

Garda Olaciregui, Enrique M.

Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva: negación indebida de la defensa de falta de culpa

**Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Garda Olaciregui, E. M. (2016). *Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva : negación indebida de la defensa de falta de culpa* [en línea]. Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/responsabilidad-objetiva-versus-subjetiva.pdf> [Fecha de consulta:]

RESPONSABILIDAD
OBJETIVA

versus

RESPONSABILIDAD
SUBJETIVA

(NEGACIÓN INDEBIDA DE LA DEFENSA DE FALTA DE CULPA)

Enrique M. Garda Olaciregui

Director de Tesis: Dr. Pedro J. Coviello

RESPONSABILIDAD
OBJETIVA

— **versus** —

RESPONSABILIDAD
SUBJETIVA

(NEGACIÓN INDEBIDA DE LA DEFENSA DE FALTA DE CULPA)

ÍNDICE

I.	Introducción	7
II.	El “Antilavado”: Origen y derecho comparado	13
III.	Los principios del Derecho Penal y su jerarquía	45
IV.	El régimen argentino: El estudio de la ley y reglamentación sobre la responsabilidad del funcionario	73
V.	Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva (negación indebida de la defensa de falta de culpa)	105
VI.	Conclusiones del caso particular	149
VII.	Conceptos a destacar	153
VIII.	Citas	163
IX.	Conclusiones	175

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN

La tesis que presento para el juicio de quienes tengan a su cargo su evaluación se basa en la consideración de un caso real –bien conocido por el autor– para, a partir de allí, llevar a cabo un estudio del alcance de la competencia sancionatoria de la Administración en el marco del ejercicio de su poder de policía.

El trabajo se plantea a partir de los siguientes interrogantes:

¿Puede un funcionario responsable del Control y Prevención de Lavado de Dinero ser responsabilizado por el solo hecho de ocupar el cargo, sin imputación concreta de conducta irregular alguna?

- En su caso, ¿qué excusas absolutorias tiene para oponer a la pretensión punitiva?
- ¿Sería suficiente con probar que ha obrado con cuidado y previsión, dando órdenes precisas, capacitando al personal, monitoreando, poniendo los medios con debida diligencia, etc.?
- O, por el contrario, ¿puede ser penado aunque hubiera obrado bien?
- ¿Cuál es la responsabilidad de la persona jurídica?

En un primer encuadre para responder a estas preguntas, partí de lo expresado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que ha dicho que “la simple constatación de la comisión de infracciones genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, *salvo que éste invoque y demuestre la existencia de una circunstancia exculpatoria válida*”.¹

¹ *In re* “Argenta Cambios S.A. y otros c/B.C.R.A.”, del 27.03.08.

Cabe preguntarse entonces:

- ¿Se debe penar exclusivamente a quien realice una conducta anti-jurídica y sea culpable?, o bien, ¿puede culparse también a quien no realizó la conducta punible, pero es indirectamente responsable de la misma?
- En este segundo caso, ¿sería aquel que eligió mal al dependiente, o lo supervisó mal, o no vigiló o cuidó mal de lo que estaba a su cargo?
- ¿Se trataría de un caso de responsabilidad por lo que no se hizo?
- ¿Ambos estándares serían aceptables en tanto se respeten las garantías básicas y no resulte condenado quien hizo todo lo que pudo y lo hizo bien, aunque el resultado sea antijurídico?

Nuevamente, vuelvo a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que también ha establecido que

“la aplicación de los principios generales del derecho penal común en el marco del denominado derecho penal administrativo (...) traduce una valoración sobre la conveniencia de ello, por razones de seguridad jurídica, ya que si se pretende construir al último como una disciplina jurídica autónoma, el resultado práctico será que los administrados no tendrán derecho a invocar en su defensa una serie de principios fundamentales (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, irretroactividad, culpabilidad, debido proceso penal, etc.) elaborados por el derecho penal clásico en un proceso secular con meta en el otorgamiento de mayores garantías en protección del individuo, objeto, sujeto y fin del derecho”.²

² CNACAF, Sala I, “Expreso Panamericano S.R.L. c/Resolución 28/98 - CNRT (Expte. 391/93)”, sentencia del 07.10.99, El Dial AH2B99.

Parecería que está establecido que las garantías constitucionales no pertenecen al derecho penal ni al derecho administrativo sancionador; están por encima de toda rama del Derecho y por lo tanto deben ser respetadas, bajo pena de declaración de inconstitucionalidad.

Se distinguen dos posibles líneas de interpretación: una que sostiene que toda sanción debe basarse en una culpabilidad previa, aun en las infracciones administrativas de mera inobservancia, y la otra por el contrario sostiene una suerte de responsabilidad administrativa sin culpabilidad, basada sólo en el resultado contrario a la norma, haya habido o no culpa.

Al respecto, la misma Corte Suprema, a partir del caso “Parafina del Plata”,³ consagró expresamente la idea de la “*personalidad de la pena*”, criterio que partió de la interpretación del contenido represivo de la Ley 11.683, conforme al cual en los arts. 43, 44 y 45, del texto entonces vigente, “se consagra el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente.”

“... es principio fundamental en materia penal el de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente...”. Cfr. La Ley 133-449.

Dicho principio, vale puntualizar, fue extendido por los tribunales a otros ámbitos represivos administrativos, erigiéndolo, en cierto modo, como un principio general del Derecho.

En ese sentido, basta tener en cuenta que el propio art. 1112 del C. Civil permitía al funcionario público evitar toda responsabilidad si demos-

3 Fallos: 271:297, del año 1968.

traba que su actuación fue regular —sin culpa o dolo— según la norma, y en la actualidad el art. 9º de la Ley 26.944.

Ahora bien, ¿qué pasa con el funcionario de una empresa privada?

Se trata de responder a la pregunta sobre si es responsable el funcionario privado encargado por ley del cumplimiento de normas administrativas que quien puso todo su empeño y medios a su alcance y no obstante ocurrió el resultado no querido.

Se trata de saber, entonces:

- Si por razones de orden público o conveniencia general, conviene a la comunidad crear el rol del “*chivo expiatorio*”, y asignárselo al funcionario.
- Si, por el contrario, corresponde castigar a la empresa donde se desempeña el funcionario, y no a éste, asumiendo que si obró con debida diligencia y no obstante ocurrió el mal resultado, *será culpa de la empresa que no puso al alcance los medios suficientes.*
- Acaso a ninguno de los dos porque no pudieron evitar el resultado en la situación concreta.
- A todos como escarmiento.

CAPÍTULO II

EL “ANTILAVADO”:
ORIGEN Y DERECHO
COMPARADO

1. Conceptos Previos

1.1 Doctrina Internacional

1.2 Concepto principal sobre Lavado de Dinero

1.3 Guía de Conceptos

1.4 Recomendaciones internacionales para el buen cumplimiento de la acción contra el lavado de dinero y financiación al terrorismo

1.5 Concreción de las recomendaciones internacionales mediante programas antilavado de dinero

2. Comentarios sobre el derecho comparado

1. CONCEPTOS PREVIOS

1.1 Doctrina Internacional

Según se ha establecido en los foros de especialistas, vivimos en una nueva era de controles internacionales antilavado de dinero (ALD).

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 han revolucionado el ámbito del antilavado y sacaron a la luz la nueva amenaza que representa el libre movimiento –y ocultamiento– de fondos destinados a apoyar actos terroristas en todo el mundo.

Como resultado a las respuestas y reacciones de los gobiernos en casi todos los países del mundo, los bancos, las instituciones financieras no bancarias y otros negocios no financieros ahora enfrentan obligaciones legales tanto a nivel nacional como internacional y duras penalidades.

De igual manera, los reguladores, agentes de la ley y fiscales que deben hacer cumplir las obligaciones legales enfrentan enormes desafíos y responsabilidades en sus tareas diarias.

Como resultado de todo esto, los trabajos de los profesionales que deben asegurarse de que sus organizaciones estén protegidas de los lavadores y de aquellos que financian el terrorismo ahora son mucho más exigentes y las presiones laborales, mucho más grandes.

⁴ Doctrina extractada de la Guía de Estudio de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero. Con sede en Brickell Bayview Center, 80 SouthWest 8th Street, Suite 2350. Miami, Florida 33130-EEUU). Naim, Moisés: *Ilicito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona, 2006, p. 170. Naim asimismo señala: “Apenas unos minutos después del atentado contra el World Trade Center, las unidades antiterroristas estadounidenses sabían ya que se enfrentaban a la organización al-Qaeda, dirigida por Osama bin Laden. Pero en los días que siguieron al 11-S, prácticamente las únicas pistas de que se disponía para entender cómo había preparado su ataque el nuevo enemigo de Estados Unidos, eran las transferencias bancarias, los anticipos en efectivo y los recibos de las tarjetas de crédito. El mero hecho de encontrar testigos –la camarera del restaurante, el empleado de la agencia de alquiler de coches– implicaba seguir el rastro de los gastos realizados por los secuestradores. Pero ir todavía más lejos entrañaba la promesa de obtener una recompensa mucho mayor: descubrir las fuentes y los canales mediante los cuales esos y otros terroristas financiaban sus operaciones, con el fin de neutralizarlos al impedirles acceder al dinero y vigilar sus transacciones hasta capturarlos”.

A medida que las reglas antilavado en la mayoría de los países crecen y se vuelven más complejas, la demanda por profesionales antilavado calificados y certificados ha crecido exponencialmente en casi todos los países.

Al mismo tiempo cada vez es más importante asegurarse que estos profesionales cuenten con la capacidad y habilidades que el trabajo requiere.⁴

1.2 Concepto principal sobre Lavado de Dinero

Es el proceso mediante el cual el dinero sucio toma apariencia de fondos de origen lícito.

Los delitos de trata de seres humanos, malversación o fraude al Estado, corrupción, sobornos, tráfico de drogas y prostitución, traen aparejadas ganancias que es necesario “legitimar” o “blanquear”.

Los delincuentes operan a través del sistema financiero para ocultar sus fuentes ilícitas y darles apariencia de nueva fuente al dinero depositado.

Vemos que el fraude es fundamental en el tema, ya que se trata de engañar al funcionario bancario para colocar los dineros mal habidos en el sistema, y luego operar con esos fondos, para afrontar pagos ordenados por el lavador, como si su fuente fuera el banco que aplica depósitos o da crédito.

El Grupo de Acción Financiera (GAFI), un organismo intergubernamental con sede en París creado en 1989 por el grupo de los siete países industrializados para fomentar acciones internacionales contra el lavado de

“Muchas técnicas son bien conocidas: cuentas bancarias anónimas en jurisdicciones permisivas, o empresas pantalla establecidas en sectores que hacen un uso intensivo del efectivo, como restaurantes, bingos o lavanderías. Otras son de nuevo cuño, y las posibilita la integración financiera global, pero todas ellas hacen que en la actualidad el ‘dinero negro’ sea más ágil, móvil y escurridizo que nunca.”

“El blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo, la evasión fiscal y el fraude se producen al mismo tiempo que la inversión extranjera directa, las inversiones bursátiles, las remesas de los emigrantes, las transacciones con tarjetas de crédito, el comercio electrónico, etc. El problema reside en que el carácter entrelazado de la actividad lícita e ilícita ofrece a los blanqueadores de dinero un camuflaje perfecto dentro del sistema financiero global del que todos dependemos” (Naim, ob. cit., p. 172).

dinero, ha definido el lavado como la acción de transferencia de propiedad de dinero para ocultar su origen, sabiendo los partícipes que el origen se deriva de una ofensa criminal.

En los Estados Unidos de Norteamérica el término “sabiendo” se complementa con el concepto de ceguera intencional, que es un principio legal que se utiliza en los casos de lavado para imputar la conducta a otro sujeto. Para nosotros sería el concepto de culpa grave, por haber obrado sin el cuidado y previsión que exigía la operación de que se trate.

El lavado de dinero implica tres fases, según la doctrina internacional:

1. Colocación o “*Placement*”, que es la introducción de los fondos en el sistema financiero. (Deja fondos y se lleva instrumento negociable, preferentemente dividiendo o estructurando las sumas mayores.)
2. Ocultamiento o “*Layering*”, que es la separación del dinero de su causa mediante capas de transacciones financieras (p. ej., compra de cheques de viajero).
3. Integración o “*Integration*”, que es el reingreso a la economía de los que aparentan ser fondos de origen lícito.

Siempre se trata de *fraude al control bancario*, ya sea porque éste es nulo, o porque el lavador logra superar la debida diligencia del banco. Nunca debería haber responsabilidad del agente que opera sin que haya culpa, dolo intencional o culpa grave, o no cumplimiento de las normas por negligencia.

De tal forma, el cliente habitual logrará “colar” los fondos ilícitos juntos con otros que no lo son. Como ejemplo de ello se puede citar el caso del cliente beneficiario de tarjeta de crédito que logra comprar por encima de

sus límites y luego paga de contado la deuda de la tarjeta, sin ser interrogado sobre el origen de los fondos que sirvieron para comprar bienes, porque esos fondos llegan al banco como pago de la deuda de la tarjeta.

A través de compañías pantalla, el lavador puede crear la percepción de que los fondos ilícitos han sido generados por una fuente legítima. Por ejemplo: un hotel declara enormes ventas de servicios según sus registros, cuando rara vez tiene huéspedes. Luego abre cuentas en un banco, deposita el dinero de origen ilícito y gira contra ella como si hubiera sido producida por la actividad del hotel. Con esas operaciones se crean así ganancias ficticias, que en realidad es dinero sucio.

O por medio de operaciones de comercio exterior con subfacturaciones (queda el dinero de la diferencia real, afuera y sin registro bancario), o las mismas operaciones con sobrefacturaciones (queda el dinero de la diferencia incorporado como precio e ingresa “legítimamente” al patrimonio del exportador). De esa forma, mediante gastos o salarios ficticios el lavador coloca plata en el patrimonio de quien le expide la factura.

De tal manera, vemos que en todos los casos citados siempre se requiere una *relación estable* con el banco donde el cliente tiene una cuenta abierta, y además un engaño al mismo banco, a quien se le hace creer que se está operando con dinero bien habido, que surge de la actividad declarada y de las ganancias esperadas.

Sin embargo, la documentación puede ser formalmente inobjetable pero contener gastos, precios, o servicios que no tienen una causa real. Pero aun estas situaciones exigirán superar la barrera de control que levantará el banco con el perfil, que predice cuáles son las actividades esperadas, y cuáles los montos del rango en que se espera que el cliente opere.

1.3 Guía de conceptos⁵

1.3.1 ¿Qué es el “lavado de dinero”?

Se trata de que fondos de origen ilícito parezcan provenir de una actividad lícita.

Esto se realiza en general simulando un origen lícito (dar ganancias en los libros que no existirían en la realidad y dar ingreso a fondos ilícitos para llenar ese vacío).

1.3.2 Definición del GAFI

El GAFI (Grupo de Acción Financiera) es un organismo multinacional con sede en París creado en 1989 por el Grupo de los siete países industrializados.

El GAFI define el lavado de dinero como una conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas, con el objeto de disfrazar su origen ilícito.

Se reitera que en los tribunales de EE UU, el dolo o actuación a sabiendas también involucra la conducta de “*ceguera intencional*” (una indiferencia deliberada).

1.3.3 Diferencias con la Financiación del Terrorismo

Los fondos que tienen un origen ilícito son objeto de lavado para aparentar un origen lícito, pero en la financiación al terrorismo se puede pretender ocultar el destino y tal vez no el origen.

5 Guía de Estudio de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, cit.

En ambos casos el operador puede servirse del sistema financiero.

1.3.4 Fases del Lavado de Dinero

Colocación: Los fondos son colocados en el sistema financiero (depósitos de ganancias simuladas, etc.).

Ocultamiento: Conversión de los fondos mediante su declaración de licitud como provenientes de la actividad declarada y adecuada al perfil del depositante.

Integración: Colocación de los fondos dentro del giro usual del operador mediante inversiones o pagos.

1.3.5 Consecuencias negativas del lavado de dinero

Tal actividad facilita el aumento del delito y la corrupción al permitir impunidad al criminal. También es una realidad que se debilita al sector privado legítimo creando una competencia desleal.

La evasión fiscal debería ser considerada como un obrar ilícito pero sujeto a otros principios de contralor, dado que los Bancos no ejercen la función de policía fiscal, y sólo pueden indagar sobre la verdad formal de las declaraciones y su adecuación a los perfiles establecidos.

El lavado quizás produzca una mayor recaudación fiscal al ingresar al sistema financiero fondos antes no declarados. Parecería inadecuado que el prestigio de una entidad se pueda ver dañado porque la autoridad de contralor impositivo verifica con posterioridad que las declaraciones del ejercicio no contienen las partidas bancarizadas, aunque existan explicaciones suficientes de acuerdo con la rentabilidad esperada.

De todas maneras, los impuestos deben ser pagados y el no pago castigado, pero no como lavado de dinero, sino como evasión impositiva.⁶

1.3.6 Métodos usuales de Lavado de Dinero⁷

Transferencias Electrónicas: Dado que los bancos han implementado a nivel mundial un sistema eficaz de control de origen de los fondos, las operaciones de lavado se van orientando paulatinamente hacia el sector financiero no bancario y al sector comercial.

No obstante, pueden resultar sospechosas las transferencias que se realizan hacia una localidad de alto riesgo sin una razón comercial suficiente, o que no correspondan al perfil del cliente (actividad inusual).

Banca corresponsal: Se trata de bancos importantes que operan en plaza para otros bancos de otras jurisdicciones y dado que el cliente en origen es bancarizado por la otra institución, presenta un riesgo indirecto. Es por eso que el banco corresponsal realiza un *due diligence* reforzado antes de abrir este tipo de cuentas, buscando determinar si el banco cliente cumple con las normas vigentes y con los estándares internacionales.

6 Coincide Moisés Naím: “El caso de la evasión fiscal es algo más ambiguo. Sólo unos pocos evasores de impuestos se dedican a sacar del país maletines llenos de dinero amparados por la oscuridad de la noche. Lo más frecuente es que la evasión de impuestos constituya una práctica cuasilegal que utiliza servicios financieros extranjeros para reducir las responsabilidades fiscales, infringiendo así el espíritu de la ley, pero no su letra. Además, en cada país las leyes tributarias tienen sus propias peculiaridades, de modo que cualquier persona o empresa que actúe en más de una jurisdicción puede, al menos en cierta medida, trasladar activos, ingresos, gastos y pasivos de un Estado a otro con el fin de minimizar sus pagos tributarios. Todo esto hace sumamente difícil determinar cuándo la evasión fiscal cruza la línea que separa lo lícito de lo ilícito”. (Op. cit. p. 178)

“Los países ricos aún tenían que ponerse de acuerdo con respecto a qué flujos de dinero eran susceptibles de ser declarados ilegales. Tal era el caso de la evasión fiscal, que algunos consideraban equivalente al blanqueo de dinero, mientras que otros apenas la penalizaban.” (Op. cit. p. 194)

7 Guía de Estudio de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, cit.

Cuentas operadas por clientes del banco extranjero: Puede ocurrir que el banco local abra una cuenta a nombre de un banco extranjero y éste entregue chequeras a sus clientes, quienes operan como si fueran titulares de subcuentas. Si estos clientes aplicaran fondos de origen ilícito, la investigación puede involucrar a ambos bancos de la relación de corresponsalía.

Sociedades Pantalla: Un cliente individual puede operar con activos de una sociedad que recibe transferencias por transacciones que no representan el valor de los activos transados (sobrefacturación o subfacturación, según la plaza donde se quiera dejar el dinero no declarado).

Estructuración: Se divide una operación en varias de valor menor, de manera de operar por debajo de los límites del reporte.

Todas estas distintas maneras de incorporar dinero de origen ilícito al flujo financiero se pueden impedir con una acción eficaz de conocer al cliente, de manera de no operar con fondos cuyo origen no encuadra en el perfil.⁸

1.3.7 Actividad sospechosa

Es la conducta o actividad irregular o cuestionable del cliente que puede estar relacionada con el lavado de dinero u otro delito, o la ejecución de un delito de financiamiento de actividad terrorista. También puede referirse a una transacción que es inconsistente con el negocio legítimo del cliente, las actividades

⁸ Dice Naím: “Los traficantes y los terroristas constituyen dos grupos de usuarios de los servicios financieros ilícitos. Un tercer grupo es el integrado por los individuos corruptos, cuyas transacciones no sólo tienen identidad propia sino que a menudo representan un complemento de las transacciones de otros”. (Op. cit. p. 178.)

personales o el negocio normal de ese tipo de cuenta. Se presume que el cliente tiene una relación estable.

