públicos. Al contribuyente no le resulta muy soportable el pago de tributos acerca de los que tiene fundadas sospechas de que no tendrán el destino tendiente al bien común, teóricamente previsto.
- La falta de prevención, materializada por la insuficiencia de controles eficaces y oportunos por parte del Estado y la dificultad probatoria que presentan en la generalidad de los casos los fraudes económicos, potenciada tanto por la complacencia (en algunos casos) como por el empleo de artilugios informáticos que pueden tornar “no aparentes”, durante largo tiempo, los “ardides” empleados para consumir los delitos. Ejemplos claros de estas situaciones (en otras latitudes) son los escándalos “Nerón”, “Worldcom”; “Parmalat” y otros, en los que los hechos merecedores de reproche penal no fueron advertidos durante años.
- En lo que a nuestra propia realidad atañe, la poca efectividad de la Administración Fiscal en su lucha contra la evasión, ya bien sea a través de sus herramientas facultativas propias, como por la promoción de acciones

² Martínez Pérez Carlos; “El Delito Fiscal”, Editorial Montecorvo, Madrid 1982, p. 32. El autor cita a Ed. Sutherland, “White Collar Criminality”, en “American Sociological Review, febrero de 1940, p. 1 a 12.

enmarcadas en las distintas versiones de las leyes penales tributarias. El querido profesor José Osvaldo Casás había alertado de los magros resultados obtenidos por la administración tributaria, cuando habían transcurrido trece años de la primera versión o sea la Ley 23.771, en un trabajo que data del año 2003: “...Entendemos que existe un marcado desbalance entre el total de causas criminales que se promovieron con fundamento en las dos sucesivas leyes penales tributarias y previsionales y el Código Penal (15.781 juicios), y las pocas sentencias de condena que se alcanzaron (122). Ello recomienda insistir en el criterio de oportunidad, elevando los montos requeridos para la configuración de los tipos, y excluyendo de la penalización conductas generadoras de bajo perjuicio fiscal, tanto en la evasión tributaria, como en la evasión previsional simples...”³

- En las XLVII Jornadas Tributarias celebradas en el año 2017 (como antes ya referimos) se trató a la Ley Penal Tributaria en forma crítica y se hicieron propuestas de reforma. En las conclusiones finales de la Comisión N° 1 se volvió a efectuar una recopilación estadística evaluativa de las causas penales radicadas en el fuero penal económico y su situación; esto para el año 2017; es decir catorce años después de lo que el profesor Casás analizara en el 2003 y los resultados fueron similares.⁴
- Por último, las deficiencias en la legislación penal, en tanto no tipifica correctamente los casos pasibles de sanción, y las dificultades para imputar responsabilidad a los directivos y administradores en función de su rol, sin caer en supuestos de responsabilidad objetiva, no admitidos en nuestro ordenamiento. En este sentido la legislación penal desde el código de fondo (proyecto del código penal 2019) como las leyes penales especiales han ingresado en la punibilidad de las personas jurídicas, lo que abre una instancia diferente en materia de reprimenda penal.

3. El delito de evasión en la nueva Ley Penal Tributaria y en el Proyecto de Código Penal 2019

³ Casás José O.; “La criminalización de los ilícitos tributarios en la Argentina y en la doctrina latinoamericana”; Revista Argentina de Derecho Tributario de la Universidad Austral; Ed. “La Ley”, N° 7 Julio-Septiembre de 2003, p. 561 a 584. Las cifras enunciadas por el Dr. Casás emanan de los indicadores de gestión de la Administración Federal de Ingresos Públicos, elaborados a junio de 2002.

⁴ Considerando: “...La aplicación muestra una multiplicidad de causas, se estima en 1500 causas promedio anual, desde la vigencia del régimen penal, lo cual rondaría en 40.000 causa, sin embargo, los efectivamente condenados son una cifra ínfima en comparación con las causas...”

La ilicitud del delito fiscal está constituida por la infracción a un deber de acción o por la omisión de tal deber, determinado por la legislación tributaria. La conducta típica presupone la existencia de un **obligado tributario**, compelido al pago de un tributo, que es la mención específica repetida tanto por los artículos 1º y 5º del “nuevo” régimen penal tributario del Título IX de la Ley N° 27.430, tal y como eran tratados en forma idéntica en la derogada ley penal tributaria. Ambas cuestiones, la relativa al sujeto pasivo de la obligación tributaria y la referente al objeto material del delito, no se encuentran expresadas en la ley penal. Para poder subsumir un hecho de “evasión” tipificados en los artículos 1º y 5º de la ley (antes 1º y 7º de la ley 24.769) hay que remitirse a la ley específica tributaria que, define tanto al hecho imponible como presupuesto de hecho y la obligación tributaria que, como efecto, deriva de su cumplimiento.

En cuanto a la evasión simple del nuevo texto del régimen tributario, el tipo descrito es el mismo que se describía tanto en el art. 1º de la ley 24.769, respecto de los “impuestos”, como del art. 7º de esa misma ley respecto de los “recursos de la seguridad social”, con la única diferencia del incremento de los montos que dan en llamarse “condición objetiva de punibilidad”.

Se observa, entonces, que, nuevamente, para el legislador se justifica una separación de los tributos, llamando al Título II, “Delitos relativos a los recursos de la seguridad social”, separándolos de los delitos relacionados con los demás “impuestos”

Se ha tratado abundantemente en la jurisprudencia y la doctrina el concepto de “evasión” que constituye la figura delictual central y común a los tributos tratados en la ley; pero basten algunas reflexiones acerca de la dogmática del delito fiscal para ubicar la figura que estamos tratando.