1.3.8 “Conozca a su cliente” (CSC)

Son las políticas y procedimientos de control del lavado de dinero utilizadas para determinar la verdadera identidad de un cliente y el tipo de actividad que es “normal y esperada”, y para detectar el tipo de actividad que sea “inusual” para el cliente en cuestión.

Muchos expertos consideran que un programa CSC eficiente es una de las mejores herramientas en un programa antilavado de dinero efectivo. Al cliente ocasional no se lo conoce, sino que se le presta un servicio dentro de las normas.

1.3.9. Diligencia debida sobre el cliente

Generalmente, la diligencia debida se refiere al cuidado que una persona razonable debería tomar antes de celebrar un acuerdo o transacción con otra parte. En términos de controles institucionales de lavado de dinero, implica la implementación de políticas, prácticas y controles adecuados para promover elevados estándares éticos y profesionales e impedir que los bancos sean utilizados, intencionalmente o no, por elementos delictivos.

La diligencia debida incluye no solamente el establecimiento de la identidad de los clientes, sino también el monitoreo de la actividad de la cuenta para determinar cuáles transacciones no están conformes con las transacciones normales o esperadas para este cliente o tipo de cuenta.

Se presupone una conducta esperada “*ex ante*”, luego un legajo, luego una relación estable, no ocasional.⁹

1.4 Recomendaciones internacionales para el buen cumplimiento de la acción contra el lavado de dinero y financiación al terrorismo¹⁰

1.4.1 Grupo de Acción Financiera Internacional

En 1989 el Grupo de las Siete Naciones reunidos en París, creó el Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATF), que tenía como objetivo mantener un esfuerzo coordinado contra el lavado de dinero internacional, unificando criterios gubernamentales, logrando cambios uniformes en las leyes y la normativa que rigen los sistemas financieros.

Tiene actualmente 33 países miembros que se han comprometido políticamente a implementar las recomendaciones del GAFI y someterse a un proceso de evaluación mutua.

El primer acto del país miembro será el de criminalizar el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, y obligar a las entidades financieras a aplicar la política de “conozca a su cliente” y así poder reportar operaciones sospechosas que no respondan al perfil del cliente (operaciones inusuales). El reporte lo recibirá

⁹ La comodidad del cliente resulta primordial aquí. Las tarjetas de crédito y de débito y los cajeros automáticos fueron instrumentos pioneros en la portabilidad bancaria y el control individual; actualmente, con unos cuantos avances tecnológicos más, la difusión de la banca electrónica resulta inexorable. Se han abierto bancos puramente virtuales, entidades que sólo tienen presencia en Internet y que jamás han visto a un cliente cara a cara. También va en aumento el uso del dinero virtual, concretamente en la forma de tarjetas inteligentes que admiten la carga previa de cantidades determinadas en un chip que llevan incorporado, lo que constituye una gran mejora con respecto a los cheques de viaje, entre otras cosas porque ofrece un gran potencial de anonimato. (Naim, op. cit. p. 184)

¹⁰ Fuente: Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, cit.

una Unidad de Investigaciones Financieras (UIF), quien analiza la información y en su caso la eleva al fiscal encargado del tema.

El GAFI da recomendaciones para que se implementen según la legislación de cada país y monitorea su cumplimiento a través de una autoevaluación anual (cuestionarios sobre el cumplimiento de las recomendaciones) y una evaluación mutua de otros gobiernos de países miembros.¹¹

El GAFI no impone sanciones pero puede aplicar una recomendación a las instituciones financieras de los países miembros para que ejerzan una diligencia reforzada en todas las operaciones con residentes en el país en cuestión.

1.4.2 Las “40 recomendaciones del GAFI”

Se trata de contramedidas destinadas a impedir que los originadores de fondos ilícitos o sus cómplices o encubridores realicen con éxito la inclusión del dinero en los sistemas legales de la economía.

El FMI y el Banco Mundial han reconocido las “40 Recomendaciones” como el estándar internacional para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

Estas recomendaciones abarcan la necesidad de ejercer un control, por medio de leyes apropiadas, por normas del sistema finan-

11 No obstante, el avance más significativo se produjo en 1989 cuando el G-7 (el grupo formado por los siete países más industrializados del mundo) decidió crear un grupo de trabajo para aunar sus conocimientos sobre el blanqueo de capitales. El llamado Grupo de Acción Financiera (GAFI) carecería de burocracia y sólo dispondría de un pequeño secretariado. Sería un grupo voluntario y de índole práctica, en el que inicialmente sólo se invitó a participar a los países del G-7 y a otros Estados europeos. Además, funcionaría por medio de exhaustivas evaluaciones mutuas –las denominadas “revisiones paritarias”– destinadas a difundir unas prácticas financieras “limpias”. En 1995, el GAFI había completado la primera ronda de evaluación de sus miembros. Después el grupo se amplió y se crearon otros similares en distintas áreas geográficas. (Naim: op. cit. p. 192/193)

ciero y por medio de la cooperación internacional, todo dirigido a impedir los movimientos de fondos de origen ilícito.

Dichas recomendaciones logran levantar un fuerte obstáculo para que quien acude al sistema financiero con dinero ilícito pueda celebrar alguna transacción que involucre tales fondos. Todo cliente del banco debe dar información para abrir una cuenta para depositar o para operar a crédito. Deberá contestar un cuestionario dando información documentada suficiente para que el banco operador pueda establecer su perfil. Ese perfil da cuenta de la actividad esperada del cliente según su capacidad patrimonial y saldos promedios.

Todo cliente que pretenda realizar una operación fuera de su perfil deberá ser llamado a dar explicaciones documentadas. Si opera sin dar explicaciones sobre la inusualidad del acto deberá ser informado a la autoridad de contralor (UIF). Esta autoridad calificará la información de manera de predeterminar si hay un acto de lavado o no. En su caso lo derivará a la instancia judicial para que se inicie una investigación que impulsará el fiscal encargado del tema.

Los obligados a informar sobre operaciones inusuales no son sólo los bancos sino también agentes de bienes raíces, comerciantes en metales preciosos, proveedores de servicios, etc.

Algunos temas principales de las 40 Recomendaciones son la necesidad de especificar la categoría de delitos que pueden dar lugar a fondos ilícitos.

Esto es especialmente importante en aquellos países que quieran excluir del lavado y sus normas a otros actos que tienen una legis-

lación represiva especial (p. ej., penal tributario o evasión impositiva), evitándose así la doble sanción o el absurdo de ser penado como autor y también como encubridor.

Se persigue a todos los que a sabiendas pretenden operar con fondos ilícitos y a aquellos que debieron conocer la procedencia ilícita (ceguera voluntaria).

Esta afirmación implica que el autor cometerá actos intencionales, y todos los que traten con él deberán actuar con la debida diligencia para evitar el cargo de “ceguera voluntaria”. Luego, quien no es el autor del acto criminal y no conoce el origen ilícito de los fondos no podrá ser castigado si demuestra que en la actividad que le compete (p. ej., funcionario de banco), desarrolló su tarea en debida forma con los medios que la institución puso a su disposición.

La política de prevención de lavado de dinero y financiación del terrorismo es parte de una política de riesgo general, de manera que el operador siempre pueda constatar el origen del dinero y la razón de la operación y su destino. Así no se podrá actuar a nombre de terceros sin acreditar el origen de los fondos, y no podrá haber cuentas con nombres de fantasía.

1.4.3 Prevención de la financiación del terrorismo

Se trata de que los países miembros incriminen legalmente la financiación del terrorismo, y que se persiga efectivamente ante la justicia a quienes realicen esa actividad o sean sospechados, de manera que durante la investigación se puedan deslindar responsabilidades, embargar fondos y descubrir a organizaciones que remesan fondos a terroristas. A tal efecto se prestará

especial atención a las transferencias internacionales. Se vigilará en especial a las personas con antecedentes, y a las entidades que reciben fondos cuyo origen desconocen. Estas organizaciones, sin fines de lucro deberán recibir el mismo trato que las personas jurídicas, debiendo presentar balances, estado de situación patrimonial o cuadros de origen y aplicación de fondos, presentar informes de auditorías e identificar a todos los miembros de sus comisiones directivas.

1.4.4 Países no cooperadores

La práctica del GAFI es nombrar y avergonzar a los países no cooperadores que no demuestren tener regulaciones suficientes, supervisión adecuada, requisitos obligatorios de identificación de los clientes y obligación de reportar operaciones sospechosas.

También se tiene especialmente en cuenta la voluntad política de quien ejerce el poder para combatir el lavado de dinero. Por ello actos de corrupción que generen fondos ilícitos son tenidos en cuenta en forma negativa.

Así también el mal uso de la información, informando lo que se debe callar o no informando lo que se debe decir.

Cualquier entorpecimiento a la actuación de los jueces o de la autoridad de contralor también es tenido en cuenta.

El enriquecimiento ilícito de funcionarios o conductas irregulares que generen fondos que puedan ser afectados a operaciones de lavado, etc.

La persecución por operaciones de lavado a quienes son inocentes y la no persecución de quienes aparecen como culpables puede dar cuenta de un mal ejercicio del poder buscando otros fines que evitar las operaciones de lavado.

1.4.5 Estándares internacionales establecidos por el Comité de Basilea sobre supervisión bancaria

Con sede en Basilea, Suiza, el Comité sobre Supervisión Bancaria establecido en 1974 por los presidentes de los Bancos Centrales de los países miembros promueve criterios uniformes de supervisión.

Por ello se promueven normas que los Bancos Centrales deberán imponer tales como identificación del cliente y origen de los fondos, la debida diligencia para monitorear cuentas y establecer la adecuación de los movimientos con el perfil esperado.

Estas medidas no tienen fuerza de ley.

1.4.6 Estándares internacionales sobre lavado de dinero de la Unión Europea

La Unión Europea puede dictar medidas con fuerza de ley incluso sin la aprobación de los Congresos Nacionales, para aplicar sus determinaciones en todos los países miembros.

Sus directivas reproducen todos los estándares de lucha antilavado alineados con las recomendaciones del GAFI.

1.4.7. Grupo Egmont

Reunido en Bruselas en 1995, trata de promocionar la creación de

Unidades de Información Financiera, y la cooperación entre ellas.

Define a las Unidades de Información como responsables de la recepción y análisis, y entrega a las autoridades competentes de la información sobre actividades sospechadas de utilizar fondos de origen ilícito.

1.4.8. Grupo Wolfsberg

Es un grupo de bancos que se reunió en el año 2000 en Suiza para unificar estándares de normas de prevención del lavado en operaciones de Banca Privada, tratando de perseguir fondos provenientes de la corrupción. Fomenta la realización de una diligencia debida reforzada en operaciones con funcionarios públicos, países de alto riesgo, etc., debiendo ejercerse un monitoreo suficiente basado en la teoría del riesgo.

1.4.9 La “USA Patriot Act”

Con motivo de los ataques del 11 de septiembre de 2001 y la necesidad de perseguir a las organizaciones que armaban a terroristas, el Congreso de los EE UU dictó una ley especial, firmada por el presidente George W. Bush el 26 de octubre de 2001, que se denominó formalmente “Ley de 2001 para la Supresión del Lavado de Dinero Internacional y de la Financiación de Actividades Terroristas”.

Esta ley, cabe señalar, faculta al gobierno de los EE UU a alcanzar los activos que pudieran estar situados en cualquier parte del mundo.

Tiene especial importancia para las instituciones financieras que operen en los EE UU, ya que pueden ser responsabilizadas por

el origen ilícito de fondos de sus clientes y embargadas en consecuencia (extraterritorialidad).

1.4.10 Oficina de Control de Activos Extranjeros

Esta oficina es conocida con el nombre de OFAC por sus siglas en inglés (*Office of Foreign Assets Control*), que está dentro del Departamento del Tesoro estadounidense.

Tiene la facultad de aplicar sanciones basadas en el principio de la extraterritorialidad a toda persona o institución que haya operado en jurisdicción de los EE UU con fondos de origen ilícito y/o aplicados a la financiación del terrorismo.

1.5. Concreción de las recomendaciones internacionales mediante programas antilavado de dinero¹²

Se trata de un componente de cumplimiento esencial por parte de una entidad financiera para evitar responsabilidad por una conducta irregular.

Estos programas incluirán tanto al gobierno corporativo como a la administración de riesgo, debiendo ser instalados con el visto bueno de un consultor, los auditores y la autoridad de contralor.

Los programas abarcan desde la alerta inicial cuando se trata de una operación inusual, hasta el reporte de la operación como sospechosa a la UIF, con involucramiento de las autoridades de la entidad.

Los controles deben basarse en el riesgo, de manera de calificarlo racionalmente en alto, medio y bajo.

¹² Guía de Estudio de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, cit.

Las políticas de “conozca a su cliente” y el perfil que surja de la información requerida conforman la referencia para evaluar el riesgo.

Se trata de que el control se ejerza de manera que no queden preguntas sin formular, ni respuestas sin analizar. Al efecto no basta cumplir con la norma (*check list*) sino que debe haber constancia documentada suficiente que explique el origen, el destino y la adecuación de la operación con lo esperado por el perfil. Se trata de un enfoque de sentido común e inteligente, en lugar del simple cotejo.

Para evaluar el riesgo, el sistema debe tener en cuenta la base de clientes, la ubicación, los productos y servicios, la actividad principal, etc. Así, es necesario saber dónde tiene el establecimiento principal del negocio el sospechoso, pues la ubicación puede determinar riesgos, ya sea dentro o fuera del país. También, determinar a quién le vende sus productos, ya que ese dato puede influir sobre la licitud del origen, y la forma en que se reciben pagos, si en efectivo o por transferencias electrónicas, si desde zonas de frontera o desde el exterior. Se necesita también la plena identificación de los dueños del dinero o accionistas para determinar el riesgo del origen o destino.

No es lo mismo operar con clientes de una jurisdicción que tiene una autoridad de contralor que aplica los estándares del GAFI y Basilea, y por lo tanto todo cliente bancarizado que se supone debidamente registrado, que operar con otros clientes que están libres de ese control.

En este sentido, se consideran de alto riesgo clientes con actividad de casino, o residentes en paraísos fiscales, remesadores de dinero, comerciantes que exportan e importan, cualquier negocio con manejo masivo de dinero efectivo, etc.

1.5.1 Políticas

Se debe declarar en términos generales la intención de mantener los fondos cuyo origen se desconoce fuera de la institución. Este resultado es responsabilidad de todos los directores, funcionarios y empleados.

Al efecto se deben establecer normas, manuales, cursos de capacitación y controles eficaces, estableciéndose el principio de que a mayor riesgo, mayor control y mayor diligencia en las exigencias.

A tales fines, el oficial de cumplimiento es un funcionario de alta jerarquía que supervisa el buen cumplimiento de las políticas a través de los medios que pone a su disposición la entidad financiera.

Tal función, vale resaltar, no implica que cualquier resultado disvalioso le pueda ser imputado, ya que el examen de buen desempeño se realizará sobre el desempeño de sus tareas, asumiendo que el resultado deberá ser bueno, salvo imponderables o ineficacia de los medios al momento del hecho. Puede ocurrir que el buen desempeño pueda coexistir con una operación con fondos de origen ilícito, pero ese buen desempeño puede eximir de responsabilidad al funcionario. En ese caso debiera tomarse nota para mejorar los medios para el futuro destinando más inversiones, si fuera el caso, para mejorar y ser ejemplo de otros.

Conjuntamente con el Comité de Antilavado y Prevención de Financiación del Terrorismo, el funcionario responsable y los gerentes de las distintas áreas analizarán las alertas y el reporte de las operaciones sospechosas.

1.5.2 Capacitación

Las autoridades de contralor dictan normas que obligan a las entidades a dar capacitación a su personal para que sirvan de eficaz

instrumento en la concreción de la política de prevención de la actividad ilícita.

Los empleados y funcionarios que están en contacto con los clientes deben estar capacitados para requerir toda la información necesaria que permita determinar la licitud del origen de los fondos y el destino de toda financiación.

La capacitación debe ser seguida por una supervisión efectiva que permita aclarar las dudas y verificar el cumplimiento de las normas.

La Oficina de Antilavado y el Comité de Prevención deberán analizar todas las alertas sobre operaciones inusuales de manera de concretar la denuncia de operación sospechosa.

El funcionario responsable de la actividad antilavado supervisará el actuar de la Gerencia Antilavado y actuará en el Comité dando opinión sobre la actividad sospechosa señalada.

Serán capacitados también los miembros de la auditoría interna y los directivos.

De esta manera se concretará la política de “conozca a su cliente” de manera que todos los fondos que se bancaricen puedan ser imputados a la actividad declarada y a los flujos y rentabilidad esperada.

El objetivo es instalar una cultura de cumplimiento de las normas antilavado dentro de la cual cada funcionario tenga su rol. Así, no es necesario que los directores sean expertos pero deben deliberar y resolver sobre políticas para evitar el obrar ilícito.

Se trata de obligaciones de medios, de manera de poder determinar que se ha obrado con cuidado y previsión al poner en marcha las políticas (Directivos) al supervisar su cumplimiento (Unidad Antilavado) y decidir reportar la actividad sospechosa (Comité). De estas tres actividades forma parte el oficial responsable de antilavado, ya que determina las políticas como director, supervisa el actuar de la entidad que recibe las alertas, y forma parte del Comité para decidir informar una operación sospechosa, habiendo analizado previamente si se sospechó fundadamente o no, de manera de evitar reportes no razonables.

Las autoridades de contralor deben respetar el actuar de la entidad y sus funcionarios, cuando excluyan o incluyan en el reporte a un cliente que haya motivado la sospecha. Se debe cuestionar la falta de diligencia, pero no el criterio del funcionario, y siempre se debe constatar que se ha puesto el debido cuidado y previsión. Cuando el resultado disvalioso ocurra pese al esfuerzo de los funcionarios no deberá haber castigo alguno.

Se deberá tener en cuenta que una norma se dicta para ordenar conductas hacia un objetivo y tal camino requiere tiempo e inversión.

Cuando se haya determinado que existe la cultura de actuar contra el lavado y financiamiento del terrorismo, que existen políticas, supervisión y evaluación del desempeño, se puede afirmar que se trata de una buena gestión.

En el caso que haya sucedido alguna irregularidad, es menester que las autoridades de la entidad solucionen el problema hacia el futuro. Lo que puede haber sido una buena gestión pese a un hecho irregular no detectado puede constituir una falta de diligencia si se vuelve a repetir o no se toman medidas especiales.

1.5.3 Conocer al cliente

Un buen programa antilavado se apoya en esta columna fundamental que implica: identificación del cliente, la fuente de los fondos, la capacidad patrimonial, las operaciones usuales o actividad esperada, la rentabilidad esperada, evaluación de riesgos, documentación que respalde las conclusiones, reporte interno y externo, auditorías, capacitación, verificación de domicilio, visitas, referencias, etc.

En su caso, se debe chequear al cliente contra listas que sean de dominio público.

Vale señalar que las listas de verificación de nombres de la OFAC del Departamento del Tesoro de los EE UU contienen nombres de las personas que están interdichas para actuar en el sistema financiero de EE UU (Oficina de Control de Activos Extranjeros).¹³

1.5.4. Reporte de Actividad Sospechosa

El control y reporte debe estar basado en el riesgo y ser determinado por factores tales como el tamaño de la compañía, el tipo de negocio, la actividad y los clientes conectados.

Se debe atender en especial las actividades de uso de cajeros automáticos ya que facilita que una persona deposite en una jurisdicción y otra retire el depósito en otro lugar. Igualmente es necesario

13 No es fácil llevar a los tribunales los casos de blanqueo de dinero. Una empresa pantalla puede reciclar fondos blanqueados utilizando toda una serie de procedimientos. Facturar de más, facturar de menos o inflar los costos de transporte constituyen los métodos habituales, así como invertir en más empresas pantalla para permitir acuerdos fraudulentos entre ellas, y luego enterrar el rastro del dinero en una montaña de variadas y mayoritariamente legales órdenes de compra, facturas, certificados de embarque y demás papeleo. Actualmente, el término *matrioshka*, la muñeca de madera rusa que contiene otras más pequeñas en el interior de cada una de ellas, alude también a las empresas pantalla de Europa oriental que son filiales unas de otras en una cadena interminable; en Italia se las conoce como “cajas chinas”. (Naim, op. cit. p. 188/189.)

contrastar la operación con el perfil que anticipa la actividad esperada por producto, servicio, monto, destino, etc.

Siempre se debe poder contestar en base al legajo las preguntas sobre el origen de los fondos (el Banco que bancariza los fondos), la habitualidad de la operación (actividad esperada), los saldos y montos promedio (o la explicación del caso) y si hay o no reticencia en dar la explicación requerida.

Las transferencias cablegráficas son actividades que implican un riesgo alto, donde se debe establecer su adecuación a la realidad del negocio y contraprestación, teniendo en cuenta el perfil. Así se puede establecer la inhabitualidad de la operación, la reticencia de explicar el porqué de las diferencias, las sobrefacturaciones o subfacturaciones respecto a los precios de mercado, etc.

1.5.5. Soluciones electrónicas antilavado

Sin un sistema automatizado es imposible controlar el sinnúmero de operaciones que pasan diariamente por una entidad financiera. Las transacciones son monitoreadas en base a perfiles cargados con anterioridad para que salte una alarma en caso de no adecuación a lo esperado, o si el cliente o tercero interviniente está indicado en las listas de la OFAC o similares de terroristas (operación vs. Perfil) (Base de datos de consulta automática).

Sin embargo si se trata de operaciones ocasionales dentro de los límites realizados por clientes sin cuenta ni legajo, no podrá hacerse el seguimiento para determinar contra un legajo si la operación es usual o no.

Las autoridades de contralor pueden solucionar el tema exigiendo

que sólo se opere con clientes con legajo y perfil/cuenta abierta. Esto es un inconveniente para el público que quiere realizar una operación sin crear un vínculo estable con la entidad.

Lo que no puede hacer la autoridad de contralor (UIF) es exigir que el cliente ocasional sin perfil sea incorporado al sistema como cliente con cuenta y perfil. Como se explica al tratar la legislación vigente, se destaca que la UIF ha pedido que se dictase el Decreto 1936/2010 (14.12.2010), que otorga nuevas facultades a la UIF y establece que cualquier persona que contrate con una entidad financiera recibirá el trato de cliente. Ya no distingue entre cliente ocasional y habitual según tenga o no cuenta abierta.

La UIF, perfeccionando su obrar, ha decidido que todo cliente que celebre una operación debe tener cuenta y legajo (Conf. Art. 5 Decreto 1936/2010).

A contrario sensu, hasta ahora se podía atender operaciones ocasionales de clientes sin cuenta ni legajo.

1.5.6. Principales elementos de un programa de antilavado de dinero

Un programa antilavado de dinero es un componente esencial del régimen de cumplimiento de una institución financiera.

El primer objetivo de todo buen programa es asegurar que la organización esté cumpliendo completamente con las leyes y regulaciones correspondientes. Por esa razón, la elaboración, estructuración e implementación de estos programas son prioridades máximas de cualquier institución.

En algunas organizaciones, los dos términos –antilavado de dinero y cumplimiento– son usados en forma indistinta. En otras, un programa antilavado de dinero se refiere específicamente a los controles (como la conservación de registros y el reporte de actividad sospechosa) que son necesarios para disminuir los riesgos asociados con los clientes que podrían estar involucrados en lavado de dinero o financiamiento del terrorismo. Los programas de cumplimiento pueden ser más amplios en su alcance, incluyendo el gobierno corporativo y la administración de riesgo ilegal que el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

Antes de elaborar un programa antilavado de dinero, es imperativo comprender qué se requiere de una institución, sus empleados y clientes por parte de las leyes y regulaciones de la jurisdicción donde se encuentre ubicada la institución.

Las políticas internas de la institución financiera y los riesgos asociados con el negocio deben también ser tenidas en cuenta. Cualquiera que necesite asesoramiento sobre las complejidades de la legislación sobre lavado de dinero antes de elaborar un programa antilavado de dinero debería verificar con un consultor competente, realizando las inversiones del caso. Así se actuó en el caso en análisis.

Muchos expertos dicen que un programa “conozca su cliente” efectivo es la mejor forma de impedir el lavado de dinero. El conocimiento es en lo que se apoya totalmente el programa de cumplimiento sobre lavado de dinero. Cuando más se sepa, mejor pueden ser prevenidos los abusos de lavado de dinero.

Según la doctrina extractada de la Guía de Estudio de la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, citada en la Nota 4, página 17, un programa eficiente debería incluir estos 10 elementos:

- Identificación completa del cliente y las entidades comerciales, la fuente de los fondos y riqueza
- Elaboración de perfiles de transacciones y actividades de la actividad anticipada de cada cliente
- Definición y aceptación del cliente en el contexto de determinados productos y servicios en particular
- Evaluación y calificación de riesgos que presentan el cliente y la cuenta
- Monitoreo de cuentas y transacciones basado en los riesgos presentados
- Investigación y revisión de actividades inusuales del cliente o cuenta
- Documentación de conclusiones
- Reporte interno y externo adecuado
- Auditoría del sistema CSC
- Capacitación de la persona sobre la importancia del CSC.

Está claro que un programa antilavado presupone tener un cliente estable. El cliente ocasional opera sin perfil y no tiene cuenta.

2. COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO COMPARADO¹⁴

Se han establecido pautas o estándares comunes para la lucha contra el lavado de dinero a través de la obra del GAFI, con sus 40 recomendaciones (y 9 posteriores), y la acción de entidades supranacionales, que han sido ya detalladas.

Se puede destacar que entre los países europeos se da especial tratamiento al tema como persecución del tráfico ilegal de drogas y delitos conexos (lavado) (*Portugal, Luxemburgo, Finlandia, Islandia, Irlanda, Países Bajos, Noruega*).

Algunos de ellos incluyen en especial como delitos previos algunos que aquejan en especial a su comunidad (*Grecia* incluye el contrabando y comercio de antigüedades).

En *Inglaterra* se condena el tráfico de estupefacientes y el ocultamiento de las ganancias derivadas del mismo (Ley de 1993), con conocimiento de ese origen ilícito (Guías de enero de 2004). Se incluye la financiación del terrorismo, afirmando el principio de la extraterritorialidad. El Servicio de Inteligencia Criminal Nacional (NCIS) es la autoridad de contralor y análisis de la documentación.

En *Italia* no existe una norma especial para incriminar la actividad de lavado de activos provenientes del tráfico de drogas, pero cuenta con una ley general que previene el delito de lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas (Ley 55 y Ley 197).

¹⁴ Bruno M. Tondini: “Lavado de Dinero. Sistematización de las normas locales e internacionales”, trabajo publicado por el Centro de Estudios Internacionales Argentino (CAEI), www.caei.com.ar.

Suiza excluye de los delitos precedentes la evasión tributaria. Pena en especial el ocultamiento del delito principal y actividades conexas.

Alemania, Francia y Suiza unifican sus criterios para la penalización de toda conducta que implique blanqueo de capitales.

En *España* se hace hincapié en la existencia de un delito previo como conducta tipificada, aunque no hubiese condena que establezca la culpabilidad. Se considera al blanqueo como delito contra el orden socioeconómico y se persigue la actividad extraterritorial que tiene efectos en España.¹⁵

En cuanto a los países de Sudamérica, se han firmado convenios y compromisos de criminalizar el lavado de activos proveniente de delitos. Argentina, Colombia, Chile, Perú, Ecuador, México, Bolivia, Brasil han dictado normas al respecto y puesto en actividad a sus unidades de información financiera.

En EE UU, en 1986 se dictó la ley que considera delito el lavado de dinero. En 1988 se dicta la ley que permite la confiscación de bienes utilizados en actividades ilícitas. En el año 2001 se dicta la Ley Patriótica, ya citada, que en su Título III hace referencia al lavado de dinero, a la obligación de dictar reglamentos que establezcan la necesidad de informar operaciones sospechosas. Los bienes vinculados a actividades ilícitas quedan sujetos a decomiso. Otros países como Japón, Singapur, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, también han adecuado su legislación para criminalizar el lavado de activos de origen ilícito. En idéntico sentido han evolucionado los países del Golfo Pérsico (Omán, Kuwait, etc.).

15 “Los elementos que tienen que concurrir en el hecho previo, para ser considerado delito, son la tipicidad y la antijuricidad”. Del Carpio Delgado Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág 463, cit. por Bruno M. Tondini, trab. cit.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DEL
DERECHO PENAL Y SU
JERARQUÍA

1. La seguridad jurídica basada en un sistema de garantías
2. La actividad administrativa como actividad reglada
3. El abuso de los principios generales
4. El principio general de legalidad
5. El principio de culpabilidad
6. Obligación de medios del funcionario
7. Adecuación al sistema de la culpa
8. Doctrina y jurisprudencia sobre el tema
9. Conclusiones sobre este Capítulo

1. La seguridad jurídica basada en un sistema de garantías

Nada hay más importante para el individuo que vive en sociedad que saber que la autoridad vela por la defensa de sus libertades y derechos individuales. De esta manera se siente protegido de cualquier acción de otro que atente contra un orden instaurado y así también contra cualquier acción del propio Estado que agreda sus derechos subjetivos, lo que podríamos catalogar como confianza legítima.

Así para Bidart Campos, tanto el derecho constitucional moderno como el clásico procuran organizar el Estado en defensa de las libertades y derechos del hombre, de manera de proporcionarle garantías y seguridad, pudiéndose definir la constitución como una “ley de garantías”.¹⁶

Se trata de que el hombre pueda organizar su vida en base a la confianza en un orden jurídico preexistente que le asegura la real existencia de garantías fundamentales, de modo de asegurar el cumplimiento de sus fines existenciales.¹⁷ Así, este “estado jurídico” –llámese Estado de Derecho, Estado Social de Derecho o Estado Constitucional de Derecho– permite al hombre defenderse de cualquier ataque del soberano o de terceros, porque unos y otros deben someterse a la ley suprema que es la Constitución.

Dicho de otra manera los actos que violen las garantías que brinda la ley fundamental son irregulares según derecho y merecen ser condenados, debiendo intervenir el poder central para defender los derechos del individuo castigando al agresor, sea el mismo Estado o cualquier tercero.

Así el art. 18 de la Constitución Nacional da la garantía fundamental del sistema penal, al establecer que nadie puede ser penado sin juicio previo

¹⁶ Bidart Campos, Germán J.: (*Constitución Reformada*, t. II., EDIAR, Buenos Aires, 1997; p. 286 y ss.)

¹⁷ MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, 1967, p. 39.

fundado en ley anterior al hecho del proceso. Esto implica que primero debe existir un tipo penal que incrimine la conducta y luego la conducta de quien conociendo la prohibición dirija su acción a realizar lo prohibido.

Precisamente, en materia penal no puede haber decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN) y tampoco puede el Congreso, en principio, delegar en el Ejecutivo la facultad de legislar en esta materia (art. 76, CN). Esta última doctrina, ya sostenida por el Alto Tribunal a partir del caso “Mouviel”,¹⁸ fue reiterada por el mismo Tribunal en Fallos: 328:940, reproduciendo conceptos vertidos en dicho precedente: “no parece constitucionalmente válido que el Poder Ejecutivo, sin una delegación expresa de la ley, atribuya facultades de esa índole a dicho organismo del Estado, toda vez que la imposición de tales medidas requiere la configuración de supuestos previstos, aunque fuere de modo genérico, por el legislador.” Agregó que “... la garantía de ‘ley anterior’, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo (Fallos: 148:430 y 237:636). En otro precedente, se señaló que, tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (Fallos: 247:345).

¹⁸ Fallos: 237:636, del año 1957, especialmente a través del dictamen del Procurador General Sebastián Soler.

“En tales condiciones, dijo finalmente, si se requiere ley previa en cualquier hipótesis de delegación en organismos administrativos, con mayor razón ella resulta indispensable cuando se trata de imponer restricciones a los derechos y garantías de los particulares y, en la especie, mal pudo delegar el Poder Ejecutivo una facultad de la que carecía, circunstancia que de ninguna manera se ve favorecida por la ratificación ulterior del Congreso Nacional mediante la Ley 25.148, puesto que, en cuanto a la materia que aquí se trata y a diferencia de otras cuestiones referidas a la administración, la garantía constitucional de ley previa exige su estricta observancia.”

Por lo tanto será inconstitucional toda pretendida sanción administrativa que extienda una incriminación legal a conductas que no estén incluidas en los tipos penales legislados, y más aún si no corresponden al bien jurídico tutelado. Tales serían las imposiciones de la autoridad administrativa que tienden a delegar funciones y aplicar responsabilidades sin tener en cuenta las situaciones concretas de los operadores.¹⁹

2. La actividad Administrativa como actividad reglada

Rigen a la actividad administrativa los principios jurídicos que tienen raíz constitucional, de modo que tal actividad no debe lesionar los derechos y libertades que garantiza la Constitución Nacional.

Por lo tanto, y en primer lugar, la actividad administrativa se encuentra ligada al principio (y garantía constitucional también) de *legalidad* (art. 14, 17, 18, 19, y cc de la CN), junto con el principio de la razonabilidad (art. 28 CN) del actuar administrativo y su adecuación a las normas superiores.²⁰

¹⁹ Cfr. AFTALION, Enrique, *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 163 y ss.; Cfr. CSJN, Fallos 214:425; 191:245; 195.319; 21:64; entre otros

²⁰ Sobre razonabilidad y proporcionalidad, ver: Cassagne, Juan Carlos: *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, pp. 487 y sigs. Bianchi, Alberto: *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, pp. 99 y sigs. Coviello, Pedro J.J.: *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 417 y sigs.

La actividad no reglada previamente también está sujeta a los mismos principios. Por lo que la autoridad del caso debe actuar en forma razonable y respetar siempre los derechos y libertades constitucionales que el sistema da al administrado. Ello es así porque no es posible invocar por vía de principio la “ausencia de norma”, toda vez que está siempre presente, como marco jurídico que limita el accionar estatal, la Constitución, y los valores ínsitos en ella, muy especialmente los principios generales del Derecho y la equidad.²¹

Cuando se trata del obrar discrecional, la autoridad del caso juzga los hechos teniendo en cuenta el bien jurídico en juego y la conducta del administrado. Deberá tener en cuenta la oportunidad y conveniencia del dictado del acto de que se trate, respetando los lógicos límites jurídicos para el ejercicio de su actividad, fuera de los cuales sólo cabe la ilegitimidad (por razones de legalidad o de razonabilidad).

Se ha dicho que la Administración se encuentra ligada por lo justo pero no por lo útil.²² Adhiero a este criterio, por cuanto un acto debe ser justo para quedar en pie, aunque sea cuestionada conveniencia o utilidad, siempre, se insiste, que no sea ilegítimo. En sentido contrario, el acto, aunque útil, no podría subsistir en tanto sea reputado injusto.

21 Respecto a la equidad y su rol como fuente del Derecho Administrativo, ver: Cassagne, *Curso ...*, t. I, págs. 167-168. Y también del mismo autor, sobre los principios generales del Derecho: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, ps. 19-54, entre otras muchos trabajos escritos sobre los mismos.

22 Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Depalma, 1973, p. 467 y ss.

Cuando la imputación es formulada por la **UIF** por la presunta violación a la Ley Antilavado, no debe ser confundido con aquellos casos en los cuales las entidades financieras son imputadas y eventualmente sancionadas por el Banco Central de la República Argentina (en adelante, **BCRA**) por el incumplimiento a las normas antilavado emitidas por dicho ente en su carácter de autoridad de control del sistema financiero. En dichos casos la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha fundado el carácter disciplinario –y no penal– de las sanciones aplicadas en la especial naturaleza de la relación existente entre dicho ente de control y las entidades financieras. En efecto, sostuvo dicho tribunal que “*las relaciones jurídicas existentes entre el Banco Central y los sujetos sometidos a su fiscalización se desenvuelven dentro del marco de derecho administrativo y esa situación particular es ‘bien diversa del vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado’ (del ya citado dictamen de Fallos 303:1776)*”.

CNACAF, Sala V, “*Koldobsky, Marcela Adriana c/BCRA – Resol. 118/07 (Exp. 100214/05 Sum Fin 1153)*”, sentencia del 12.03.08; **CNACAF, Sala IV**, “*Cukier Goldring, Marcos Jacobo c/BCRA – Resol. 135/06 (Exp. 100467/04 Sum Fin 1117)*”, sentencia del 05.06.08; **CNACAF, Sala II**, “*Metrópolis Casa de Cambio SA y otro c/BCRA – Resol. 60120/10*”, sentencia del 15.09.11, *ElDial*, N° 3408; entre otros.

Dicho de otra manera, aludir a la utilidad o conveniencia pública, o, aún, al interés general, no alcanza para justificar el acto, en cuanto no sea justo para dar la solución concreta al caso o situación sobre el que recae. Si se admite la expresión, se trataría de una “arbitrariedad útil”.

Los principios de razonabilidad, no desviación del poder, y buena fe son los límites al obrar discrecional de la administración. Lo arbitrario no es razonable, y lo razonable es lo que se piensa como solución justa a una situación concreta.

3. El abuso de los principios generales

El administrado se encuentra abandonado y no protegido cuando se enfrenta a la actuación del poder administrador que busca con énfasis servir a sus propios fines más que realizar actos legítimos.

La doctrina administrativa deja de lado los problemas del sancionado injustamente señalando que es un problema de aplicación de las garantías del derecho penal, que es una ciencia aparte.

El derecho penal desconoce los lamentos del sancionado administrativamente porque sostiene que se trata de derecho administrativo sancionador y que por lo tanto pueden no tener vigencia garantías subjetivas tales como el principio de legalidad y sus derivaciones.²³

La protección constitucional al individuo y sus libertades cae en una

23 Cabe citar y meditar lo dicho por Alejandro Nieto García: “El Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho.” *Poder Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 29.

Se puede asimismo citar la siguiente jurisprudencia, en apoyo de lo que se lleva dicho:

En el régimen de policía administrativa la simple constatación de la comisión de infracciones genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, salvo que éste invoque y demuestre la existencia de una circunstancia exculpatoria válida (cfr. CNACAF, Sala II, cita el fallo in re “Metrópolis” del 15.09.11 firmado por Márquez y López Castiñeira “Argenta Cambios S.A. y otros c/B.C.R.A.” del 27.03.08).

total falta de protección aun de parte de los entendidos.

El poder se desvía y cuando se reclama es posible escuchar que la sanción administrativa puede extenderse a responsables indirectos más allá de los principios generales de la responsabilidad por el hecho del otro, y *sorprenderse con una sanción sólo por ostentación del cargo*.

Se trataría no sólo de abuso del derecho y desconocimiento de los principios generales del derecho, con un neto desvío de poder, sino también un problema sin solución. Vale al respecto preguntarse:

- ¿Quién puede evitar que un acto administrativo sancione por presunción de culpabilidad a quien ha puesto los medios con esmero, cuidado y previsión? Aunque se le haya podido colar un resultado contrario a la norma, la presunción no debería ser la culpabilidad.
- ¿Quién puede evitar que se le aplique sanción por el hecho del otro aunque haya elegido, instruido y vigilado al colaborador?
- ¿Quién puede evitar que disposiciones administrativas impongan cargas imposibles de llevar, obligue a pagar costosos sistemas y corra el riesgo de ser sancionado antes de poder adecuarse a exigencias complicadas?

Se trata de un avance del poder administrador sobre las garantías constitucionales que debe tener su límite; mas, ¿quién se lo impone? ¿Tal vez una ley

Las infracciones que cometa un ente social no serán más que el resultado de la acción de unos y de la omisión de otros dentro de sus órganos representativos, por lo que el actuar omisivo de estos últimos habrá dado la posibilidad para que aquéllos ejecuten los actos ilícitos (conf. C.S.J.N., en Fallos: 303:1776; Sala IV, “Gimeza Compañía Financiera S.A. y otros c/B.C.R.A.”, del 21/2/09).