La acción típica está representada por la evasión total o parcial de impuestos nacionales o provinciales en lo que hace al Título I., “delitos tributarios”; art. 1º y similar conducta respecto de cotizaciones (aportes y contribuciones) que tienen como destino los distintos subsistemas de la seguridad social, en la medida que el monto evadido superen los \$ 1.500.000 (pesos un millón quinientos) en el caso de impuestos, por cada ejercicio anual y los \$ 200.000 (pesos doscientos mil) por cada período mensual (o sea el período fiscal en materia de seguridad social)

En el caso de los tributos de seguridad social el accionar reprochable está representado por las conductas comisivas u omisivas que tienen como objeto evitar y no realizar en forma deliberada el ingreso de los aportes y contribuciones que tienen como destino los distintos subsistemas de la seguridad social. Tengamos en cuenta que una de las particularidades de este tributo es su carácter de “vinculado”, en los términos clasificatorios empleados por el eximio tributarista brasileño Geraldo Ataliba⁵. La asignación de este tributo al sostenimiento de los

⁵ Los planteamientos de Geraldo Ataliba, en esta materia pueden consultarse en su obra “Hipòtesis de Incidencia Tributaria”, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987, páginas 177 a 216

sistemas de seguridad social, permite visualizar con más exactitud el agravio al bien jurídicamente tutelado.

En ambos casos, son relevados como medios de comisión del ilícito las declaraciones engañosas; o sea, manifestaciones total o parcialmente falsas sobre aspectos atinentes a las normas sustantivas; las ocultaciones maliciosas, es decir, actos tendientes a encubrir, disimular, fingir, tapar datos e informaciones relevantes o trascendentes que tengan que ver con el cumplimiento de la obligación tributaria y, cualquier otro ardid o engaño, entendidos éstos como el despliegue de artilugios o el armado astuto de urdimbres que tienen como objeto conseguir en la víctima una falsa representación de la realidad.⁶

Todas estas acciones deben perseguir –en suma- la provocación de error esencial en el Fisco Nacional, con intencionalidad y buscando una concreta finalidad, intentando que éste acepte una situación tributaria inexacta y perjudicial, la que según Chiara Díaz exhibe las características básicas de una forma de defraudación o estafa.

Como ya antes observamos, la ilicitud de este delito fiscal está constituida por la infracción a un deber de acción determinado por la ley tributaria sustantiva. La conducta típica de infracción del deber presupone la existencia de un obligado al pago del tributo. Ambas cuestiones: la relativa al sujeto activo y la referente al objeto material del delito, no se encuentran expresadas en la ley penal. Para poder subsumir un hecho bajo los artículos 1º y 5º de esta ley especial, hay que remitirse a la ley tributaria que define el hecho imponible del que deriva (por su cumplimiento o perfeccionamiento) la obligación tributaria pertinente; estamos entonces en presencia de un tipo penal de características especiales, es decir, una ley penal en blanco.

Tenemos que ir en busca –entonces- de las situaciones relativas al perfeccionamiento del hecho imponible que puedan llenar la conducta típica, a partir del análisis de la norma sustantiva.

Como ya adelantamos, el título IX de la Ley 27.430 es el que crea el Régimen Penal Tributario. En realidad, este título tiene sólo dos artículos: 269 y 270. El primero de ellos viene a desarrollar al nuevo régimen penal tributario en 24 artículos, mientras que el art. 270 deroga a la ley 24.769.

La primera observación a efectuar y que seguramente merecerá alguna reflexión y consecuente análisis, es la naturaleza de este nuevo régimen. Su creación viene enmarcada en una ley de reforma tributaria; o sea: una ley de naturaleza tributaria. En este aspecto, puede ser que estemos más en presencia de un régimen “tributario penal” que a la inversa.

⁶ Chiara Díaz Carlos Alberto, “Ley Penal Tributaria y Provisional N° 24.769”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé 1997, página 275

Esto no quiere decir que no sea una norma típicamente penal; pero advertimos el hecho de que, la norma especial y penal en blanco que era la ley penal tributaria N° 24.769 (y sus modificaciones) ha quedado derogada, dando paso entonces a un nuevo régimen, en principio, distinto al anterior.

Lo cierto es que este nuevo régimen viene a respetar la estructura legal del anterior, con modificaciones de importancia.

Consta de 5 Títulos: I Delitos Tributarios; II Delitos Relativos a los Recursos de la Seguridad Social; III Delitos Fiscales Comunes; IV Disposiciones Generales; y V De los Procedimientos Administrativo y Penal.

Como en la anterior oportunidad en que se tratara el régimen penal tributario (Jornadas Tributarias del año 2017) la “reforma tributaria” estaba transitando la etapa legislativa, resultará muy importante abordar en este evento tres cuestiones relevantes:

- a) Las diferencias entre los tipos legislados en la ley 24.769 y los que contiene el nuevo régimen en cuanto –sobre todo– al análisis de la naturaleza y características esenciales del delito en las conductas exteriorizadas y su tipificación
- b) Si las modificaciones y propuestas por la doctrina y aquella emanada de los eventos académicos ha sido receptada en la nueva versión del régimen penal tributario y previsional.
- c) La jurisprudencia habida desde la vigencia del Título IX de la Ley N° 27.430, no sólo en cuanto a los tipos legislados, sino también respecto de la benignidad en la aplicación en la norma penal tributaria.

3.1. El proyecto de Código Penal y los delitos fiscales

El proyecto del Código Penal Argentino se encuentra con trámite legislativo, habiendo ingresado a la Cámara Alta en el mes de marzo de 2019, elevado por el ejecutivo.

La comisión redactora del proyecto fue presidida por el camarista de la Casación Penal, Mariano Borinsky, acompañado por el director nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Carlos Mauricio González Guerra; el fiscal Pablo Nicolás Turano; los camaristas Carlos Alberto Mahiques y Patricia Marcela Llerena; el procurador general de Salta, Pablo López Viñals; el juez de tribunal oral Guillermo Jorge Jacobucci y los secretarios letrados de la Procuración General de la Nación, Fernando Jorge Córdoba y de la Corte Suprema de Justicia, Patricia Susana Ziffer. Participaron también los representantes del Ministerio de Desarrollo Social, Yael Bendel, y del Ministerio de Seguridad, Guillermo Soares Gache.