Las sanciones que la autoridad de aplicación de la Ley 24.076 puede aplicar son de naturaleza administrativa y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal (Fallos: 241:410; 251:343; 268:291; 275:365; 303:1776). En virtud de ello no es de su esencia que se apliquen las reglas generales de éste, ni se requiere dolo, sólo se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor, *salvo que éste demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación*, lo que no ha ocurrido en sub-examine (Fallos 300:443; y Sala III, “Y.P.F. S.A. c/Enargas – Resol. 421/97 y 478/97”, 26/10/99) (Cons. 9°).

de garantías que señale la vigencia de los principios generales impuestos por la constitución y sus destinatarios sean los funcionarios públicos?

Sin perjuicio de que la redundancia sea un método mejor que el silencio parecería lógico decir que las garantías ya están y que hay que cumplirlas. Esto lo debe decir el controlador de la labor jurídica del Estado, o sea el poder judicial.

Hay supuestos que evidencian a las claras que *la conducta irregular es la del órgano o entidad que pretende sancionar y no del administrado*. Tal es el caso sobre el que versa el presente trabajo y que se desarrollará más adelante.

4. El principio general de legalidad

Se trata ni más ni menos de asegurar al administrado que su conducta no será sancionada a menos que infrinja una ley vigente (art. 18 CN). Es decir que podrá estar seguro de que no será penado si se conduce de la manera que el legislador y su autoridad de aplicación establecen claramente en la normativa y su comportamiento en el control y represión ostenta coherencia.

Es por eso que son importantes las conductas oficiales que tienden a desarrollar este principio. Por ejemplo: puede existir una norma que prohíba estacionar en ciertos lugares; mas si con el tiempo la autoridad permite o tolera el estacionamiento en lugares prohibidos, inaplicando la norma y genera así cierto grado de expectativa de que no sancionaría las infracciones, sería contradictorio que inopinadamente decida asumir un rol exigente; por ello, antes de empezar a sancionar debería advertir a los ciudadanos que comenzará a aplicar la ley. El principio de buena fe está allí de por medio.

Por otra parte, si junto con la prohibición existiera carencia de lugares para estacionar frente a las necesidades públicas, debería preocuparse de brindar espacios para poder hacerlo, de manera de posibilitar el cumplimiento de la norma. En otros términos: la propia autoridad debe configurar las posibilidades o tener en cuenta la situación existente, como para que las normas puedan razonablemente ser cumplidas, haciéndolas, así, efectivas.

En este contexto, el principio de legalidad implica la ley previa, que es una advertencia a partir de la cual existirá la infracción. La tolerancia, como se vio, cambia la expectativa de legalidad y crea una excepción a la ley, luego se debe dar una nueva ley, o advertencia, para cumplir con el requisito de la ley previa y cierta.

Ello es, en definitiva, no otra cosa que el principio de legalidad penal (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) cuyo contenido queda reflejado con suma claridad en el ya conocido “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

Sobre ello, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha manifestado que “desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la C.N., al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente”.²⁴

Como ha señalado Yacobucci, siguiendo a Roxin, la consideración actual del principio de legalidad lo erige como un instrumento que protege a los ciudadanos a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin

²⁴ CNACAF, Sala I, “United Airlines Inc. C/Dir. Nac. De Migraciones – Disp. DNM 8463/98”, sentencia del 16.04.99.

ley o con una ley imprecisa o retroactiva, y de allí que “aparezca como un postulado del estado de derecho y garantía respecto del poder sancionador que detenta el mismo, al exigir que éste sólo se ejercite cuando haya una ley previa al hecho, y que esa ley exprese claramente la conducta punible y sus consecuencias penales”.²⁵

Vale destacar que la notable imprecisión del marco normativo relativo al deber de informar ha sido incluso objeto de comentarios de parte del **GAFI** y del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (en adelante mencionado como **GAFISUD**) en su Informe de Evaluación Mutua de la Argentina, emitido el 16.12.10. En el punto 515 del mencionado informe, se establece en forma tajante que “*la definición argentina de reporte de operaciones sospechosas no está en línea con la definición del GAFI, que dispone que los requisitos de información deben ser una prueba subjetiva u objetiva de la sospecha*”. Es decir, según los organismos internacionales especializados en la materia el sujeto obligado deberá formular el reporte cuando efectivamente tenga una sospecha (que, si efectivamente no existió, resulta incuestionable) o cuando la operación en concreto resulte objetivamente sospechosa, lo que deberá establecerse de acuerdo a parámetros objetivos que no se encontraban correctamente delimitados en la normativa antilavado a la fecha de los hechos. Esto mismo surge de una de las recomendaciones formuladas en el punto N° 546 del informe: “*se pide urgentemente a Argentina que revea el alcance de las obligaciones de informar a fin de asegurar que las entidades informantes deban informar cuando sospechen **o tengan fundamentos razonables para sospechar** que los fondos son el producto de todos los delitos que deban incluirse como delito predicado conforme a la Recomendación I*”.²⁶

²⁵ YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Editorial Abaco Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 256. Asimismo, ver: CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires 2002, p. 448

²⁶ El mencionado informe se encuentra disponible en el sitio web del **GAFISUD** en: <http://www.gafisud.info/actividades.asp?offset=4>.

Lo que se lleva expuesto no es otra cosa, también, que el **principio de la seguridad jurídica**, o sea, saber qué se puede hacer y qué va a hacer la autoridad frente a nuestra conducta. Como escribió Linares Quintana, la seguridad jurídica es el ambiente sin cuya existencia resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo de la persona.²⁷

Por lo tanto, aparte de la precisión y previsibilidad del marco normativo, de parte de las autoridades públicas no debería haber sorpresas. En este sentido, entiendo que el que sorprende no busca el cumplimiento de la norma, sino el castigo y tal conducta es mal ejercicio del poder. El buen ejercicio del poder implica ser claro, advertir, inspeccionar, volver a advertir, escuchar los problemas del que obra con cuidado y previsión y no alcanza los estándares de la norma, facilitar el cumplimiento, no dejar zonas grises, no mal interpretar sus propias normas, no confundir con conductas tolerantes.

5. El principio de la culpabilidad

¿Se debe penar exclusivamente a quien realice una conducta antijurídica y sea culpable?, o bien, ¿puede culparse también a quien no realizó la conducta punible, pero es indirectamente responsable de la misma? Este segundo caso sería aquel que eligió mal al dependiente, o lo supervisó mal, o no vigiló o cuidó mal de lo que estaba a su cargo. Se trataría de un caso de responsabilidad por lo que no hizo. Ambos estándares son aceptables en tanto se respeten las garantías básicas y no resulte condenado quien hizo todo lo que pudo y lo hizo bien, aunque el resultado sea antijurídico.

Si la ley es clara, la prohibición también, la advertencia funciona bien, y si se puede imputar una conducta antijurídica por acción u omisión, habrá

²⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 6, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, p. 16.

responsabilidad. Sin embargo no la habrá si la ley no es clara, la tipicidad de la acción es difusa, la advertencia previa no existe, o hay tolerancia, y el sancionado sostiene que hizo lo que la debida diligencia le exigía para el caso concreto. El principio de la culpabilidad siempre está presente, aunque extendido a la omisión de acciones debidas.

La responsabilidad por el resultado en materia penal no debería atribuirse si el autor en cuestión, aunque garante del mismo, puso los medios con esmero razonable. Vale como excusa haber puesto los medios con debida diligencia. Si a tal defensa agregamos que no se concibió el resultado que se quiere imputar, parecería que priva el principio de la inocencia, que desplaza la responsabilidad objetiva.

Cassagne ha sostenido que en materia de faltas o contravenciones se aplica en forma directa el principio de inocencia. Tal principio se sustenta en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en concreto, establece que “ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Entonces vemos que, aun en materia penal administrativa, el principio de inocencia se desdobra en dos reglas: a) la carga de la prueba (“onus probandi”), que se ubica en quien acusa; y b) toda situación de duda debe ser resuelta del modo más favorable al imputado (“in dubio pro reo”).²⁸

Por su lado, respecto a la evolución de la jurisprudencia europea sobre este tópico, se ha dicho: “El punto de partida de esta evolución se en-

28 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 453 y ss. Cfr. Asimismo: CNACAF, Sala IV, “Comau Argentina S.A. c/ Dirección General de Aduanas”, sentencia del 03.03.05, Lexis 8/15537; “Free Way S.R.L. y otro – TF 11627-A-v. DGA”, sentencia del 18.12.01, Lexis 8/12630; Cfr. CNACAF, Sala IV, “Volpe, Gilberto H. C/ E.N. – Policía Fed. Arg. S/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, sentencia del 19.06.98, elDial AH20DC y “Solanas Country S.A. c/ Sec. de Comercio e Inversiones (Disp. DNCI 239/97)”, sentencia del 03.04.01, elDial – AH327E.

cuentra en el rechazo absoluto de la culpabilidad, por ser ésta incompatible con la responsabilidad objetiva que preside originariamente el campo de las infracciones administrativas. En una segunda fase se abandona la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo, que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad: el autor ha de querer el resultado. Lo que significa que se elimina ya la responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y ‘vis compulsiva’ y se abren las puertas a la aceptación del error y la ignorancia. Con lo cual se llega a la tercera fase en que hoy nos encontramos y que supone la exigencia de la culpabilidad: no basta querer el resultado (que era lo que se llamaba voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad)”.²⁹

Así también, en el mismo sentido se expidió el Tribunal Supremo español en su sentencia 219/1988, del 22 de noviembre, diciendo: “No puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones de ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro Ordenamiento. En suma sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta negligente de los contribuyentes”.³⁰

Tenemos como cuestión básica la necesidad de determinar si se aplican las garantías constitucionales del derecho penal al administrado, sancionado por la eventual comisión de una infracción administrativa. Se trataría de determinar si puede pensarse a alguien que no desarrolló una conducta típica,

²⁹ NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 386.

³⁰ Cit. por Nieto, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, op cit. p. 386 y sigs.

antijurídica y culpable. Nos debemos preguntar si puede pensarse sin que exista una infracción definida en forma concreta y previa que viole un bien tutelado en razón de un fin determinado, y que pueda ser imputable al sancionado.

Sobre ello es preciso señalar que en la jurisprudencia nacional ha sido criterio constante el de la personalidad de la pena, que en su esencia responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente, criterio que luego fue extendido a todo tipo de infracción administrativa.³¹

De tal forma, el reproche de culpabilidad es el que se hace a una persona porque debió haber actuado de una manera distinta. Y la primera conclusión es que no se puede castigar comportamientos no posibles, o que la misma autoridad de aplicación consideró como habitual y no punible. En este caso no existiría una conducta antijurídica ni culpable, pero tal vez existiría una infracción administrativa; p. ej.: estacionar en un lugar donde la prohibición nunca se aplicó hasta el día de la sanción por sorpresa.

Si aplicamos las garantías del derecho penal podríamos sostener en nuestro ejemplo que no existió el conocimiento de la ley que prohibía (tolerancia de la autoridad), ni la voluntad de cometer la infracción (de haber sabido no se hubiera realizado el acto).

La opción de aplicar o no las garantías no es nuestra porque la Constitución ya se ha expedido al respecto, es decir que se deben conceder las garantías y tornarse las mismas operativas, o en caso contrario por vía del control del Poder Judicial revocar los actos administrativos que no han respetado las garantías constitucionales.

31 Fallos: 271:297 (1968); 303:1548 (1981); 322:519 (1999); 324:107 ((2001); 327:5345 (2004). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *in re* “Galano”, del 23/11/95. “Hansung”, del 27/12/96. Asla I, *in re* “Inalruco”, del 12/09/95.

Creo que no es superfluo mencionar sobre este tema la doctrina de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en la causa “Expreso Panamericano S.R.L. c/Resolución 28/98”, del 7/10/2009, donde, reiterándose conceptos vertidos por el entonces camarista Dr. Néstor Buján en la causa “Bassi”, del 22/11/1994, de la misma Sala, se dijo que: “la aplicación de los principios generales del derecho penal común en el marco del denominado derecho penal administrativo no aparece impuesta por el ordenamiento jurídico que nos rige, sino que traduce una valoración axiológica sobre la conveniencia de ello, por razones de seguridad jurídica, ya que si se pretende construir al último como una disciplina jurídica autónoma, el resultado práctico será que los administrados no tendrán derecho a invocar en su defensa una serie de principios fundamentales (‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, irretróactividad, culpabilidad, debido proceso penal, etc.) elaborados por el derecho penal clásico en un proceso secular con meta en el otorgamiento de mayores garantías en protección del individuo, objeto, sujeto y fin del derecho. La aplicación de esos principios generales del derecho penal común en los múltiples regímenes que integran el denominado derecho penal especial –que abarca desde las modestas infracciones locales (policiales y municipales) hasta innumerables y no homogéneos ilícitos de alcance nacional (leyes sobre monopolios, aduaneras, tributarias, financieras, cambiarias, laborales, de regulación económica y de servicios públicos, etc.)– consecuencia muchas veces del ejercicio de necesarias funciones estatales relativas a la regulación y control de la actividad económica, permite asegurar en dicho ámbito la vigencia de estas garantías en la medida de su congruencia con el régimen específico de que se trate”.³²

Debería considerarse desde esa línea de pensamiento en torno a las garantías cuál sería el encuadre de la conducta de aquel que advertido y

32 Publicada en ElDial AH2B99. También: ZAFFARONI, *Eugenio R., Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, p. 64, 67 y 69; y *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, págs. 184 y ss. RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico y BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 120.

sorprendido, reacciona de inmediato para cumplir mejor en adelante, invirtiendo más capital propio para tener nuevos controles que puedan rechazar los actos ilícitos de terceros.

El Estado debe “culpar a los culpables” y no crear la categoría de responsables sin culpa, porque está en juego la falta de cumplimiento de la propia misión del Estado que es dar garantías a los habitantes de que sus derechos y libertades serán respetados (confianza legítima).

La mera infracción formal no podría ser considerada como un caso de desobediencia y ser sancionada sin tener en cuenta la existencia de culpa alguna, o considerarse si se pudo evitar el mal resultado de la situación concreta. Ello no es otra cosa que el “criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”.³³

Debe entonces indagarse sobre la imputabilidad de la conducta al sujeto y considerar si existen causales de excusación. Así, volviendo al ejemplo anterior, el que estacionó en un lugar donde no se sancionaba debería ser escuchado y marchar advertido.

Por ello, quien piensa que es posible un resultado contrario a la norma y hace lo posible para evitarlo debería ser escuchado sobre las razones de su infracción formal. Esto llevará siempre a considerar la existencia de culpa y no la simple responsabilidad por el resultado. La mera infracción formal no puede ser sancionada por su existencia sin que pueda contestarse previamente las preguntas de rigor ¿se debió prever?; ¿se pudo evitar?; ¿por qué ocurrió?

33 Doctrina señera fijada por la Corte Suprema a partir del caso “Parafina del Plata”, Fallos: 271:298, de 1968. Concordantemente, Fallos: 290:202; 301:618; 303:1065; del mismo Tribunal, “Industrias Delta S.A.”, sentencia del 11.09.84, E.D. 112:637

La respuesta ha sido, en general, orientada por la doctrina a la idea de que aunque en ciertos supuestos podrían admitirse presunciones de culpabilidad por el mero hecho de comprobarse la acción punible, ello no puede ser en grado tal que afecte el principio de inocencia y la posibilidad consecuente de demostrar la ausencia de responsabilidad. Es decir, tal presunción de responsabilidad (objetiva) sería *iuris tantum*.

En cuanto al tema del dolo eventual como fuente de responsabilidad administrativa, se debe considerar el mismo como el obrar imprudente de aquel que sin querer el resultado contrario a la norma, se lo representa, y lo mismo actúa sin poner medios suficientes.

Esto nos lleva a concluir que *las garantías constitucionales en materia penal no pertenecen sólo al derecho penal ni al derecho administrativo sancionador; están por encima de toda rama del derecho y por lo tanto deben ser respetadas, bajo pena de inconstitucionalidad*.

6. Obligación de medios del funcionario

El peligro abstracto sería que se pueda condenar a un inocente que ha puesto los medios con esmero y no que haya un responsable indirecto libre de sanción.

Se distinguen entonces dos líneas de interpretación, una que sostiene que toda sanción debe basarse en una culpabilidad previa, aun en las infracciones administrativas de mera inobservancia, y la otra por el contrario sostiene una suerte de responsabilidad administrativa sin culpabilidad, basada sólo en el resultado contrario a la norma, haya habido o no culpa.³⁴

34 Vale reiterar la doctrina de la Corte en el caso “Parafina del Plata S.A.,” que “... es principio fundamental en materia penal el de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente...”.

Si hay dudas sobre la prohibición, si hay tolerancia a esas situaciones por parte de la autoridad, si no hay un obrar de la autoridad que impida expresamente la realización de tales actos, pudiendo fácilmente hacerlo, entonces la intencionalidad del autor o la imprudencia dejan de existir, porque es evidente que no se quiso obrar ilegalmente, o bien de haber sabido que se merecía una sanción no se hubiera actuado de esa manera (se hubiera preferido no operar).

Puede darse el caso de que aún empleando la mayor diligencia, *no se hubiera podido evitar el resultado cuestionado porque los sistemas no permitieron determinar la existencia de lo presuntamente ilícito*. En este caso, ¿quién sería el culpable?: no lo sería el empleado que no tenía las herramientas adecuadas, tampoco el principal que está invirtiendo a marcha forzada para cumplir con las normas. Tal vez se trate de una obligación de inmediato cumplimiento imposible, y cuyo control no debe hacerse sobre el resultado, sino sobre la puesta continua de medios para lograrlo. Siempre dejándose a salvo los principios de la culpabilidad necesaria, que tienen raigambre constitucional.

Juzgar por el resultado a quien ha puesto los medios con esmero es irrazonable y como tal es inconstitucional. Lo contrario a la razonabilidad es la arbitrariedad. Arbitrario es presumir la culpabilidad por la mera existencia de un resultado contrario a la norma, conseguido con astucia por el infractor, pese a la existencia de diligencia debida.

7. Adecuación al sistema de la culpa

El derecho administrativo sancionador está sometido al orden constitucional, y como tal mantiene todas las garantías que nos otorga el régimen legal. Habrá una conducta sancionable cuando haya conducta antijurídica

y culpable. Basta la lesión a la norma vigente y su imputabilidad al sujeto ya sea por dolo, culpa, negligencia o imprudencia.

En algunos casos se admite la responsabilidad objetiva como excepción. En el derecho civil se admite para indemnizar el daño causado por los dependientes o por las cosas que se tiene bajo la guarda (conf. art. 1113 del Cód. Civil reformado por la Ley 17.711) o por los hijos cuando están a cargo (arg. art. 1114 ídem). Estas disposiciones no significan que se excluya el principio de la culpabilidad, que en alguno de esos casos sirve como eximente de responsabilidad al probar la culpa de otro por el que no se tiene que responder.

El sistema legal pone a cargo de determinadas personas resultados por los que deberán responder, salvo que jueguen eximentes de responsabilidad tales como el caso fortuito o la fuerza mayor.

La responsabilidad objetiva se da en las personas jurídicas en supuestos de responsabilidad solidaria o supuestos de garantía, por producirse la lesión al orden jurídico (art. 43 y 1720 del C. Civil ref Ley 17.711). Así también se establece la responsabilidad penal de los funcionarios públicos por la violación de los deberes a su cargo, haya o no daño (abuso de autoridad, desvío de poder, etc.) (art.248 del C. Penal).

Obsérvese que, ya en el ámbito de la responsabilidad estatal, el art. 1112 del C. Civil permitía al funcionario público evitar toda responsabilidad si demostraba que su actuación fue regular según la norma. Entiendo que lo dicho vale aun con la nueva Ley 26.944, de responsabilidad del Estado, art. 9°.

En el caso de que jueguen presunciones *jure et de jure*, cambia la regla y no podría probarse en contra de tal presunción la falta de culpa.

Este deber de garantía se aplica a las personas jurídicas en caso de ciertas infracciones administrativas por el mero acontecimiento del resultado, sin perjuicio de las defensas que se deben considerar para evitar una sanción arbitraria.

La persona jurídica no podría demostrar, según esta avanzada interpretación, la falta de culpa frente a la infracción de sus dependientes y sería responsable de la autoría de un acto antijurídico y culpable del dependiente.

Ahora bien, esta presunción de culpabilidad *iure et de jure* no debería funcionar si no hay un acto ilícito del subordinado. Es necesario que éste haya obrado con dolo o culpa.³⁵

Por ello se quiere sostener que cuando el dependiente puede excusar su responsabilidad por haber obrado con cuidado y previsión, no queriendo que ocurra el resultado y cumpliendo su función de la mejor forma, no podrá ser responsabilizado, aunque se impute el resultado a la compañía para la cual cumple funciones.

El concepto de culpa penal es en este punto semejante al de culpa civil; en ambos casos se define por una omisión de la conducta debida. En el caso de la culpa penal se tratará de ser severo en la apreciación para no penar a un inocente. En el caso de la culpa civil, se tendrá en cuenta no dejar a la víctima sin reparación. Una absolución penal no hace cosa juzgada en lo civil. De allí se deduce que puede haber responsabilidad civil por una leve falta de vigilancia, pero no se admite en materia penal si no se prueba la intención de faltar o la negligencia en cumplir una obligación legal (op. cit. p. 330, 331, y ss.).³⁶

35 Bustamante Alsina, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8va. ed., Abeledo Perrot, 1993, p. 380).

36 Bustamante Alsina, ob. cit., págs. 330, 331 y ss. Se ha dicho que “sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le puede ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. Rige el criterio de la personalidad de la pena que responde al principio fundamental que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”. (CSJN, “Yarole S.A. c/A.N.A. s/nulidad de resolución”, sentencia del 13.04.94, Fallos 311: 2779. Ver también CNACAF, Sala IV, “Iochpe Maxion Argentina S.A. (T.F. 10-449-A) c/D.G.A.”, sentencia del 08.08.00, EIDial AH2E7F; CSJN, Fallos 271:7997; 303:1548; 312:149. Ver también CNACAF, Sala V, “Basf Argentina S.A. (T.F. 9209-I) c/ D.G.I.”, sentencia del 14.06.00, EIDial AH2F5D).

8. Doctrina y jurisprudencia sobre el tema

Se trata de responder a la pregunta sobre si es responsable el funcionario encargado por ley del cumplimiento de normas administrativas, quien puso todo su empeño y medios a su alcance y no obstante ocurrió el resultado no querido.

En definitiva se trata de saber si por razones de orden público o conveniencia general, conviene a la comunidad crear el rol del “chivo expiatorio” y asignárselo al funcionario. O si, por el contrario, corresponde castigar a la empresa donde cumple funciones el funcionario, y no a éste, asumiendo que si el funcionario obró con debida diligencia y no obstante ocurrió el mal resultado, será culpa de la empresa que no puso al alcance los medios suficientes.

O acaso ninguno de los dos porque no pudieron evitar el resultado en la situación concreta.

O a todos como escarmiento.

Isidoro Blanco Cordero sienta el principio que “... el empleado de banca que cumple las órdenes de un cliente que pretende blanquear dinero puede ser impune si desarrolla su actividad con desconocimiento del origen delictivo y sin infringir las obligaciones que le impone la ley...”. Aclara que la obligación del examen de ciertas operaciones no puede ser eficazmente observada por el empleado en concreto, si no se le dan los medios necesarios y los sistemas del caso para que realice un examen cuidadoso. En todo caso, si cabe alguna responsabilidad sería no advertir sobre la insuficiencia del sistema. Pero si advertida la compañía de que se trata, tratando de cumplir, va adecuando los sistemas para detectar conductas irregulares, y aun así no se llega a tiempo, parecería que no se debe inclinar el ánimo del juez a suponer que hay una conducta punible.³⁷

³⁷ “Responsabilidad Penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)”, en *Estudios de Derecho Penal*, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Granada 1999, p. 121 y sigs.

Añade el autor que *la mera infracción de la obligación de informar no puede dar lugar directamente a la aplicación de sanciones, si no se dan las demás características de la conducta antijurídica y culpable.*

Aclara que los empleados y directivos tienen un rol de garantes de que se dé la información del caso, pero esta posible comisión por omisión también exigiría saber por qué no lo hizo. Se puede determinar, tal vez, que nadie quiso omitir el control, sino que éste fue técnicamente insuficiente.

Finalmente agrega que “... distinto es el supuesto en que el órgano de dirección establece las medidas de control interno pero éstas no son adecuadas... la competencia sobre la idoneidad de los procedimientos y de la estructura y funcionamiento de los órganos de control interno no corresponde exclusivamente a los órganos de control del Banco, sino también a la propia Administración, que tiene como misión supervisar la idoneidad de órganos y procedimientos, pudiendo proponer medidas correctoras y dirigir instrucciones a los sujetos obligados. Por ello no se puede decir que los órganos de dirección sean responsables en caso de que los sistemas no sean idóneos”.³⁸

Francisco J. D’Albora³⁹ cita la opinión de David Baigún, quien sostiene que coexisten dos vías de imputación: la dirigida a la persona jurídica como unidad independiente, y la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Sobre tal base, concluye D’Albora que en su opinión coexisten estos planos de protección del administrado y del orden jurídico en su conjunto.

Cita fallos de la Corte: “... inclusive respecto del derecho disciplinario se exige como presupuesto un factor subjetivo, pues siempre se

³⁸ Op. cit p. 137 y sigs.

³⁹ “Lavado de Dinero” pág. 85, 2ª Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, ad hoc, julio 2011. Lavado de Dinero y Régimen Penal Administrativo, LL, 2003 – C. p. 1272; también en la Ley Revista Jurídica Paraguaya, Año 26, N° 6, julio 2003, p. 673.

impone una valoración de la conducta del agente en la cual el juicio de reproche no puede desvincularse de las circunstancias personales, de tiempo y lugar (CSJN, Fallos 323, 2351).

Para uno y otro caso de atribución de responsabilidad se deberá contestar a la pregunta sobre *si se pudo o no evitar el resultado dañoso, si se pusieron los medios en forma adecuada y razonable*.

9. Conclusiones sobre este capítulo

1. La seguridad jurídica basada en un sistema de garantías.

Se trata de que el individuo pueda organizar su vida en base a la confianza en un orden jurídico preexistente que le asegure la real existencia de garantías fundamentales.

Los actos que violen las garantías fundamentales son irregulares según derecho y sujetos a revocación.

Esto es el derecho a la confianza legítima que ampara a quienes de buena fe creyeron en la vigencia de las garantías fundamentales en el actuar de la administración.

2. La actividad administrativa como actividad reglada.

Rigen a la actividad administrativa los principios jurídicos que tienen raíz constitucional, de modo que tal actividad no debe lesionar los derechos y libertades que garantiza la carta magna.

La actividad no reglada previamente también está sujeta a los mismos principios.

Los principios de legalidad, razonabilidad, no desviación de poder, y buena fe son los límites al obrar discrecional de la administración.

3. *Abuso de los principios generales.*

Dado que se aplican los principios fundamentales del orden constitucional no podría existir una sanción sólo por ostentación del cargo, dado que la presunción no debería ser la de culpabilidad, sino la de inocencia.

Se trataría de un avance del poder administrador sobre las garantías constitucionales que debe tener por límite el principio de legalidad, el de razonabilidad, evitar el desvío de poder, respetar la buena fe, etc.

No se debería sancionar al responsable legal, sin considerar sus excusas absolutorias, tales como que ha obrado con esmero y previsión, pagando costosos sistemas, y que poniendo los medios con diligencia no pudo evitar el resultado contrario a la norma.

4. *El principio de legalidad.*

Implica la existencia de una ley previa, que es una advertencia a partir de la cual existirá una infracción. La tolerancia cambia la expectativa de legalidad y crea una excepción a la ley. El administrado tiene el derecho a confiar en los actos de la administración, y de buena fe entender que puede dedicar sus esfuerzos a combatir conductas claramente incriminadas.

Sorprender al administrado es vulnerar el principio de la confianza legítima y crea inseguridad jurídica.

5. *El principio de la culpabilidad.*

No puede responsabilizarse a quien no realice una conducta antijurídica

y culpable. El responsable legal debe poner los medios con cuidado y previsión pero no puede ser responsabilizado cuando ha hecho lo suyo en buena forma.

En este caso el principio de inocencia desplaza la responsabilidad objetiva o se condenaría a un no culpable.

6. *Obligación de medios del funcionario.*

Si no fuera una obligación de medios nadie aceptaría el cargo de responsable de la actividad antilavado.

Sería arbitrario presumir la culpabilidad por la mera existencia de un resultado contrario a la norma, conseguido con astucia por el infractor, pese a la existencia de diligencia debida.

7. *Adecuación al sistema de la culpa.*

La presunción *jure et de jure* que pesa sobre la persona jurídica no debería funcionar si no hay un acto ilícito del funcionario encargado.

Se sostiene que cuando el dependiente puede excusar su responsabilidad por haber obrado con cuidado y previsión, no queriendo que ocurra el resultado y cumpliendo su función de la mejor forma, no debería ser responsabilizado aunque el régimen legal impute el resultado a la compañía. La compañía también podrá presentar la excusa absolutoria de no haber podido impedir el resultado.

8. *Doctrina y jurisprudencia sobre el tema.*

Se trata de saber si por razones de orden público conviene a la comunidad crear el rol de chivo expiatorio y asignárselo al funcionario.

La obligación de examen de ciertas operaciones no puede ser eficaz-

mente observada por el empleado en concreto, si no cuenta con los medios necesarios y los sistemas del caso.⁴⁰

En todo caso si cabe alguna responsabilidad, según el autor citado, sería no advertir sobre la insuficiencia del sistema. Añade que la mera infracción de la obligación de informar no puede dar lugar directamente a la aplicación de sanciones, si no se dan las demás características de la conducta antijurídica y culpable.

La misma Corte Suprema ha sostenido que “... inclusive respecto del derecho disciplinario se exige como presupuesto un factor subjetivo, pues siempre se impone una valoración de la conducta del agente en la cual el juicio de reproche no puede desvincularse de las circunstancias personales, de tiempo y lugar)” (CSJN Fallos: 323-2351).

No se puede sancionar a un inocente ni tener por culpable a quien ha obrado con cuidado y previsión.

40 Confr. Isidoro Blanco Cordero, *Responsabilidad Penal de los empleados de Banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1998, p. 121 y sigs.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN ARGENTINO: EL ESTUDIO DE LA LEY Y LA REGLAMENTACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO

- Comentarios sobre la legislación argentina
 - Anexos legales (partes pertinentes)
- El oficial de cumplimiento
- Las operaciones sospechosas
- Análisis de Jurisprudencia sobre responsabilidad del funcionario
 - Primeras conclusiones

1. Comentarios sobre la legislación argentina

El lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas estaba señalado por la Ley 23.737 de octubre de 1989 como delito conexo para aquellos que sin haber tomado parte en la ejecución, intervienen en la aplicación de los fondos o bienes provenientes del ilícito, siempre que hubieran conocido ese origen o lo hubieran sospechado.

La Convención de Viena de 1988 ya implicaba para el país un compromiso de penalizar a quienes se asociaran para lavar activos (confabulación).

En el año 1995 se dictó la Ley 24.424 que penalizó la confabulación de dos o más personas para cometer cualquiera de los delitos de la Ley 23.737.

Con fecha 5 de mayo de 2000 se dictó la Ley 25.246.

El Poder Ejecutivo vetó parcialmente la figura culposa o por imprudencia, por lo que sólo se incrimina el lavado de activos a sabiendas o doloso.

Se reglamentó la ley a través de decretos 169/2001 y 1500/2001 y se conformó la UIF (Unidad de Información Financiera), se definen las operaciones sospechosas, quiénes son los obligados a informar y se establecen penas.

La Ley 25.246 modifica el Cap. XIII, Título XI del Código Penal de la Nación (Art. 1 a 4) e introduce el lavado de activos como delito de encubrimiento especial, que requiere la existencia de un delito previo, cualquiera sea (por lo tanto debe haber a su respecto una resolución judicial que señale la conducta previa). La conducta del encubridor implicará no haber participado en el delito anterior, y conocer el origen ilícito de los fondos, o deber haber conocido (dolo eventual). Además es necesario que le dé apariencia de legitimidad a los mismos, o sea, que los ponga en circulación como fondos

de origen lícito (delito previo probado, fondos provenientes del ilícito, conocimiento, legitimación o lavado).

En la segunda parte de la Ley 25.246, del artículo 5 en adelante crea la Unidad de Información Financiera que integra el cuadro de la Administración Pública como entidad autárquica, no subordinada a un control jerárquico del Poder Ejecutivo pero sujeta a un control administrativo del Ministerio de Justicia.

Es la unidad de contralor de la aplicación de las normas de lavado encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información a efectos de prevenir el lavado de activos de origen ilícito.

Establece quiénes son los obligados a informar y que “... el cumplimiento de buena fe de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa ni de ninguna especie” (Art. 18).

Este artículo dice también a contrario sensu que las operaciones no sospechadas de lavado pese a la utilización de sistemas, normas internas, capacitación para el cabal cumplimiento en las normas no deberían ser imputadas ya que la conducta llevada a cabo con cuidado y previsión no debe traer responsabilidad.

Esto es así aunque la autoridad de aplicación descubra en el sistema que parte de las operaciones cursadas por un banco eran parte de un universo mayor de movimientos de fondos sin conocimiento del origen.

El cliente ocasional puede operar sin perfil, por debajo de los límites acumulando operaciones en varios bancos.

Corroborando lo dicho con fecha 14.12.2010 con motivo de la visita de las autoridades del GAFI, se dicta el Decreto 1936/2010 donde se determi-

na que no hay diferencia entre clientes ocasionales y clientes habituales ya que se define como cliente “a todas aquellas personas físicas o jurídicas con las que se establece de manera ocasional o permanente una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial” (Art. 5 – Decreto 1936/2010 que modifica el artículo 21 del Anexo I al Decreto 290/2007 que reglamenta la Ley 25.246). Aclara que es cliente el que desarrolla una vez, ocasionalmente o de manera habitual operaciones con los sujetos obligados.

Para todos ellos se requiere, a partir del Decreto 1936/2010, un legajo con toda la documentación que dé cuenta de su actividad, capacidad patrimonial y perfil de riesgo.

Por lo expuesto, vemos cómo ante la presión de la visita de las autoridades del GAFI, se ha avanzado en el dictado de normas de manera de colocar al cliente ocasional bajo la obligación de brindar toda la información necesaria para ser cliente estable, aunque no quiera serlo.

Esto implica que antes del dictado del Decreto 1936/2010 podían distinguirse las dos categorías antedichas de cliente ocasional y habitual, y ahora no.

La Ley 25.246 establece un régimen penal administrativo que pena entre otras conductas la violación del deber de informar una operación que resulte sospechosa, con multa de 1 a 10 veces el monto del valor de los bienes.

No se trataría del monto de los bienes lavados, sino del monto de las operaciones no sospechadas, lo que puede llevar a un absurdo.

El absurdo es que un oficial de cumplimiento pueda ser solidariamente condenado cuando a su juicio están puestos todos los medios con cuidado y previsión.

Si la autoridad de contralor reúne información de todo el sistema puede pretender buscar las operaciones realizadas, aun por debajo de los lími-

tes, sumarlas todas y condenar manejando elementos de juicio que no poseía el funcionario interviniente.

El elemento subjetivo o culpa es necesario para aplicar pena alguna al oficial de cumplimiento.

Lo contrario sería una responsabilidad por el ejercicio del cargo aunque se haya preocupado, con cuidado extremo, de que se dicten normas, se apliquen controles, se mejoren sistemas, se capacite al personal y a directivos, se pague a consultores, se hagan inversiones, etc.

Con fecha 21.06.2011 se sanciona la Ley 26.683, que modifica la Ley 25.246 de lavado de dinero en diferentes aspectos.

Incorpora al Código Penal el nuevo artículo 303 que pena con prisión de 3 a 10 años y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación a quien realice actividad de lavado de activos, dando apariencia de licitud a bienes provenientes de un ilícito, de \$ 300.000 en adelante.

Según este texto queda incriminado el llamado “autolavado” ya que no se requiere la existencia de un delito subyacente en el que no se hubiera participado.

La nueva Ley 26.683 dispone que los sujetos obligados a los que se refieren los incisos 6 y 15 del art. 20 “podrán dictar normas de procedimiento complementarias a las directivas e instrucciones de la Unidad de Información Financiera (UIF), no pudiendo ampliar ni modificar los alcances definidos por dichas directivas e instrucciones”.

El B.C.R.A. emitió la Comunicación “A” 5218 por la que se estableció que la UIF tiene expresa jurisdicción sobre las entidades financieras y modifica la categoría de clientes con obligación de tener legajo.

A partir de dicha Resolución los clientes serían considerados habituales si establecen con la entidad financiera una relación estable *o cualquiera que realice operaciones por un monto anual que supere la suma de \$ 60.000* por año. Por lo tanto quienes no tengan una relación estable (cuenta) con el banco y operen por menos de \$ 60.000 por año serán ocasionales.

Se trata de una nueva definición de cliente ocasional y habitual.

A partir de estos cambios ambas categorías deben tener un legajo de donde surja el conocimiento del cliente, porque ahora es el monto el que determina la necesidad del legajo y no ya la existencia de la relación estable o cuenta.

Todo cliente que opere por más de 60.000 pesos anuales deberá tener un perfil elaborado por la entidad financiera y cargado en los sistemas que dé cuenta de cuáles serán las operaciones esperadas y sus límites.

Este legajo contendrá la situación económica, patrimonial, financiera y tributaria en base a la cual se estimará el monto esperado de operaciones y su habitualidad incluyendo operaciones activas y pasivas. Antes los clientes ocasionales que excedían los límites debían exhibir documentación en el acto de realizar la operación, pero no tenían legajo.

Ahora se debe conformar un legajo del que surja el conocimiento del cliente para cada uno que opere con el banco. Antes no era así para los ocasionales y era ocasional todo aquel que no había abierto cuenta (hoy se debe determinar si está incluido en las listas de personas expuestas que exigen un tratamiento especial, si está interdicto por figurar en alguna lista que le impida operar en bancos, etc.).

El 19 de agosto de 2011 se dictó la Resolución de la UIF 121/2011 que deroga la anterior resolución 37/2011.

Se trata de imponer a las entidades financieras un mayor control sobre las operaciones de sus clientes tal como quedó plasmado por la Comunicación “A” 5218 del B.C.R.A. y lo comentado sobre la nueva clasificación del cliente.

ANEXOS LEGALES

Ley 25.246 modificada por Ley 26.683 (partes pertinentes)

ARTICULO 20 bis. — El deber de informar es la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el artículo 20, en su ámbito de actuación, de poner a disposición de la Unidad de Información Financiera (UIF) la documentación recabada de sus clientes en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 inciso a) y de llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera (UIF) las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas, a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo.

El conocimiento de cualquier hecho u operación sospechosa impondrá a tales sujetos la obligatoriedad del ejercicio de la actividad descripta precedentemente.

La Unidad de Información Financiera (UIF) determinará el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que establece el artículo 20.

En el supuesto de que el sujeto obligado se trate de una persona jurídica regularmente constituida, deberá designarse un oficial de cumplimiento por el órgano de administración, en los supuestos que lo establezca la reglamentación. Su función será formalizar las presentaciones que de-

ban efectuarse en el marco de las obligaciones establecidas por la ley y las directivas e instrucciones emitidas en consecuencia. No obstante ello, la responsabilidad del deber de informar conforme el artículo 21 es solidaria e ilimitada para la totalidad de los integrantes del órgano de administración.