La Comisión trabajó ad honorem durante 500 días ininterrumpidos y mantuvo más de 100 reuniones en todo el país en las que deliberó, escuchó a expertos y tomó en cuenta el trabajo realizado por las 17 comisiones anteriores de reforma del Código Penal. También recibió y valoró la opinión de ONG y sugerencias de toda la sociedad a través de la plataforma Justicia 2020.

Más allá de la trascendencia de la proyección de esta norma fundamental de derecho común que contiene y recoge todo lo que habían sido normas modificatorias (más de 900 desde 1921) y lo que la jurisprudencia y la doctrina fueron moldeando a través de tantos años y en lo que nos atañe, dos cuestiones queremos poner de resalto y proponer para su análisis y discusión:

- La incorporación de los delitos fiscales, además de los aduaneros y cambiarios al nuevo texto, con orientación en las últimas reformas legislativas vigentes, a las leyes penal tributaria, Código Aduanero y ley penal cambiaria.
- La instalación definitiva de la punición de las personas jurídicas con carácter genérico.

3.1.1. La incorporación de los delitos fiscales al Código Penal

En el Título XVI del Libro II se incorporan los delitos fiscales a los que se sigue denominado “Delitos Tributarios” (Capítulo 1), artículos 340 a 343; “Delitos de los Recursos de la Seguridad Social” (Capítulo II) artículos 344 a 346 y “Delitos Fiscales Comunes” (Capítulo III), artículos 347 a 350; esto en cuanto a la descripción típica sustantiva.

En este sentido, se erigiría como una tarea de importancia la indagación de la apreciación comparativa, no sólo desde el punto de vista de la unicidad jurídica del derecho penal, sino también, respecto las diferencias que puedan apreciarse en cuanto a los tipos penales legislados; por poner tan sólo un ejemplo se hace notar en la redacción de los tipos penales (evasión) tanto impositivos como de la seguridad social la incorporación dentro de los medios comisivos a la “...*falta de presentación maliciosa de declaración jurada...*”

Reiteramos sería muy interesante una comparación de los tipos penales legislados.

3.1.2. Instalación definitiva de la punición a las personas jurídicas

Según las mismas apreciaciones que efectuara en Dr. Borinsky en numerosos eventos y a través de publicaciones periodísticas y técnicas se introduce la responsabilidad penal para quien actúa a través de otro y se incorpora la responsabilidad de las personas jurídicas de conformidad con la Ley 27.401 de Responsabilidad Empresaria sancionada en forma reciente y publicada en el B.O. el 1/12/17, según las exigencias del OCDE.

Se establece un criterio de responsabilidad por culpa *in vigilando*, que prevé la exención de pena si la persona jurídica cumple con los siguientes requisitos: (i) espontáneamente denuncia la comisión del delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; (ii) implementación de un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito, y (iii) devolución del beneficio indebido obtenido.

Se establecen en el Código Penal normas generales que taxativamente detallan los tipos penales comprendidos en la parte especial por los que se podrá responsabilizar a la persona jurídica, así como el catálogo de sanciones posibles y las pautas específicas que deberán ser tenidas en cuenta para la determinación de la sanción impuesta.

Las sanciones previstas para las personas jurídicas, conforme lo establecido en la ley 27.401 son: 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

4. Lavado de Activos

4.1. Introducción

Se visualiza un crecimiento exponencial del delito de lavado de activos (o “blanqueo” en otras jurisdicciones)⁷, como flagelo que ha traspuesto, largamente, las fronteras de los países (*criminalidad trasnacional organizada*) para constituirse

⁷ Desde el grave problema del ingreso de drogas en Estados Unidos en la época de los 70 del siglo XX, que dio lugar a la Bank Secrecy Act de 1970, si bien circunscripto el problema al delito de evasión fiscal.

en un ilícito pluriofensivo⁸ y supraindividual que afecta no solamente a la tranquilidad de las poblaciones y países sino, en lo relativo al Derecho Penal, a un conjunto de bienes jurídicos que merecen una tutela especial.

Luego de un largo camino en el orden internacional en procura de la prevención y de la represión de este delito, la legislación argentina ha tardado en reaccionar en en su propio territorio con medidas de prevención, detección y represión. Lo hizo, ante la conocida presión internacional, recién en el año 2000 mediante la ley 25.246 (B.O. 10 y 11/5/2000) y la creación de la UIF (Unidad de Información Financiera) como organismo administrativo con funciones similares a las de otros ordenamientos jurídicos comparados. En junio del mismo año Argentina se incorpora al GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional).

Sin embargo, pasaron años en los que el problema del lavado siguió agravándose, al tiempo que no se visualizaban acciones concretas en casos de detección, en los que se formularen denuncias penales y que, además, concluyeran con el dictado de sentencias. Es conocido que en casi diez años apenas se dieron solo tres casos con sanciones efectivas⁹. No muy distinto es el panorama luego de las reformas a que aludimos más adelante¹⁰, según se desprende de lo expresado por el titular de la UIF, Mariano Federici:

"...hay una presión global para que los países comiencen a mostrar resultados en materia de lucha contra el lavado de activos. "En ese ámbito la Argentina

⁸ Puede sintetizarse el peligro que provoca el delito en estas aclaraciones de la UIF: "**¿Por qué combatir el Lavado de Activos?** Porque, entre otros perjuicios a la sociedad en su conjunto, es una grave amenaza a la integridad de las instituciones financieras y comerciales, produce efectos nocivos en el mercado legítimo económico mundial y porque ese dinero mal habido es utilizado también para cometer otros hechos delictivos como pagar sicarios y corrupción, volviendo más inseguro al conjunto de la ciudadanía. <https://www.argentina.gob.ar/uif/lavado-de-activos>

⁹ Entre otros, datos del CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (nota de Manuel Tarricone, 27/02/2014): a) La **primera** se produjo **en 2009**, cuando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba condenó a prisión en suspenso a una mujer y dos hombres por **lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas**. b) La **segunda** se produjo **en 2011** e involucró a un hombre y a una mujer, ambos de nacionalidad mexicana, que fueron condenados por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 de la Capital Federal a tres años de prisión por lavado de activos tras intentar **ingresar en el país con US\$ 647 mil en un bolso**. c) El **tercer caso** fue en **mayo de 2013**, cuando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes condenó a prisión a siete integrantes de una banda por lavado de dinero proveniente del **narcotráfico, el contrabando y la explotación sexual**.