Resolución N° 121 UIF (partes pertinentes)

Art. 2° ---

- e) Operaciones Inusuales: Son aquellas operaciones tentadas o realizadas en forma aislada o reiterada, sin justificación económica y/o jurídica, ya sea porque no guardan relación con el perfil económico, financiero, patrimonial o tributario del cliente, o porque se desvían de los usos y costumbres en las prácticas de mercado, por su frecuencia, habitualidad, monto, complejidad, naturaleza y/o características particulares.

- f) Operaciones Sospechosas: son aquellas operaciones tentadas o realizadas, que habiéndose identificado previamente como inusuales, luego del análisis y evaluación realizados por el sujeto obligado, las mismas no guardan relación con las actividades lícitas declaradas por el cliente, o cuando se verifiquen dudas respecto de la autenticidad, veracidad o coherencia de la documentación presentada por el cliente, ocasionando sospecha de Lavado de Activos; o aun cuando tratándose de operaciones relacionadas con actividades lícitas, exista sospecha de que estén vinculadas o que vayan a ser utilizadas para la Financiación del Terrorismo.

Art. 3° — Política de prevención. A los fines del correcto cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 21, incisos a) y b) y 21 bis de la Ley

25.246 y modificatorias, los sujetos obligados deberán adoptar una política de prevención en materia de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, de conformidad con la presente Resolución.

La misma deberá contemplar, por lo menos, los siguientes aspectos:

- a) La elaboración de un manual que contendrá los mecanismos y procedimientos para la prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, que deberá observar las particularidades de su actividad.
- b) La designación de un Oficial de Cumplimiento; conforme lo establece el artículo 20 bis de la Ley 25.246 y sus modificatorias y el artículo 20 del Decreto N° 290/07 y modificatorio.⁴¹

Art. 4° — Manual de Procedimientos. El manual de procedimientos para la prevención de Lavados de Activos y Financiación del Terrorismo deberá contemplar, por lo menos, los siguientes aspectos:

- a) Políticas de prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo adoptadas por la máxima autoridad.
- b) Políticas coordinadas para el control y monitoreo.
- c) Políticas de prevención para las áreas operativas.

41 En realidad el Decreto 290 en su artículo 20 no dice nada relevante: “ARTÍCULO 20. — El deber de informar es la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el artículo 20 de la Ley N° 25.246 y sus modificatorias, en su ámbito de actuación, de llevar a conocimiento de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA, las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas, a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa. El conocimiento de cualquier hecho u operación sospechosa, impondrá a tales sujetos la obligatoriedad del ejercicio de la actividad descripta precedentemente. La UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA determinará el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que establece el artículo 20 de la Ley N° 25.246 y sus modificatorias”.

- d) Funciones de la auditoría y los procedimientos de control interno que se establezcan tendientes a evitar el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.
- e) Funciones asignadas al Oficial de Cumplimiento.

Art. 6° — Oficial de Cumplimiento. Los Sujetos Obligados deberán designar un Oficial de Cumplimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 20 bis de la Ley 25.246 y sus modificatorias y en el Decreto N° 290/07 y sus modificatorios, quien será responsable de velar por la observancia e implementación de los procedimientos y obligaciones establecidos en virtud de esta resolución.

El Oficial de Cumplimiento será el encargado de formalizar las presentaciones ante la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA.

Se deberá comunicar a la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA conforme lo previsto en la Resolución UIF N° 50/2011 (o la que en el futuro la complete, modifique o sustituya) y de forma fehaciente por escrito, el nombre y apellido, tipo y número de documento de identidad, cargo en el órgano de Administración, fecha de designación y número de CUIT o CUIL, los números de teléfonos, fax, dirección de correo electrónico y lugar de trabajo de dicho funcionario.

En el caso de sucursales de entidades financieras extranjeras, el Oficial de Cumplimiento será la máxima autoridad local. En los casos de representantes de entidades financieras del exterior no autorizadas para operar en el país y de corredores de cambios esta función la cumplirá el autorizado por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

El oficial de cumplimiento deberá constituir domicilio, donde serán válidas todas las notificaciones efectuadas. Una vez que haya cesado en el cargo

deberá denunciar el domicilio real, el que deberá mantenerse actualizado durante el plazo de CINCO (5) años contados desde el cese.

Cualquier sustitución que se realice del mismo deberá comunicarse fehacientemente a la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA dentro de los QUINCE (15) días de realizada, señalando las causas que dieron lugar al hecho, continuando la responsabilidad del Oficial de Cumplimiento hasta la notificación de su sucesor a esta UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA.

El Oficial de Cumplimiento debe gozar de absoluta independencia y autonomía en el ejercicio de las responsabilidades y funciones que se le asignan, debiendo garantizársele acceso irrestricto a toda la información que requiera en cumplimiento de las mismas.

Los sujetos obligados podrán designar asimismo un Oficial de Cumplimiento suplente, quien cumplirá las funciones del titular en caso de ausencia, impedimento o licencia de este último. A estos fines deberán cumplirse los mismos requisitos y formalidades que para la designación del titular.

Los Sujetos Obligados deberán comunicar a esta UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA, dentro de los CINCO (5) días, la entrada en funciones del Oficial de Cumplimiento suplente, los motivos que la justifican y el plazo durante el cual se encontrará en funciones.

Art. 7º — El Oficial de Cumplimiento tendrá, por lo menos, las siguientes obligaciones:

- a) Velar por el cumplimiento de las políticas establecidas por la máxima autoridad del Sujeto Obligado para prevenir, detectar y reportar operaciones que puedan estar vinculadas a los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

- b) Diseñar e implementar los procedimientos y controles necesarios para prevenir, detectar y reportar las operaciones que puedan estar vinculadas a los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.
- c) Diseñar e implementar políticas de capacitación formalizadas a través de procedimientos de entrenamiento y actualización continuos en la materia para los funcionarios y empleados del Sujeto Obligado, considerando la naturaleza de las tareas desarrolladas.
- d) Analizar las operaciones realizadas para detectar eventuales operaciones sospechosas.
- e) Formular los reportes sistemáticos y de operaciones sospechosas, de acuerdo a lo establecido en la presente Resolución.
- f) Llevar el registro del análisis y gestión de riesgo de operaciones inusuales detectadas (que contenga e identifique aquellas operaciones que por haber sido consideradas sospechosas hayan sido reportadas).
- g) Dar cumplimiento a los requerimientos efectuados por la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA en ejercicio de sus facultades legales.
- h) Controlar la observancia de la normativa vigente en materia de prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.
- i) Asegurar la adecuada conservación y custodia de la documentación.
- j) Prestar especial atención al riesgo que implican las relaciones comerciales y operaciones relacionadas con países o territorios donde no se aplican, o no se aplican suficientemente, las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional.

A estos efectos se deberá considerar como países o territorios declarados no cooperantes a los catalogados por el Grupo de Acción Financiera Internacional (www.fatf-gafi.org).

En igual sentido deberán tomarse en consideración las relaciones comerciales y operaciones relacionadas con países o territorios calificados como de baja o nula tributación (“paraísos fiscales”) según los términos del Decreto N° 1037/00 y sus modificatorios, respecto de las cuales deben aplicarse medidas de debida diligencia reforzadas.

- k) Prestar especial atención a las nuevas tipologías de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo a los efectos de establecer medidas tendientes a prevenirlas, detectarlas y reportar toda operación que pueda estar vinculada a las mismas, como asimismo a cualquier amenaza de Lavado de Activos o Financiación del Terrorismo que surja como resultado del desarrollo de nuevas tecnologías que favorezcan el anonimato y de los riesgos asociados a las relaciones comerciales u operaciones que no impliquen la presencia física de las partes.

Para el cumplimiento de las obligaciones antes indicadas el Oficial de Cumplimiento podrá ser asistido por un Comité de Control y Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

Art. 8° — Deberá preverse un sistema de auditoría interna anual que tenga por objeto verificar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y políticas de prevención contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

Los resultados que arrojen los procedimientos de auditoría aplicados deberán ser comunicados anualmente al Oficial de Cumplimiento. En el caso que este último detecte deficiencias en cuanto a la implementación y cumpli-

miento de las políticas de prevención de Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, deberá adoptar las medidas necesarias para corregirlas.

Art. 9° — Programa de Capacitación. Los Sujetos Obligados deberán desarrollar un programa de capacitación dirigido a sus funcionarios y empleados en materia de prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo que debe contemplar:

- a) La difusión de la presente resolución y de sus modificaciones, así como la información sobre técnicas y métodos para prevenir y detectar operaciones sospechosas.
- b) La adopción de un plan de capacitación de funcionarios y empleados sobre las políticas de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo adoptadas por el Sujeto Obligado.

2. El Oficial de cumplimiento (Su eventual responsabilidad por operaciones por debajo de los límites individuales y en exceso por acumulación sin contrastar con legajo o perfil documentado)

El lavado de dinero a través del sistema financiero consiste en el fraude mediante el cual se engaña al Banco para colocar dinero mal habido y luego operar con esos fondos como si fueran de origen lícito provenientes del Banco que da crédito, o aplica depósitos.

Se requiere una relación estable con el Banco donde el cliente tiene cuenta abierta y además un engaño al mismo Banco a quien se le hace creer que los fondos son de origen lícito.

La actividad antilavado implica que la entidad financiera tenga una política para mantener los fondos, cuyo origen se desconoce, fuera de la institución.

El oficial de cumplimiento es un funcionario de alta jerarquía que supervisa el buen cumplimiento de las políticas a través de los medios que pone a su disposición la entidad financiera.

Tal función no implica que cualquier resultado disvalioso le pueda ser imputado, ya que el examen de buen desempeño se realizará sobre el desempeño de sus tareas.

Ese buen desempeño puede eximir de responsabilidad al funcionario. Esto es lo que pasa a nivel internacional cuando la entidad y el funcionario responsable demuestran que pusieron los medios con la debida diligencia y no obstante se ocurrió el resultado no querido.

Determinado que sea que existe la cultura de actuar contra el lavado y financiamiento del terrorismo, que existen políticas, supervisión y evaluación del desempeño, entonces se puede afirmar que se trata de una buena gestión.

Todo el sistema de control de lavado de dinero opera sobre el conocimiento del cliente, para ello se presupone que hay una relación estable, con contratos vigentes, cuentas abiertas, un legajo de antecedentes actualizado del que surja el perfil del cliente, o actividad esperada, al cual deberá adecuarse cada operación.

Cuando se opera con clientes ocasionales se opera sin perfil para chequear y sin que exista una relación estable, por ello se llaman ocasionales. Estos clientes no pueden operar sobre ciertos límites. Estos límites no surgen de un perfil que no tienen, sino de imposiciones legales, y son los sistemas los que rechazan operaciones con extralimitaciones. No hay un sistema de alarmas por desajuste con un perfil, porque no existe el perfil.

3. Las operaciones sospechosas

Establece quiénes son los obligados a informar operaciones sospechosas y que “... el cumplimiento de buena fe de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa ni de ninguna especie” (art. 18 Ley Antilavado).

Por lo tanto se sostiene a contrario sensu, que las operaciones no sospechadas pese a la utilización de sistemas, normas internas capacitación del personal no deberían ser imputadas ya que la conducta llevada a cabo con cuidado y previsión no debe traer responsabilidad ninguna, o nadie querría ser funcionario responsable si lo van a juzgar por la sagacidad del criminal, y no por su conducta razonable.

El elemento subjetivo o culpa es necesario para aplicar pena alguna al oficial de cumplimiento.

Actualmente, para evitar que los clientes sin legajo realizaran operaciones que no podrían realizar si el Banco tuviera los antecedentes cargados en un perfil, se ha dispuesto que todos los que pretendan operar con un banco deberán tener una cuenta abierta con legajo y con perfil, salvo que opere por debajo de un monto mínimo. A la época de los hechos que se consideran en este trabajo, no era así, y seguramente sirvió este caso para llenar los vacíos de la legislación (Com. “A” 5218 del B.C.R.A., Resolución de la UIF 121/2011 que deroga la anterior res. 37/2011).

Antes se exigía legajo y perfil, para los clientes habituales, y no para los ocasionales, que no tenían perfil cargado en el sistema.

La Resolución de la UIF del 2007 consideraba clientes ocasionales a quienes no tenían una relación estable con el Banco, salvo que el cliente se

encontrara incorporado a una base de datos, en cuyo caso tendría el trato de cliente habitual (legajo).

Según la Comunicación “A” 4559 del B.C.R.A. (17.08.2006), que regía a la época de los hechos, se exigía para las operaciones mayores a \$ 30.000 una declaración jurada sobre el origen de los fondos (Punto 1.3.3.1.) y si las operaciones individuales acumuladas entre sí, en el mes superaban esa cifra, se debería exigir documentación respaldatoria siempre y cuando la entidad “haya podido determinar la existencia de tal acumulación” (base de datos) (Ver Punto 1.3.3.4.).

4. Análisis de jurisprudencia sobre responsabilidad del funcionario

1. Entidades Financieras. Responsabilidad. Control. Daño potencial. (Sala II CNCAF)

“En el régimen de policía administrativa la simple constatación de la comisión de infracciones genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, salvo que éste invoque y demuestre la existencia de una circunstancia exculpatoria válida (cfr. Esta Sala in re “*Argenta Cambios S.A.* y otros c/B.C.R.A.”, del 27.03.08).

En el sistema de control del Banco Central a las entidades financieras el reproche de las conductas puede surgir de su contrariedad objetiva con la regulación y del daño potencial que de ello derive, motivo por el cual tanto la existencia del dolo como el resultado, son indiferentes, sin que el elemento subjetivo revista la calidad de condición necesaria de la punición. El carácter técnico administrativo de las irregularidades allí previstas posibilita que esas infracciones se produzcan sólo por el potencial daño que provoque una actividad emprendida sin cumplir con las exigencias legales, careciendo de toda entidad, a los efectos de

la aplicación de sanciones, la falta de un efectivo daño a los intereses públicos y privados que el sistema legal tiende a preservar. Se trata de ilícitos de “pura acción u omisión”, en los que el resultado no quita anti-juridicidad a los hechos en que se fundan las sanciones que se impongan como sustento en las disposiciones de los incisos 3 y 5 del art. 41 de la Ley 21.526, norma que no exige, como condición para su aplicación, que las infracciones conduzcan a un resultado determinado (cfr. Fallos 319:3033, y Sala I de este Fuero in re Causa N° 20.772/07 “*Banco Mercurio S.A. y otros c/B.C.R.A. – Resol. N° 376/06 [Expte. 100.435/05 Sum Fin 1134]*”, de fecha 20/05/10, entre muchos otros”).

La jurisprudencia ha señalado que las infracciones imputadas a los recurrentes –en el caso, a la Ley 21.526 de entidades financieras– se consuman al momento de incumplirse con la obligación debida, de manera que la subsanación posterior de la irregularidad no borra la ilicitud de la conducta reprochada anteriormente configurada (cfr. Sala I, “*Compañía Financiera Central para la América del Sud*”, 10/02/00).

Márquez – López Castiñeira – 10.082/2011 “*Metrópolis Casa de Cambio S.A. y otro c/B.C.R.A. – Resol. N° 601/10 (Expte. 100457/06 Sum. Fin. 1189)*” Sala II.

Comentario:

- *In re “Argenta Cambios S.A. y otros c/B.C.R.A. del 27.03.08.* Se analizan las infracciones a la Ley 21.526, dentro de un régimen de policía administrativa donde sólo bastaría la constatación de la infracción, salvo que el infractor demuestre la existencia de una circunstancia exculpatoria.
- Se debe aclarar que en nuestro caso no se está dentro del ámbito del derecho disciplinario que aplica la Ley 21.526 con el B.C.R.A.

como autoridad de contralor, sino en el mayor ámbito del *Derecho Administrativo* que aplica la ley de procedimientos administrativos 19.549, siendo la UIF la autoridad de aplicación, quien no puede aplicar derecho disciplinario porque no existe tal relación.

- Nótese que la circunstancia exculpatoria válida será la de la *buena y diligente conducta*, pese al resultado disvalioso.
- *In re “Banco Mercurio y otros c/B.C.R.A.”* 20.05.2010. Se señala que dentro de una relación disciplinaria el daño potencial es el bien jurídico tutelado, por lo que el dolo como el resultado son indiferentes, la infracción ha sido hacer o no hacer lo debido (ilícitos de pura acción u omisión). Esta situación más severa por tratarse de derecho disciplinario tampoco impide la excusa absolutoria que explique por qué se hizo o no se hizo lo debido. Se trata de un *requerimiento objetivo* de responsabilidad que permite una *respuesta de contenido subjetivo* válida para rechazar la pretensión punitiva (*no se pudo evitar el resultado pese a poner los medios con esmero*).

2. Banco Central. Multas. Configuración. Irrelevancia del elemento subjetivo

“El mecanismo de las contravenciones, faltas o infracciones –como parte del régimen de policía– prevé la configuración de un hecho por parte de un agente provoca la aplicación de la sanción. Así, vale resaltar que la ausencia de intencionalidad en la conducta no lo dispensa de la comisión de la infracción imputada por tratarse de infracciones de tipo formal, que no requieren la presencia del elemento subjetivo o el evento dañoso para su configuración (ver Marienhoff, Miguel S., en “Tratado de B.A., 1972). De esa manera, no interesa que el imputado hubiere actuado con la intención de incumplir la obligación que constituye su antecedente, bastando que se haya omitido satisfacer el deber exigido por *negligente o imprudente conducta activa u omisión de adoptar las diligentes medidas que hubieran evitado la producción del resultado*

reprochado (conf. Sala II –con otra integración–, “Compañía Financiera Central para la América del Sud S.A.”, 10/02/00”).

López Castiñeira – Márquez – 1.404/11 – “Banco Supervielle S.A. y otros c/B.C.R.A. – Resol. 256/10 (Expte. 23.865/94 Sum. Fin. 1.151)” Sala II.

Comentario:

- *In re* “Compañía Financiera Central para la América del Sud S.A. (del 10.02.10). Se sostiene que no importa el dolo, ni el resultado, pero sí la *culpa*, dentro del régimen de policía de la Ley 21.526 (que no es nuestro caso), bastando la *negligente* o *imprudente conducta*. Quiere esto decir que aun dentro de la severidad del derecho disciplinario, si bien se trata de infracciones formales que no requieren la presencia del elemento subjetivo o evento dañoso para su configuración, **siempre se debe atender a la excusa de falta de culpa por debida diligencia o prudencia.**
- Por ello resulta difícil aceptar la responsabilidad objetiva pura en razón del cargo para aquel que demuestre que ha hecho lo posible y lo ha hecho bien, según las reglas profesionales aplicables al caso en razón de tiempo y lugar.

3. Entidades Financieras. Sanciones. Art. 41 de la Ley 21.526. Naturaleza. Relación con el dolo y la culpa.

“Las sanciones que el B.C.R.A. puede aplicar, en virtud del art. 41 de la Ley 21.526, tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal (Fallos: 241:419; 251:343; 268:291; 275:265; 303:1776). En virtud de ello no es de su esencia que se apliquen las reglas generales de éste, ni se requiere

dolo; las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión, de modo que la constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor, *salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación.*”

Mordelia y Argento (Sala III)

Banco Patagónico S.A. (en liquidación) c/B.C.R.A., s/Apel. Resol. 561/91 – 17/10/94 – CNACAF, SALA III – Ley 21.526, Art. 41.

Comentario:

- *In re Banco Patagónico S.A.* (en liquidación) c/B.C.R.A., del 17/10/94 se dice que la constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor, **salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación.**
- Se desprende de este razonamiento que aunque el requerimiento legal sea objetivo a quien cometa la infracción, siempre ha de atenderse a la excusa absolutoria de aquel que sostiene que hizo bien todo lo posible en tiempo y forma, lo que se sostiene como foco central en este trabajo.

4. Tribunal Administrativo de la Navegación. Ley 18.870. Funciones sancionatorias. Personas alcanzadas

“Corresponde al Tribunal Administrativo de la Navegación por mandato legal – “fijar las responsabilidades de carácter profesional emergentes de accidentes de reglamentos vigentes en la materia” (art. 4º inc. a), de la Ley 18.870), habiéndose establecido que sus decisiones ‘... tendrán por objeto determinar la falta de idoneidad profesional, *la imprudencia,*

impericia o negligencia del personal responsable, directa o indirectamente, de un accidente de navegación, o la inobservancia de las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes y aplicables en cada caso’ (art. 6°).