¹⁰ Jornada "Lavado de activos: problemas vinculados a la parte general del Derecho Penal", organizada por la cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano. (2016).

lamentablemente todavía tiene un largo camino por recorrer. Después de más de 15 años de vigencia del tipo penal, tenemos sólo 14 condenas por lavado de activos. Ese es un número muy bajo a nivel internacional comparado con las 100 condenas al año que se producen en Estados Unidos, las 600 condenas al año de Alemania, y las 300 condenas de Colombia. El resultado de la Argentina es muy pobre...”

En el año 2011, supuestamente ante nuevas presiones del GAFI, el Congreso de la Nación dictó un nuevo ordenamiento (ley 26.683; B.O. 21/6/2011)) que tuvo un hecho insólito como consecuencia del debate en el Senado de la Nación. En efecto, al mismo tiempo que otorgaba la media sanción necesaria al texto elevado por la Cámara de Diputados, aprobó un texto modificadorio del que acababa de aprobar, remitiéndolo a la Cámara Baja para su tratamiento. Dicho tratamiento no llegó a realizarse, quedando en la historia como un hecho inédito pero al mismo tiempo demostrativo del escaso interés en ocuparse de la cuestión con el esmero que debió orientar a la legislación nacional en tan delicado flanco de debilidad social y económica.

Nuevamente, pero en esta ocasión procurando una nueva orientación acerca de la prevención, se introduce un cambio normativo (Ley 27.446; B.O. 18/06/2018), pasándose del denominado enfoque “formalista”¹¹ al nuevo enfoque “basado en riesgos”, esto es la identificación de las vulnerabilidades y el continuo seguimiento sobre los mecanismos de prevención, lo que requiere el relevamiento de los distintos riesgos que ofrece la organización, en sus sectores y segmentos y un conocimiento profundo del cliente.

Sin embargo, casi simultáneamente con las reformas, se fue produciendo un fenómeno que para muchos autores constituye una suerte de “marcha atrás” en lo que se pretende un avance: las disposiciones legales sobre “sinceramientos fiscales” o, vulgarmente, “blanqueos de capitales”¹². Se enfrentan, así, posiciones difíciles de conciliar; los que sostienen la conveniencia de estas “regularizaciones” hablan enfáticamente de la necesidad de incorporar a la economía formal ingentes fondos que prosperan en la marginalidad. Economistas de peso internacional

¹¹ Constituido por numerosas regulaciones y controles formales sobre el sector privado con la sola pretensión de que ello pueda ser considerado por la comunidad internacional como una acción efectiva contra el crimen organizado, en palabras de Diuigildo Yedro, en “Notas sobre la Ley 26.683 en lavado de activos de origen ilícito: un nuevo delito y excesivas obligaciones para los contadores”. XX Congreso Nacional de la FACPCE, Salta, 29 al 31 de octubre de 2014.

¹² Debe destacarse que en la legislación española el lavado de dinero es denominado “blanqueo de capitales”, no siendo esta denominación a la que nos referimos.

bregan por la conveniencia de alimentar el crecimiento económico mediante el uso legal de fondos “blanqueados” o regularizados.

He aquí un interesante debate que merece darse, pudiendo constituirse en un tema especial a tratar en las Jornadas.

Particularmente importante, atendiendo a la concurrencia esperada para estas Jornadas Tributarias y a la calidad que no tenemos dudas exhibirán los distintos trabajos y ponencias de panelistas, es el tratamiento de las incumbencias profesionales que, han sido nominadas legalmente como sujetos obligados a cumplir funciones de prevención, detección e informes en la materia. Nos referimos a contadores públicos matriculados en sus Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y escribanos de registro, sin dejar de mencionar –aun que ellos no aparezcan en el texto legal con nombre específico- a los abogados u otros profesionales jurídicos independientes (denominaciones utilizadas por las Recomendaciones 22 y 23 del GAFI).

Esta obligación de asumir funciones, con costos de cierta importancia para los sujetos nominados y las severas sanciones administrativas que establece la ley en caso de diversos incumplimientos o faltas, ha creado -al menos en la esfera de actuación de los contadores públicos nacionales- un ambiente de malestar generalizado, con el agregado de lo que constituye la principal crítica que ha formulado numerosa doctrina: la ruptura del secreto profesional, esto es, el principal medio de acercamiento entre el profesional y su cliente bajo el principio de confianza.

Merece también especial mención la labor que ha cumplido y debe ser cumplida por el organismo administrativo UIF. Este organismo debe tener independencia funcional y operativa para evitar que, sin mayores fundamentos, se desestimen cantidades considerables de Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS). Estas situaciones, deben merecer un mesurado análisis, respecto de la eficiencia y compromiso del organismo, con independencia de instrucciones que pudieren afectar su libre desenvolvimiento, sin otras pautas que las establecidas legal y reglamentariamente, sin excepciones o sesgos definidos.

Excelente oportunidad brindará asimismo para su análisis, la participación en este panel de dos destacados integrantes del poder judicial, quienes –seguramente- podrán esclarecernos acerca de la actividad jurisdiccional vinculada al delito del lavado de activos.