En estas condiciones, no cabe duda de que frente a un concreto accidente de la navegación, el Tribunal no se encuentra constreñido a aplicar sanciones sólo al responsable directo –el que puso la causa eficiente o determinante para que el abordaje tuviera lugar– sino que también se encuentra facultado para sancionar a los responsables indirectos –los que de algún modo, por acción u omisión, hubieren contribuido a la producción del accidente–, e incluso para penalizar a aquellos que –en el marco de ese accidente– se hubieran limitado a incumplir los deberes a que normativamente se encontraban obligados. (Confr. esta Sala, 7/9/95, “Figueredo – RQU III”).

Buján, Licht, Coviello – Berhman Gert – RQU III – c/Tribunal Administrativo de la Navegación 7/09/95 – CNCAF, SALA I

Comentario:

- *In re Berhmann Gert c/Tribunal Administrativo de la Navegación*” 7/09/95 la C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala I decidió que se trata de determinar la falta de idoneidad profesional, la imprudencia, impericia o negligencia del personal responsable directa o indirectamente.
- Si ésta fuera la recta doctrina no se podría sancionar al idóneo, debidamente capacitado, que ha obrado con la diligencia del caso. Así también deberá considerarse la responsabilidad de los responsables indirectos que de algún modo por acción u omisión hubieran contribuido a la producción del resultado disvalioso. *A contrario sensu el responsable diligente no podrá ser sancionado.*

5. Entidades Financieras. Intervención. Responsabilidad

“Los órganos de la sociedad que se desplazan al disponerse la intervención cautelar son los que por sus actos obligan a la persona jurídica en los términos del artículo 58 de la Ley 19.550 y sólo responden por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión cuando faltaren a sus obligaciones (Fallos: 310:2239; 2469; esta Sala, 27-8-91, “Pascazzi, Luis Alberto y otros c/Banco Central de la Rca. Argentina”) (del voto del juez Galli, cons. 5)”.

Comentario:

- *In re “Pascazzi, Luis y otros c/B.C.R.A.”*, se establece la responsabilidad de los órganos societarios en la medida de su acción u omisión cuando faltaren a sus obligaciones, por lo que la conducta diligente no será causal de responsabilidad ni directa ni refleja.

6. Banco Central. Multas. Naturaleza jurídica. Relación con el derecho penal.

“Las sanciones de la Ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de las medidas represivas del Código Penal (Fallos: 241:419; 251:343; 268:91; 275:265); las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas, y por ende no es de su esencia que se apliquen las reglas del derecho penal, ni se requiere el dolo, ya que las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión (Sala III “Bunge Guerrico” y “Banco Serrano Coop. Ltda.”, del 3/5/84 y 15/10/96, respectivamente)”.

Herrera, Garzón de Conte Grand, Demarco – Banco Alas Cooperativo Limitado (en liquidación y otros c/Banco Central de la República Argentina. Resol. 154/94 Causa: 27.035/95 – 19/02/98 – CNACAF, SALA II - Ley 21.526

Comentario:

- In re “Banco Alas Cooperativo Limitado (en liquidación) c/ B.C.R.A.” del 19.02.98, se sostuvo dentro del ámbito de la Ley 21.526 que no es de la esencia de este ámbito que se apliquen las reglas del derecho penal ni se requiere dolo, ya que las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión, siempre presente la culpa del que actúa como presupuesto de culpabilidad, aunque el requerimiento legal sea a cualquiera que infringe la norma objetiva.
- *In re “Arbumasa c S.A. c/M° de E.”* del 06/10/98 se aplica el mismo criterio en materia de pesca, sosteniéndose la responsabilidad por la mera infracción salvo que se demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación basada en la conducta del infractor que obró con diligencia o dejó de hacerlo. (Mordeglia, Argento – Causa 1251/98 CNCAF, Sala III).
- Ídem YPF c/Enargas del 26/10/99, del mismo tribunal.
- Idem “Generali Corporate Argentina de Seguros S.A. c/DNCF” del 4/5/06, del mismo tribunal.
- Idem “Transportadora de Gas del Norte S.A. c/Enargas” del 10/4/08, Sala II mismo tribunal.

PRIMERAS CONCLUSIONES

La situación del funcionario responsable frente a los hechos.

1. La Ley 25.246 incriminaba el lavado de dinero como delito de encubrimiento, luego debía preexistir un delito en que el autor de lavado no hubiera participado.

2. Hoy la reforma ha creado la figura del delito autónomo de lavado de dinero para castigar a quienes toman parte en el hecho hayan o no participado en el delito subyacente. (Ejemplo: Se puede penar el llamado autolavado que se da en el caso de evasión impositiva, quedando la conducta sujeta a dos regímenes penales diferentes, el penal tributario y el delito de lavado.)
3. La Ley 25.246 creó la UIF (Unidad de Información Financiera) que recibe, analiza y transmite la información vinculada a conductas de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.
4. La UIF se nutre de la información que le dan los sujetos obligados a informar (p. ej., los Bancos).
5. La ley contempla severas sanciones para el sujeto obligado que no informe una operación sospechosa.

Se trata de un régimen penal, aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. (art. 24 inc. 1) (Ídem inc. 4 y 5).

6. El sujeto obligado a informar, bajo amenaza de sanción debe conducirse con buena fe y con ánimo de colaboración, que es la debida conducta derivada de la carga administrativa de informar.
7. Rigen al procedimiento sancionatorio todas las garantías del derecho penal, por tener raigambre constitucional.
8. Lo que debe ser informado es toda conducta inusual que pueda ser sospechada de lavado de dinero.
9. El lavado de dinero es colocar en el sistema legal fondos de origen delictivo, de manera de integrarlos con otros fondos y así darles apariencia

de licitud. (D'albora, Francisco, Lavado de dinero, 2a edición, Ad Hoc, pág. 14/15, Buenos Aires).

10. La sospecha de que existe lavado de dinero surgirá necesariamente de la falta de adecuación de la operación de que se trata con la actividad esperada, dado el perfil del cliente. Es decir que para sospechar debe haber un perfil y debe haber un cliente a quien es obligatorio hacer tal perfil (art. 21, inc. a) de la ley).
11. El que sospecha debe hacerlo de buena fe y con espíritu de colaboración, y comunicarlo a la UIF, quien procesará la información. El que no sospecha, debiendo hacerlo, será sancionado con multa de una a diez veces el importe de la operación de que se trate (Cap. IV, art. 24, inc. 1).
12. La UIF para aplicar una sanción debe realizar un sumario cumpliendo con todas las reglas del debido proceso administrativo, según la Ley 19.549, a la que remite expresamente el régimen de lavado (art. 14, inc. 8) y art. 25). Deberá ante todo establecerse si la entidad cumplió con la política de “conozca a su cliente”, determinando un perfil, en base al cual sospechar la falta de adecuación a lo esperado.
13. Rigen al actuar de la Administración todas las normas del debido proceso y además se deberán respetar las garantías constitucionales que son de vigencia obligatoria, tales como el principio de legalidad que exige al momento de actuar que el obligado tenga todos los elementos necesarios para “sospechar” por estar previamente incriminada la conducta de que se trate.
14. Por lo tanto el obligado a informar carecerá por completo de responsabilidad si de buena fe, y con espíritu de colaboración (principios del obrar del administrado), no sospechó la falta de adecuación de la conducta en cuestión, con un perfil, por tratarse de operaciones de un cliente sin perfil (ocasional).

La situación del funcionario responsable en nuestro derecho.

1. Las sanciones penales del caso sancionan el deber de los particulares de colaborar con la Administración por razones convenientes al bien común. Si así no lo hicieran se violaría el deber de colaboración afectando intereses de tipo administrativo.
2. Las inconductas del obligado que merecen sanción deben ser determinadas tras un debido proceso donde estén vigentes todas las garantías del derecho penal.
3. Así el art. 4 del Cód. Penal establece que: “Las disposiciones generales del presente código se aplican a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”. Rigen en consecuencia las garantías del principio de legalidad y de tipicidad, para saber previamente lo que hay que hacer y lo que no hay que hacer. También el principio de imputabilidad y de culpabilidad para determinar si se pudo cumplir, y si se hizo con intención o por falta de diligencia. El principio de inocencia, etc.
4. No se puede penar sin culpa (nulla pena sine culpa). Este principio establece que la culpa es el factor exclusivo de atribución de responsabilidad en el derecho penal. En materia contravencional se pueden dar supuestos de responsabilidad objetiva por extensión, responsabilizándose por el hecho del otro, aunque existe una fuerte controversia en doctrina. (Cassagne, en su Curso de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, cita a Spolansky, Norberto, su obra “Culpabilidad y responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos”, L. Ley 1978-D-235, p. 256/259.)

5. En la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema se admite la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de un dependiente que fue expresamente sancionado (caso Wlodavsky, Pedro y otros, La Ley 1978, A 431). Se alcanza a la persona jurídica sólo cuando el dependiente realizó una conducta antijurídica y culpable.

En materia contravencional las leyes especiales pueden legitimar un sistema de responsabilidad objetiva para ciertas infracciones donde el interés público lo exige, pero siempre rige el principio de razonabilidad para evaluar la circunstancia que rodea la conducta de los involucrados (Cassagne op. cit.).

6. Se extiende a la persona jurídica la pena de multa, pero no la de prisión, ni la de inhabilitación, que pueda haber sufrido el dependiente culpable, siempre y cuando se pruebe tal extremo en un procedimiento justo.

Por lo tanto se concluye que siempre está presente en materia penal el principio de la culpabilidad, y deberá darse en el dependiente, para que se tolere la extensión de la responsabilidad en cuestión, a la persona jurídica en cuanto principal, y siempre sólo por la pena patrimonial.

7. Otra garantía implícita a respetar por la Administración es la imposibilidad de extender el tipo penal por analogía porque se afectaría el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

Es por eso que no se puede interpretar contra la norma escrita que un cliente ocasional es habitual si repite operaciones, hasta que no haya celebrado voluntariamente un contrato que cree una relación estable (abrir cuenta con perfil).

8. El art. 19 de la Constitución Nacional expresamente establece que lo no prohibido por la ley se considera permitido. Por ello también se ha de considerar que la conducta ulterior de la Administración al prohibir operar significaría que hasta ese momento no se impedía operar sin cuenta, ni legajo, ni perfil.
9. El principio de irretroactividad de la ley prohíbe considerar conductas anteriores a la descripción del tipo, para determinar su legalidad, no pudiendo aplicarse a ellas la nueva normativa. Esto es lo que se afirmó al tratar el principio de legalidad.

En caso de duda sobre la culpabilidad, no se puede sancionar (art. 13 del Cód. Penal).

Cassagne cita a García de Enterría Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, II edición Madrid 1981. T. II págs. 169/170, que dice “... una consecuencia trascendente de esta presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de una manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad del acto administrativo, que de mantenerse conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión”. (Cassagne, op. cit. p. 262).

10. Efectos de la reforma por Ley 26.683

Con fecha 21 de junio de 2011, se publicó la reforma a la ley, bajo el nuevo número 26.683, destacándose la incorporación del art. 21 bis que dispone expresamente que se considera clientes a todas aquellas personas físicas o jurídicas con las que se establece, de ma-

nera ocasional o permanente, una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial. En ese sentido es cliente el que desarrolla una vez, ocasionalmente o de manera habitual, operaciones con los sujetos obligados. Queda manifiesto que antes de esa reforma no se asimilaban ambas categorías, ocasionales y habituales, para integrar una misma definición de cliente. Esta aclaración fue necesaria con posterioridad a los hechos para dejar sentado que todo el que opere con un Banco, a partir de la norma, será considerado cliente que deberá preconstituir un legajo, de donde surja su perfil. De allí se deduce que quien operaba ocasionalmente sin abrir cuenta era un no cliente en los términos actuales, dado que pasa a ser considerado recién ahora como tal.

Estos conceptos fueron depurándose con el ejercicio del poder administrador, por lo que pretender aplicar sus nuevas definiciones hacía atrás en el tiempo afecta la garantía de irretroactividad de la ley, la garantía del beneficio de la situación más benigna, el principio de legalidad y sobre todo el de tipicidad.

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD OBJETIVA
VERSUS RESPONSABILIDAD
SUBJETIVA

(Negación indebida de la defensa
de falta de culpa)

En este capítulo se expondrá el caso sobre la base del cual se ha desarrollado la presente tesis.

1. UN CASO DE RESPONSABILIDAD POR EL CARGO SIN ATENDER A LA DEFENSA DE FALTA DE CULPA

1.1 La sanción y sus argumentos

Se sancionó al director responsable de Prevención y Control de Lavado de Dinero de un importante Banco, por no informar operaciones que otro Banco había informado como sospechosas.

La resolución fue dictada por la Unidad de Información Financiera (en adelante UIF), sin imputación de conducta irregular al responsable, asumiendo que el resultado de no sospechar y por lo tanto no informar conformaba el fundamento suficiente para aplicar la pena. Se argumenta que otro banco había informado porque había sospechado; luego quien no informó operaciones similares debe estar sujeto a sanción.

La misma contiene, a ojos vistas, diferentes arbitrariedades. La primera es sostener que lo que es sospechoso para uno también lo debe ser para otro. La segunda es aplicar una presunción que no acepta prueba en contrario, negando la posibilidad de probar la falta de negligencia. La tercera es la violación de todos los principios y garantías del derecho penal que tienen raigambre constitucional.

La resolución condenatoria imputa al funcionario responsable la inconducta de no reportar a la UIF, como operación sospechosa de lavado de dinero, una serie de operaciones de cambio de moneda realizadas en distintas sucursales entre los años 2003 y 2007, por un cliente ocasional,

que operó en forma reiterada, dentro de los límites vigentes para operaciones individuales de clientes no habituales, *pero excediéndolos si se consideraran las operaciones como vinculadas entre ellas.*

La conducta imputada sería una vulneración de lo establecido por la ley antilavado, modificatorias, el decreto reglamentario 290/2007 y las Resoluciones de la UIF 02/2002 y 228/2007 (ésta es posterior a los hechos).

1.2 Los antecedentes

1.2.1. Los hechos

Ellos son los siguientes

1. Una persona opera con un banco importante durante aproximadamente 5 años. Compra pequeñas cantidades de moneda extranjera. Cuando sobrepasa el límite mínimo previsto para el cliente ocasional, se le pide una declaración jurada de licitud del origen de los fondos según prescriben las normas vigentes. No se pidió documentación respaldatoria para contrastar con un perfil porque no había perfil contra el cual contrastar la operación. El banco no sospechó que pudiera estar involucrada una actividad de lavado, por lo tanto no informó a la UIF.
2. La UIF inicia un sumario para "... deslindar responsabilidades que podrían caer al Banco y a quienes actuaron como sus órganos o ejecutores, por no haber reportado las operaciones...".
3. El Banco presentó su descargo sin negar la existencia de las operaciones, pero señalando que *no se trataba de operacio-*

nes inusuales ni sospechosas, sino que fueron realizadas por clientes ocasionales, no habituales, y destacaba que había puesto los medios con debida diligencia dentro de un programa de antilavado establecido de acuerdo a los estándares internacionales.

4. Se rechaza la defensa de prescripción por no contarse el término desde cada operación, considerándola como una infracción continua.
5. Se rechaza la defensa de inconstitucionalidad del art. 24 de la Ley 25.246, (indeterminación de la conducta antijurídica de “*no sospechar*”), por cuanto la UIF consideró que no se vulnera el principio de legalidad.
6. Cuestiona la resolución el carácter de cliente ocasional, dada la reiteración de operaciones a través de los años, no teniendo en cuenta la inexistencia de cuenta abierta en el banco.
7. Sostiene la UIF que el banco sumariado debía haber sospechado porque otro banco sospechó.
8. Sostiene además que la realización de operaciones en diferentes días fue para no exceder los límites impuestos por las normas, debiendo el Banco haber impedido ese obrar estructurado, contando con una base de datos donde estuviera cargado el perfil.
9. Se dice que la culpa del Banco es no haber sospechado por no haber tratado al cliente ocasional como al habitual, quedando expuesto a posibles maniobras de lavado de dinero.

10. Agrega que los controles internos del banco resultaron estériles.
11. Interpreta que los funcionarios responsables actuaron con negligencia dado que se repitieron las operaciones y el banco no las vinculó entre sí.
12. *Que como sucedió el resultado disvalioso pese a los medios tecnológicos puestos en ejercicio, el principal no tiene excusa absolutoria ninguna.*
13. El tratamiento dado al cliente como ocasional fue causante de que los responsables no pudieran sospechar, porque no tenían un perfil.

1.2.2. El derecho aplicable en que se funda la resolución

Es el siguiente: la Ley 25.246 Antilavado, y modificatorias; el Decreto 169/2001 y su modificatorio; la Resolución UIF 02/2002 y sus modificatorias: la Resolución de la UIF 10/2003. Cita también la Resolución UIF 228/2007, posterior a los hechos.

1.3. Lo que argumenta la UIF según sus considerandos:

La UIF concluye que la conducta disvaliosa se trataba en la especie de operaciones que debían ser sospechadas por no adecuarse a un perfil, que el banco debía haberlas informado, que la UIF tiene facultades suficientes para determinar lo que debe ser sospechoso, reglamentar y sancionar, que la conducta a sancionar es no haber informado una situación atípica. Dichos argumentos son los siguientes:

1. Que dentro de los requisitos establecidos para los clientes ocasionales por la Resolución 02/2002, de la UIF, punto 2.1.4. se

requiere que cuando las operaciones superasen individualmente la suma de 50 mil pesos se solicitará declaración jurada sobre licitud de los fondos, y si superasen las sumas de pesos 200 mil se deberá solicitar además la correspondiente documentación respaldatoria.

2. Estas disposiciones se deben aplicar aunque individualmente no se alcance el monto mínimo establecido *si vinculadas entre sí exceden esas cifras*.
3. Que según las modificaciones a la Resolución 02/2002, efectuadas en el 2003 y 2005 (Recaudos Mínimos punto 1 Procedimiento para detectar operaciones sospechosas) Las entidades deben poner en práctica mecanismos de control que le permitan alcanzar un conocimiento adecuado de todos sus clientes.
4. Que es necesario que la entidad verifique la veracidad de los datos más relevantes. Según el punto 1.1 al iniciar la relación contractual o comercial se deberá definir el perfil del cliente (lo que se espera de él...) y sistematizar dentro de una matriz de riesgo cada transacción (perfil vs. operación) (presupone una relación estable).
5. Además se dispone que las entidades deberán implementar niveles de desarrollo tecnológico que aseguren la mayor cobertura y alcance de sus mecanismos de control.
6. Se exige para los *clientes habituales* personas físicas “... declaración jurada sobre licitud y origen de los fondos y *en tanto resulte necesario* para definir el perfil del cliente, la correspondiente documentación respaldatoria que permita establecer su situación patrimonial y financiera”.

7. Para los *clientes ocasionales* se les exige también la documentación respaldatoria sólo cuando las operaciones resulten mayores a pesos 200 mil o cuando las operaciones vinculadas entre sí superen dicho importe.

1.4. Las conclusiones de la UIF.

Fueron las siguientes:

1. Se debió sospechar, pese a no haber una relación estable ni perfil cargado en el sistema. Se debió informar por ser sospechosa la compraventa de moneda extranjera, en cuanto que vinculadas las operaciones superaban los mínimos.
2. No se considera como defensa que el Banco no haya podido detectar los excesos por vía de vinculación de operaciones ocasionales.
3. El resultado le es imputable a los funcionarios en cuanto ejercen el cargo de responsables y a la entidad en consecuencia.
4. La multa a aplicar es el monto de todo el flujo operado, sin tenerse en cuenta el neto, o sea, cuánto compró el cliente y cuánto vendió.
5. Tampoco debe atenderse la defensa de haber puesto los medios con diligencia, y que individualmente ninguna operación superó el límite de doscientos mil pesos, exigido para pedir documentación respaldatoria.
6. Tampoco debe tenerse en cuenta que la exigencia de pedir documentación respaldatoria bajó de operaciones de \$ 200.000 a \$ 30.000 con posterioridad a los hechos del sumario, por lo que el

Banco no debía pedir en caja tal documentación cuando se operaba por menos de \$ 200.000 según las mismas normas de la UIF (ver Resolución 228/2007 de la UIF), salvo acumulación de operaciones consideradas como vinculadas en base a un perfil.