Hay, entonces, un amplio margen de discusión que seguramente aportará ideas y proyectos o recomendaciones superadoras, respecto de algunos de los temas puntuales a los que habremos de referirnos seguidamente.

4.2. El delito precedente y el bien jurídico tutelado

Debe prestarse especial atención al cambio operado en el Código Penal con relación al delito de lavado de activos. La incorporación del mismo, mediante modificación del art. 278 del citado código, dentro de la figura típica del encubrimiento, constituyó el primer paso tendiente a contemplar el nuevo tipo delictual bajo el Título XI, Capítulo 13 “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”. Esto es, el legislador configuró el tipo penal y la consecuencia de su comisión comprendiendo su gravedad, de la siguiente forma:

“...pena de prisión de dos a diez años, y, multa de dos a diez veces del monto de la operación, “al que” (cualquier sujeto que hubiere cometido el delito, sin necesidad de no haber participado en el delito precedente), convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier modo, dinero u otra clase de bienes, provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí...”

La redacción utilizada revelaba la necesidad de un delito anterior, con la limitación de no haber participado el autor del lavado en un **delito previo**, con lo que la investigación requería, necesariamente, conocer **primero cuál fue el delito del que provienen los bienes a lavar** y, recién entonces, encarar el análisis del lavado como delito con denominación propia.

Dejaremos de lado los aspectos relativos al delito en banda (asociación ilícita especial) y el encubrimiento agravado (referencia al sujeto que recibiere los bienes de origen delictivo para aplicarlos en una operación que les diere apariencia de origen lícito) y la posibilidad del decomiso, para tratarlos más adelante como temas especiales.

Al producirse la reforma del año 2011 (ley 26.683 citada antes), se adopta un criterio distinto mediante la derogación del artículo 278: se crea un nuevo Título que contempla los “Delitos contra el orden económico y financiero”. Se aprecia claramente el cambio: ya no hay referencia al encubrimiento y el bien jurídico protegido deja de ser “la Administración Pública”, para tutelar “el orden económico y financiero”. La preocupación pasó a ser la necesidad de proteger un bien macroeconómico y cómo repercute sobre la sociedad en su conjunto al ser, al mismo tiempo, supraindividual.

Los autores de trabajos tienen un campo propicio para el análisis de los problemas que ha planteado el cambio de la tipología penal, los requisitos o elementos objetivos y subjetivos y, principalmente, si se ha ingresado en una senda de mejor comportamiento de los actores llamados a la lucha contra el flagelo del lavado: los sujetos obligados, la UIF y la Justicia.

En ese camino no resulta de menor trascendencia reflexionar sobre el bien jurídico tutelado y si, como sostiene un sector de la doctrina, también constituye bien jurídico con protección penal la salud pública cuando el blanqueo de dinero o de bienes proviene del tráfico de estupefacientes.

En punto al delito precedente se participa de la inquietud creada en cuanto a la necesidad, o no, de conocerlo con grado de certeza para, posteriormente, gatillar el proceso judicial sobre lavado de activos.

Pero no solo detectar sin dudas el delito precedente, sino profundizar acerca del grado de autonomía del delito de lavado, esto es, si contando con indicios graves, numerosos, precisos y concordantes, es posible trabajar sobre la imputación del delito “autónomo” y si, en base a dicho trabajo, se puede llegar a una condena judicial, como también si ésta última requiere una sentencia judicial firme sobre el delito precedente. Dicho en otros términos: si la condena previa del delito previo es una condición o requisito imprescindible para dar lugar al procesamiento o condena por lavado de activos.

Al respecto habrá de tenerse en cuenta el camino que va recorriendo la jurisprudencia nacional en cuanto a que no sería necesario superar el plano indiciario respecto del vínculo o conexión con otras actividades criminales graves o con grupos o personas relacionadas con tales actividades, como también la innecesariedad de acreditar la existencia de una condena judicial firme o algún proceso legal en curso.¹³

El artículo 303 del Código Penal ha creado renovadas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre los alcances de su redacción, lo que plantea el desafío de los autores de trabajos sobre, al menos, las siguientes cuestiones:

- a) Bienes provenientes de *un ilícito penal* (El caso de un delito previo en el que no se hubiere participado, no hace necesario probar la existencia del

¹³ A título de ejemplo la causa “Orentrajch, Pedro y otros”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, sentencia del 21 de marzo de 2006, citada por Basílico, Hernández Quintero y Froment; “Delitos contra el orden económico y financiero”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2019, págs. 36/7.

- delito precedente, ya que, es suficiente la acreditación de un injusto, como idea de delito abstracto, que satisfaga la exigencia típica);
- b) recepción de los bienes provenientes de un *ilícito penal* con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en ley (verbos utilizados para configurar el delito de lavado: “convirtiere, transfiriere, vendiere, gravare, etc.), que les de la apariencia de un origen lícito;
 - c) el monto de \$ 300.000 que, debe ser superado para la configuración del ilícito, reflatando la cuestión acerca de configurar un elemento del tipo o una condición objetiva de punibilidad. Si el elemento cuantitativo no se verifica la acción sería atípica, más si constituye una condición objetiva de punibilidad nos encontraremos por ante un hecho no punible. Pero, debe tenerse en cuenta que, la ley también penaliza acciones por montos menores (inc. 4, art. 303),
 - d) posibilidad de perseguir judicialmente el lavado cometido fuera del ámbito de aplicación del Código Penal argentino, bajo las condiciones del inciso 5) del artículo 303.

4.3. Los sujetos involucrados

Es conveniente profundizar, con sentido crítico, sobre los distintos sujetos relacionados con el delito que nos ocupa, sean los **sujetos activos**, sean los **sujetos obligados** (artículo 21 del texto legal vigente), sean los **organismos oficiales** encargados de llevar adelante acciones sobre los incumplimientos de las disposiciones normativas, como asimismo cuál es el costo de la estructura armada al efecto (léase claramente gasto del sector privado de la economía y gasto del sector público, con sus respectivos alcances).

La actuación de cada uno de ellos implica un impacto sobre la responsabilidad que les cabe, como también en el costo de la prevención, detección, denuncia y juzgamiento del delito. Para el sector privado no es despreciable el conjunto de deberes formales a cumplimentar (manual de procedimientos de prevención, cursos de capacitación y actualización, archivo ordenado de clientes y confección de sus perfiles, obligación del continuo estudio de nuevas técnicas de lavado de activos, entre otros), lo que significa erogaciones que afectan la rentabilidad normal esperada de los negocios lícitos.

Para el sector público, la expansión de los organismos vinculados con la problemática del lavado, necesidad de contar con los recursos humanos y monetarios que posibiliten una eficaz y eficiente respuesta, que no sea únicamente la formalidad de establecer más cargas administrativas y pretensiones de incremento de la carga tributaria para su mantenimiento (léanse, tasas especiales con destino específico, tal como ha sucedido, por ejemplo, con la

introducción subrepticia de ellas en el proyecto de Presupuesto Nacional para el corriente año 2019).

En cuanto a los sujetos activos que desarrollen las acciones típicas que consigna el inciso 1) del artículo 303, debe prestarse atención a la redacción legal modificatoria: “el que” tiene un alcance amplio en tanto ya no se requiere de un autor especial, pudiendo ser cualquiera que actúe, tanto por acción propiamente dicha como por omisión.

La posibilidad del “autolavado”, parece ser una cuestión no suficientemente debatida, por lo que se constituye en buen tema de desarrollo.

¿Es posible que, en estos casos, se dicte una condena por el delito precedente y una segunda condena por el lavado de activos? ¿Podrá sostenerse que una y otra se sustentan en hechos diferentes? ¿Podrá pensarse, desde el plano teleológico, en un solo fin, compuesto por varios pasos que culminan con el lavado (una suerte de “*iter criminis*”)? ¿Podrá plantearse un exceso de punición? Interrogantes que – seguramente- merecen ser abordados.

Si el delito es cometido por una persona jurídica, la pena privativa de libertad alcanzará al autor y los partícipes que, en el caso, puede comprender a uno o varios integrantes de un Directorio o de una Gerencia plural, en tanto hayan intervenido en la acción típica e incurrido en el dolo que posibilitó el ilícito.

Resultará un buen aporte el análisis sobre la posibilidad de una doble imputación, en el caso, como asimismo sobre la contemplación del daño a terceros, entendida la primera como imputación a quien actuó en nombre de la persona colectiva y una segunda imputación al mismo sujeto persona humana por el reproche al órgano colectivo del que es miembro.

En cuanto al elemento conductual, se podría analizar si constituye un desacierto normativo no hacer referencia a la expresión de “...*el que a sabiendas...*”, para descartar cualquier alcance desmedido sobre la conducta desplegada. Aquí también resultará muy productivo indagar respecto de si solamente el dolo directo permite la imputación penal, y debe o no descartarse el dolo eventual¹⁴

4.4. Las monedas virtuales

¹⁴ En sentido contrario, admitiendo el dolo eventual, entre otros: Yedro, Diuvigildo; “Notas sobre la Ley 26.683 en lavado de activos de origen ilícito: un nuevo delito y excesivas obligaciones para los contadores”. Trabajo presentado en el “XX Congreso Nacional de la FACPCE”, Salta, 2014

La creciente utilización de las denominadas monedas “virtuales”, por oposición a la moneda física con respaldo de los Bancos Centrales, de conocimiento amplio por la población en general, ha venido a constituirse en otro riesgo de dimensiones desconocidas para la prevención del lavado de activos. En interesante artículo cuyo contenido completo puede leerse en la cita que realizamos, se ha expresado con acierto que:

“...Se ha comprobado, que las monedas virtuales constituyen una cantidad de riesgos para el Sistema de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo. La UIF, ha señalado que las monedas virtuales, con frecuencia son empleadas en transacciones a distancia vía internet, posibilitando el movimiento de activos de forma transfronteriza e incluyendo a entes de diversos países, entre los que puede encontrarse a aquellos que no cuentan con los controles de prevención contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo...De igual modo, el GAFI ha explicado que, en secuencia con lo advertido anteriormente, las implicaciones de la descentralización legal y técnica, la infraestructura sobre la cual tienen funcionamiento las monedas virtuales, son factores que conllevan a que las autoridades no puedan dirigirse a una entidad central o una ubicación precisa, a los fines de que se realicen las investigaciones menester o se proceda a embargar bienes (Gene, 2000).

En secuencia con lo mencionado, se presentan las diversas dificultades para poder identificar a las partes que se encuentran involucradas en las transacciones, y que han instado a que los organismos de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo a nivel mundial, enfoquen su atención en las operaciones llevadas a cabo con monedas virtuales.

En la Argentina, siguiendo cada una de las recomendaciones del GAFI, la UIF procedió a emitir la resolución 300/2014. La aludida resolución, adhiere al artículo 15 Ter en la resolución 70/2011, sobre reportes sistemáticos de operaciones online, por medio de este instrumento, se obliga a una gran cantidad de sujetos conforme a la Ley 25.246, a reportar cada una de las operaciones llevadas a cabo con monedas virtuales...”¹⁵

Para advertir el peligro en el orden mundial que genera la proliferación de las monedas virtuales, resultan esclarecedoras las palabras del Dr. Fidel Mendoza

¹⁵ Cuéllar, Gustavo Gabriel. “Dificultades probatorias del lavado de activos en Argentina”. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46761-dificultades-probatorias-del-delito-lavado-activos-argentina>

¹⁶ *“...Los avances de la tecnología y de las redes informáticas fomentan operaciones y transacciones ajenas a los sistemas financieros regulados por los Estados, los cuales se configuran en contextos donde el riesgo permitido en materia de lavado de activos se ve puesto entredicho, al no identificarse con claridad los espacios de libre y legítima actuación frente a aquellos otros donde los activos de origen criminal son introducidos al tráfico económico legal. Si bien puede decirse que en sus inicios el lavado de activos constituía un problema jurídico bancario y punitivo, sin embargo, el uso masificado de la informática y el internet –cuyo impacto criminógeno es significativo– ha generado una mutación del fenómeno criminal, como bien sostiene Gerardo Lamas Suárez, hacia el uso de nuevas, y cada vez más modernas, tecnologías...Los grupos delictivos organizados, entre ellos los dedicados al lavado de activos, señaló Kofi Annan –entonces Secretario General de las Naciones Unidas– “no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña”. Las organizaciones criminales en un contexto como el descrito emplean el ciberespacio para programar y ejecutar sus actividades delictivas. Las nuevas tecnologías, de fácil acceso y singular anonimato, son empleadas especialmente en la transferencia de fondos virtuales, constituyendo éste el método más eficaz para el ensombrecimiento del dinero procedente del delito. En efecto, mientras se produzca un mayor número de transferencias virtuales decrecerán las posibilidades de reconstruir el rastro del dinero, seguidamente, se incrementarán las probabilidades de lograr el distanciamiento de los activos con respecto a su fuente criminal. El aprovechamiento de este contexto de economía de red o telemática para fines del blanqueo de dinero, ha generado a su vez el desarrollo del denominado cyberlaundering...El Informe de 2010 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (denominado «La globalización del delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional»), refiere que en menos de dos décadas el Internet se ha convertido en un elemento esencial de la vida moderna. No obstante, como sucede con otros aspectos de la globalización, su rápida expansión ha superado ampliamente la capacidad reguladora de los Estados, originando de este modo espacios para la comisión de delitos. En efecto, una de las principales ventajas ofrecidas por el ciberespacio es el alto grado de anonimato de los intervinientes y los diferentes modos de interrelación entre personas de diferentes partes del mundo; lo que conduce a que se amplíe, consecuentemente, el espectro de potenciales perpetradores de delitos. Presentándose, asimismo, el problema identificado por Gerardo Lamas Suárez, relativo a la falta de territorialidad de la cibercriminalidad...El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), por su parte, ha reconocido a las nuevas tecnologías como fuente de riesgos para el lavado de activos. Así, ya desde su Informe Anual 1995-1996, el GAFI expresó que la aparición y desarrollo de nuevas tecnologías produce indudablemente riesgos potenciales de blanqueo. Y que con aquellas se hacen viables transacciones a gran escala de forma instantánea, remota y anónima, incluso sin la participación de instituciones financieras tradicionales. Este criterio fue ratificado en la actual revisión (de febrero de 2012) de los «Estándares Internacionales para la Lucha contra el Lavado de activos». Precizando el GAFI –en la Recomendación N° 15– que “los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos... que pudieran surgir con respecto... al uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes...”*

En el contexto de los avances cualitativos en materia informática y desarrollo del ciberespacio, señala Gerardo Lamas Suárez que, el origen del bitcoin se remonta a octubre de 2008. En dicha fecha su creador –conocido con el seudónimo de Satoshi Nakamoto– planteó las bases sobre el empleo de esta criptomoneda, diseñada a partir de tres pilares: el software libre, la red de pares (peer-to-peer) y la criptografía. Mediante tal esquema de operaciones, protegido por la criptografía, se hace viable la transacción de dinero virtual entre partes interesadas, sin la intermediación de los mercados financieros regulados por los Estados. La primera versión del software diseñada por Nakamoto fue distribuida en enero de 2009, creándose las primeras criptomonedas del sistema bitcoin. Este sistema informático, sobre la base de la red de pares, permite realizar operaciones y transacciones financieras, no sólo entre bitcoins sino, incluso, mediante el intercambio de dicha criptomoneda con el dinero físico de cualquier denominación cambiaría, existiendo para tal efecto plataformas de cambio virtuales.”¹⁷

Aparece, entonces, otro campo importante para el estudio y planteos sobre las posibles soluciones que podrían aportarse en estas Jornadas ante el nuevo foco de alerta roja que se ha prendido.

4.5. El decomiso de los bienes (extinción del dominio)

Con la modificación legal operada en la materia, el artículo 305 del Código Penal ha dispuesto que en las operaciones de lavado de activos serán decomisados los bienes de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que se estuvieren vinculados.

El imputado no puede ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

El legislador nacional claramente ha salido de la anterior concepción del decomiso como pena accesoria a la condena principal y ha pasado a tomar la postura del recupero de los bienes procedentes del delito; la idea central es evitar que el autor del delito continúe disfrutando del producido de su acción ilícita; una tendencia, por otra parte, internacional.

¹⁷ En el prólogo del libro “Ciberdelitos, bitcoins y lavado de activos”, de Gerardo Luis Lamas Suárez, abogado penalista peruano. <https://legis.pe/ciberdelitos-bitcoins-lavado-activos-gerardo-lamas-suarez/>

Sin embargo el mismo ordenamiento prevé, el caso especial en que, el proceso penal culminare en un sobreseimiento o de alguna otra forma favorable al imputado y le correspondiere la restitución de los bienes decomisados.

En estos casos, el reclamo tramitará a través de una acción civil de restitución. Pues bien, tal reconocimiento de un accionar judicial excesivo o apresurado, pone en duda si -no existiendo condena firme- se exhibe conveniente o adecuado una suerte de pena anticipada cual sería el decomiso. Aun reconociendo que la jurisprudencia ha entendido que el carácter *in personam* como pena dirigida al condenado, tradicionalmente entendido para el decomiso en nuestra legislación, ha devenido hoy en el carácter *in rem*, es decir el direccionamiento de la sanción hacia los bienes.

La sociedad misma, a quien se dirige la protección, resultaría perjudicada por las indemnizaciones reparatorias, si no resultare posible la restitución de tales bienes. Este caso, entendemos, también sería interesante considerar este tema como complementario del tema principal

4.6. En este caso también: la punición de la persona jurídica

Ya incluimos el tema en situación más genérica como es la consolidación de la punición de la persona jurídica en el nuevo proyecto de Código Penal, pero esto, con anterioridad aparece también contemplado en materia de lavado de activos.

El actual artículo 304 del Código Penal contiene una redacción que se repite en otros ordenamientos legales, disponiendo que cuando los hechos delictivos que nos ocupan en esta relatoría hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad diversas sanciones, aplicables conjunta o alternativamente. El camino emprendido parece no tener retorno y tiene alcance internacional.

Como parte del análisis global que merece la punición de las personas jurídicas (y otros entes) debería contemplarse también la regulación sobre lavado de activos.

4.7. Responsabilidad atribuida a los profesionales en Ciencias Económicas.

Pese al generalizado rechazo de los profesionales matriculados cuyas actividades se encuentren reguladas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas en punto a su nominación como sujetos obligados a intervenir en la prevención, detección e información sobre sospechas de lavado de activos (Ley N°25.246, art. 20, inciso 17), no se ha producido el cambio solicitado ante los Tribunales Federales de casi todo el país, restando a la fecha el pronunciamiento de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación. Esto, significa una situación pendiente y esperada por la profesión de ciencias económicas.

Al respecto sostiene D´Albora:

“...Para el cumplimiento del deber de suministrar información obligatoria a la UIF, el secreto no se levanta. Al no serle oponible, porque sus previsiones están contenidas en una ley especial y posterior a la que lo impone, la UIF ingresa al ámbito del secreto. La información obligatoria suministrada sigue siendo secreta y su eventual divulgación configurará el delito de violación de secretos calificada del art. 22 de la ley, que desplaza al art. 157 C.P....”¹⁸

Habría que analizar en este contexto si se puede garantizar el secreto a cargo de un organismo público, evitando las “filtraciones” de información. La pregunta obligada: ¿cómo se garantiza la indemnidad física del sujeto informante por ante un sujeto al que no pudo probarse el delito? ¿No entraña esto un peligro y subsecuente responsabilidad del Estado?

A pesar de que este tema ha sido objeto de ingentes tratamientos, cabe insistir en el análisis crítico de dicha vinculación. En dicho análisis, seguramente, deberán considerarse entre otras pautas: (i) los costos de cumplimiento; (ii) la exigencia de aplicar criterios subjetivos en el análisis de diversas situaciones que enumeran las disposiciones administrativas de UIF; (iii) y como tema fundamental, la ruptura del secreto profesional con el cliente al reportar operaciones sin su debido conocimiento. Tal vez, un exceso de celo del legislador argentino en satisfacer supuestas exigencias del GAFI¹⁹, se muestra en toda su inusual regulación para la profesión de ciencias económicas.

Debería incluirse también como pauta de análisis el rol que, en este sentido, deben asumir las entidades que regulan la profesión de ciencias económicas, fundamentalmente en cuanto a la defensa de los intereses que incumben a los matriculados

¹⁸ D´Albora, Francisco J. (h); NOTA 11 cit., págs. 62/3. No lo dice el autor pero es un hecho en la República Argentina que nadie puede garantizar el secreto a cargo de un organismo público pues las “filtraciones” son más que conocidas; para tales posibilidades –corrupción mediante, sin dudas- ¿cómo se garantiza la indemnidad física del sujeto informante por ante un sujeto peligroso al que no pudo probarse el delito?

¹⁹ Y decimos “supuestas” porque el análisis de las Recomendaciones del organismo internacional vienen acompañadas por Notas Interpretativas que no parecen haberse tenido en cuenta (en particular la Nota Interpretativa de la Recomendación 23).

4.8. A modo de resumen. Los puntos sugeridos como de análisis en particular

Planteadas las distintas cuestiones que se entienden importantes para abordar en estas Jornadas, resumimos seguidamente los temas que se consideran orientadores o motivadores de trabajos en el tema especial del lavado de activos1.- Causas de la escasa cantidad de casos con condenas por la constatación del lavado de activos.

- 1) Conveniencia de nuevas modificaciones legislativas. Experiencias en el derecho comparado.
- 2) El enfoque basado en riesgos como la nueva forma de prevención y detección de operaciones “prima facie” sospechosas.
- 3) Evaluación de la eficiencia de los organismos oficiales constituidos para la evaluación de los Reportes de Operaciones Sospechosas y del gasto público derivado de su funcionamiento.
- 4) Posibilidad de múltiples procesos y eventuales dobles condenas en los supuestos de “autolavado” de activos y derivaciones penales en los casos de punibilidad de las personas jurídicas.
- 5) La exigencia de conducta dolosa en la configuración del delito de lavado de activos como posibilidad única en el elemento subjetivo del tipo ante la ausencia del cargo legal de “el que a sabiendas” incurriere en alguna de las situaciones que plantea el texto legal vigente.
- 6) La aceptación de la reparación del daño como consideración suficiente para la extinción de la acción penal.
- 7) La consideración de operaciones especiales y novedosas frente al delito de lavado de activos, como las que representan las monedas virtuales.
- 8) La responsabilidad penal de los profesionales en Ciencias Económicas ante las disposiciones legales sobre lavado de activos y el rol de las entidades profesionales.

COMISION N°2

Presidente: Dr. Daniel G. Pérez

Relator: Dr. Sergio Armando Simesen de Bielke

Secretaria: Dra. Liliana Molas

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de julio de 2019.