2. LA DEFENSA Y SUS ARGUMENTOS: OBLIGACIÓN DE MEDIOS (No se debe imputar un resultado contrario al bien jurídico tutelado, a quien ha obrado con cuidado y previsión)

Ante una situación como la descripta, aparecen las defensas jurídicas, y, por ende, lógicas, que se exponen:

- Cuando el resultado disvalioso no permite inferir la falta de cuidado y previsión del agente, no se puede atribuir responsabilidad, salvo que se trate de una ley que atribuye responsabilidad sin culpa, lo que estaría en contra de los principios del derecho penal y de la Constitución Nacional.

No es éste el caso, ya que la obligación a cumplir surge de las normas de la UIF y consiste en informar toda operación sospechosa de contener una acción de lavado de dinero, o ayudar a su realización. Éste sería el delito a perseguir.

Se ha aceptado que rigen los principios del derecho penal en su integridad. Tales como el de necesidad de una ley previa que incrimine el acto, una conducta antijurídica y culpable, la imputabilidad, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, etc.

Para que no quepa duda alguna de que estamos en el ámbito de aplicación de materia penal y sus garantías, debe tenerse en cuenta

que el mismo texto legal se denomina “Régimen Penal...” (Capítulo IV de la Ley Antilavado, 25.246). El art. 24 de la ley califica de delito la no información de una operación sospechosa).

Las normas citadas conforman un régimen de prevención y represión del lavado de dinero, donde deben estar presentes los principios de legalidad (arts 18 y 19 de la C.N.), y el principio de la inocencia, y su consecuencia el principio de la necesidad de la prueba de la culpabilidad (responsabilidad subjetiva).

La obligación a cargo del funcionario responsable del control y prevención de actos de lavado y financiación del terrorismo es una obligación de medios y no de resultado, porque lo contrario implicaría consagrar el principio de la responsabilidad en razón del cargo, negándose el principio de la culpabilidad y su imputación.

- Nadie debería ser responsabilizado por ser político, ni banquero, ni militar, ni policía a cargo de la vigilancia, sino en cuanto se pruebe el dolo (intención) o la falta de diligencia necesaria para la buena realización de su tarea, según las normas de su oficio.

Resulta probado que el Banco sancionado ha invertido una enorme cantidad de dinero para contar con sistemas que permitan alertar sobre operaciones que no correspondan al perfil de sus clientes. Los perfiles se van configurando a medida que se desarrolla la relación contractual estable. Se pide documentación, se verifica el domicilio, se abre la cuenta, se carga el sistema. Se trabaja sistematizando a todos los clientes desde los habituales primero hasta los ocasionales después. Los sistemas se van perfeccionando con el tiempo.

También está probada la idoneidad de sus funcionarios, su capacitación en la especialidad, sus títulos de graduación, etc.

Según el B.C.R.A., según las auditorías realizadas, según los *due diligences* por operaciones con corresponsales, y la testimonial obrante en el expediente, se trataba de funcionarios altamente capacitados y de un Banco que había tomado medidas que superaban ampliamente los estándares internacionales y nacionales en la materia.

- Resulta a todas luces arbitrario que la autoridad de control impute el delito de no informar una operación sospechosa de lavado de dinero, sin establecer en qué debía fundarse la sospecha de lavado, ni tampoco la culpa del funcionario que confiaba en la correcta aplicación de las órdenes cursadas. (En su caso el director a cargo es garante del cumplimiento de su rol y no del resultado de la aplicación de las normas.)

Las operaciones de compraventa de moneda extranjera no son un acto de lavado ni pueden fundar una sospecha de lavado, ya que se trata de cambio de moneda y no de introducción de la misma en el sistema financiero para darle una apariencia diferente, separándola de su origen. Después de un cambio de moneda lo que era de origen ilícito permanecerá igual sin que nadie pueda sospechar. El cliente compraba y vendía, por lo que el volumen de sus operaciones, a los efectos del posible lavado, tendría que salir del resultado neto y no del acumulativo. (Podría ser alguien que comprara barato y vendiera más caro, siempre con la misma partida de dinero, nada que ver con lavado.)

- Lo que hay que determinar es si los operadores cumplieron con las normas vigentes, si el Banco tenía defensas suficientes para detectar algo inusual, si el responsable supervisó bien y no descubrió lo sospechoso, o si supervisó mal.

Sin embargo las pautas para la sospecha deben preexistir o no habrá ley previa para determinar la licitud del acto. Esas pautas establecidas por la UIF deben ser el marco de la sospecha, ya que si no fuera así quedaría sujeto a la interpretación del sujeto que actúa, y nada sería punible. Ese marco preexistente y en base al cual hay que juzgar la acción de los operadores distinguía entre clientes habituales con una relación permanente con el Banco (y con un legajo de donde surgía su perfil) y los clientes ocasionales que operan en un instante y se van, sin que tengan cuenta abierta alguna, ni deban tenerla (por lo tanto sin obligación de tener legajo ni perfil contra el cual contrastar la operación).

Se dio el caso de que el cliente era ocasional para el Banco sancionado y habitual para el Banco denunciante.

Frente a esta situación el controlador dice arbitrariamente que se debía haber tratado al cliente ocasional como habitual (pese a que no se tuviera obligación alguna de formar un legajo), porque actuó repetidas veces en forma ocasional, y sumadas las operaciones a posteriori, resultaron excedidos los límites por acumulación, suponiendo la vinculación entre ellas.

A ojos vistas quien dicta la resolución no reconoció sus propias reglas, ni siquiera conoció la actividad bancaria, ni los esfuerzos para establecer una matriz de riesgo abarcativa de todos los clientes.

Las reglas distinguían uno de otro, la actividad bancaria no permite confundir. Un cliente ocasional opera sin tener cuenta y lo hace en base a su espontaneidad, ya que podría hacer lo mismo en el Banco de enfrente. En ninguno sería cliente habitual, porque no abrió cuenta. (Abrir cuenta significa identificación, pero además

verificación de domicilio, declaración de actividad, manifestación de bienes, conformación de un perfil y cargar un sistema que contraste la operación contra el perfil.)

- Es decir que es público y notorio que la actividad bancaria permite a personas del público entrar a operar en compra de moneda extranjera y salir sin celebrar contrato estable, o sea abrir cuenta. Esta situación permite al ocasional que opera dentro de los límites entrar y salir numerosas veces, de diferentes sucursales, mientras los sistemas no lo detecten ni lo rechacen porque nunca vulneró los límites individuales (sin perfil que denuncie cualquier desvío).

Ahora bien, esa misma persona no podría celebrar las mismas operaciones, aun dentro de los límites, si fuera cliente habitual, salvo que acredite que el origen de los fondos estaba dentro de su perfil.

Los requisitos son claros: el cliente ocasional debe identificarse y presentar una declaración jurada de licitud de origen, y no sobrepasar los límites en cada operación individual o no podrá hacerla. El cliente habitual debe explicar por qué compra fuera de su perfil registrado y acreditar cuál es el origen de los fondos.

En nuestro caso, ambos Bancos obraron con cuidado y previsión. Uno porque le pidió la identificación y la declaración jurada y el otro porque lo denunció por haber operado por encima de su perfil y no haber dado explicaciones suficientes.

Lo que no puede hacer la autoridad de contralor es dar las reglas para actuar y después alterarlas al juzgar, porque lesiona las garantías constitucionales de legalidad, del debido proceso, de responsabilidad subjetiva, de razonabilidad, etc.

Hay que destacar que la definición de cliente ocasional y cliente habitual no es potestativa del Banco, sino que depende de la existencia de un contrato, por lo que la reiteración de operaciones ocasionales no convierte al cliente en habitual, ni obliga a tener un legajo.

Menos aún obliga a pedirle a un sistema informático que está organizado en base a esa distinción que compare a un cliente ocasional, sin legajo, contra un legajo que no debe existir. (Una matriz de riesgo necesita tiempo para ser implementada en un banco que ya tiene millones de operaciones de clientes habituales.)

El cliente ocasional operó con el Banco sancionado dentro de las normas, sin superar el límite que hubiera exigido demostrar el origen de los fondos. Siempre presentó las declaraciones juradas sobre la licitud del origen de acuerdo al monto en que operaba.

Lo que se destaca es que aunque el cliente infractor hubiera sido un lavador, lo mismo hubiera operado sin infringir las normas para clientes ocasionales, mientras no se diera a éstos el trato de habituales con su perfil cargado en una matriz de riesgo.

- Lo que imputa la autoridad de aplicación no es que se haya sobrepasado ocasionalmente algún límite mínimo, ni que no se encuentren algunas de las declaraciones juradas, sino que se imputa que no se haya pedido documentación respaldatoria del origen de los fondos al cliente que operó ocasionalmente.

Cabe preguntarse cómo sin la existencia de un legajo determinante de la actividad esperada podrían vincularse entre sí operaciones ocasionales de compraventa de moneda extranjera realizadas dentro de los límites permitidos y con la declaración jurada de buen origen.

*La conclusión es que **la puerta abierta para operar de esa manera la dejan las normas y no el Banco operador**, cuyo sistema no puede estar preparado para tratar al cliente ocasional como habitual, comparando con un perfil.*

Luego, produce asombro que se pretenda imputar el resultado negativo (no informar actividad sospechosa) a un Banco organizado para cumplir las normas vigentes, con funcionarios que cumplieron con su función, estando debidamente capacitados para ello.

La UIF ha violado las garantías constitucionales de culpabilidad e inocencia, creando una presunción de culpabilidad, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba (arts. 18 y 33 de la C.N.).

Según la resolución de la UIF, y normas del B.C.R.A. (Comunicación “A” 4353: 1.1.3.; 1.3.3.1.; 1.3.3.2.) al momento de la celebración de las operaciones de cambio de moneda, no se debía exigir ninguna documentación respaldatoria para las operaciones celebradas, sino sólo declaración jurada. La declaración jurada se exigió; si no fuera así no se hubiera podido celebrar la operación en la caja.

3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. OTRAS DEFENSAS

3.1 Defensa de Prescripción.

Además de lo mencionado sobre la necesidad de asegurar al imputado las garantías constitucionales del régimen penal (legalidad, la irretroactividad, la presunción de inocencia, la responsabilidad subjetiva, la carga de la prueba, etc.), es obvio que no se respeta la garantía del debido proceso por

cuanto se reclama por infracciones que en su mayor parte habrían ocurrido más de dos años antes de la apertura del sumario, por lo tanto prescriptas.

La UIF pretende considerar las infracciones a la Ley Antilavado, art. 24, de carácter imprescriptible.

Esto sucede por el argumento dado al rechazar la defensa, sosteniendo que corre la prescripción recién desde que se informe lo que no se había informado.

Resulta que en nuestro caso no se debía sospechar, *por cuanto el vínculo era ocasional* y sin perfil para hacer saltar la alarma, luego sería imprescriptible.

Lo que hay que hacer es contar desde el hecho y no desde que hubiera cesado la falta de informar lo sospechado (lo que se sostiene que no debía hacerse). Debe correr el término desde que los sujetos obligados violen su deber de informar.⁴²

42 El instituto de la prescripción de la acción penal tiene por finalidad el mantenimiento de la seguridad jurídica e, igualmente, la tutela del derecho constitucional a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, de la garantía de la defensa en juicio, del preámbulo y del art. 9 inc. 3º y el art. 14 inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 7 inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ver entre otros **CSJN**, “*Mattei, Ángel*”, sentencia del 29.11.68, Fallos 272:188; “*Pileckas, Ernesto Antonio*”, sentencia del 12.5.77, Fallos 297:486; “*Aguilar Argentina de Ediciones S.A. y otros*”, sentencia del 09.06.77, Fallos 298:50; “*Klosowsky, Victor Ladislao y otros*”, sentencia del 07.07.77, Fallos 298:312; “*Oñate, José Ángel*”, sentencia del 16.03.78, Fallos 300:226; “*Bartra Rojas, Héctor Ricardo*”, sentencia del 14.7.83, Fallos 305:913; “*Castraghi, Pedro Antonio y otro*”, sentencia del 22.11.84, 306:1705 y “*Cardozo, Miguel Oscar*”, sentencia del 09.01.87, Fallos 310:57.

Esteban RIGHI ha manifestado que la prescripción “*es presentada como un instrumento que acota el ejercicio del ius puniendi, para poder concretar el derecho de que termine el proceso penal en un plazo razonable*” (op. cit. más abajo)

PASTOR, Daniel R. “*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*”, Editorial Ad-Hoc Konrad -Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 2002, p. 447.

PASTOR, Daniel R. “*La Casación Penal y la interrupción de la prescripción de la acción penal por actos del procedimiento*”, en AA.VV. “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*” Editorial Ad-Hoc, Año II, N° 3, Buenos Aires, 1996, p. 231.

RIGHI, Esteban “*Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales*”, en AA.VV. “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*” Editorial Ad-Hoc, Año II, N° 3, Buenos Aires, 1996, p. 191. Dicho autor cita a su vez a **PASTOR, Daniel R.** “*Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*” p. 39 y ss., Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Por ende, ante la ausencia de normas específicas referidas al régimen de prescripción en el texto de la Ley Antilavado vigente al momento de las operaciones investigadas en la especie, resulta aplicable al caso el artículo 62 –inc. 5– del Código Penal, que dispone que “... **la acción penal se prescribirá... A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa**”.

Con este criterio coincide **CASSAGNE**, quien ha sostenido que “... *dada la sustancia preventiva y represiva que poseen las sanciones penales administrativas, que castigan la comisión de ilícitos de esta naturaleza, rigen todas las normas y principios que sobre prescripción contiene el Código Penal...*” (op. cit.).

3.2. Defensa en juicio y debido proceso.

Fue violado el principio de legalidad consignado en los arts. 18 y 19 de la CN, al confundir cliente ocasional con cliente habitual, al pretender aplicar con retroactividad condiciones y requerimientos nuevos, por la no definición de la conducta culpable con anterioridad al hecho, por la falta de imputabilidad de inconducta personal, etc.

La ley determina que la UIF establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de informar para cada categoría de obligado y tipo de actividad.

Se trata de una ley penal en blanco, conforme a los arts. 21 y 24 de la ley, que deben ser integradas por una norma reglamentaria, en el caso la Resolución 02/2002 de la UIF, que en forma difusa remite a los usos y costumbres de la actividad financiera y a la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, teniendo en cuenta las actividades habituales del cliente (pto. 1.2.2 de la Resolución 02/2002 de la UIF).

Resulta evidente que no se ha cumplido con la definición de lo sospechoso frente a una conducta determinada, aplicándose criterios difusos que dejan librado el actuar a la razonabilidad del sujeto, teniendo en cuenta el perfil del cliente.

Otro banco sospechó con mejores elementos de juicio, porque aplicó sus razonamientos para contrastar conducta *con el perfil, de su cliente habitual*. El Banco sancionado no pudo hacerlo *porque no tenía la obligación de establecer un perfil de su cliente ocasional*.

Queda demostrado que *la norma que impone conductas en base a criterios subjetivos puede violar la garantía de legalidad, puesto que lo que es válido para uno no lo es para otros*.

Más aún si la confusión surge de la misma norma, o del actuar errático de la autoridad de contralor que confunde las categorías de clientes.

3.3. Defensa de la delegación legislativa inconstitucional.

El art. 21 de la Ley Antilavado contiene una delegación de facultades legislativas que excede lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, al establecer que la UIF establecerá a través de pautas objetivas las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de informar para cada categoría de obligado y tipo de actividad.

El art. 76 de la CN prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de Administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

- Ninguna de estas condiciones se cumple. En efecto:
- *La delegación no recae sobre el P. Ejecutivo sino sobre la UIF*, que es un organismo de la Administración Pública.
- Dado que las facultades delegadas se ejercen mediante decretos la intención del constituyente ha sido que la delegación sea exclusivamente en el Presidente de la Nación y no a sus órganos inferiores.⁴³
- La materia sobre la cual se delegó no es de Administración o emergencia pública. Lo que se delegó es materia penal.

⁴³ Bidart Campos, Germán *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 344. Conf. C: NACAF, Sala II, “Bor S.A. y otros c/Jefatura de Gabinete de ministros, sentencia del 15.02.06, La Ley 2006-Ap.731; Sala I “Agroinvesta S.A. c/Estado Nacional”, sentencia del 18.10.01, L. Ley 2002.E. p. 76, entre otros.

- La delegación de materia penal no está permitida porque la C.N. requiere una ley en sentido formal para crear tipos penales o para integrarlos.⁴⁴
- Inexistencia de plazo para ejercer las facultades delegadas por el art. 21 de la Ley Antilavado.
- De su simple lectura se desprende lo antedicho.
- Inexistencia de bases de la delegación.

Como se ha explicado la delegación del art. 21 de la Ley Antilavado carece de claridad suficiente para que el ejercicio de lo delegado se realice de manera precisa, ya que dejó librada la obligación de informar al criterio del operador según la inusualidad de los actos, y hemos visto cómo se derivan arbitrariedades por cuestionar el criterio del funcionario encargado de la prevención en cada banco.

Se llega al extremo de sostener que la no información de compraventas en moneda extranjera de clientes ocasionales debía ser reportada como actividad sospechosa, pese a que no exista una relación bancaria estable, sino aislada.

3.4. Defensa de la atipicidad de la conducta imputada.

Nadie puede saber de antemano si se vulnera una pauta *que la autoridad de contralor entenderá a posteriori* que debía ser cumplida, debido esto a la *inexistencia de parámetros objetivos* a los efectos de identificar una operación inusual.

En nuestro caso se recuerda que sospechó e informó un Banco donde el cliente era habitual, donde después de operar por millones, se negó a dar la explicación requerida sobre el origen de los fondos.

44 García Lema, Alberto M: “La delegación administrativa y la cláusula transitoria octava” E:D: 182:1285.

Se recuerda que el razonamiento arbitrario de la UIF fue una presunción sobre que el Banco que había realizado operaciones ocasionales, con el mismo cliente, también debía haber sospechado, aunque no tuviera perfil contra el cual sospechar. *Atipicidad pura.*

3.5. Violación del principio de inocencia e inversión de la carga de la prueba.

Queda manifiesto que no puede derivarse sospecha ninguna de actividad de lavado por las compraventas reiteradas de moneda extranjera que realice un particular en forma ocasional.

No hay un legajo contra el cual contrastar la operación y seguir la conducta esperada del cliente estable. El dinero se canjea y no queda en el sistema. Se lo lleva el cliente ocasional. Luego no puede hablarse de lavado porque no se conoce, ni se debe conocer el posible origen ilícito de los fondos. El dinero no queda en el sistema.

Si la autoridad hubiera querido que los bancos averiguaran la licitud del origen antes de operar, debería haber previsto que no se venda moneda extranjera sino sólo a clientes con cuenta abierta y perfil definido. Mientras tanto debe considerarse que existe tolerancia.

A partir del 08.06.2010 la Comunicación “A” 5085 del B.C.R.A. exige que la venta de moneda extranjera se haga contra fondos ya bancarizados, es decir exige que el cliente ocasional abra una cuenta para operar por encima de ciertos límites. Esto impide al cliente ocasional superar los límites acumulativos sin presentar documentación respaldatoria. Si la autoridad de contralor lo hubiera impedido antes, el cliente ocasional que superó los límites por acumulación de operaciones, no hubiera podido hacerlo, por lo que hasta el 08.06.2010 no era conducta impedida.

Además a partir del 14.12.2010 (B.O. N° 32.047) *se pone fin a la distinción entre cliente ocasional* (sin cuenta abierta ni legajo) y cliente habitual (con cuenta abierta y legajo); de manera que todo cliente que quiera operar con un banco debe tener un legajo del que surja un perfil (Decreto 1936/2010).

Esto significa que hasta entonces podía el ocasional ser diferente al cliente habitual. La diferencia era la cuenta estable, el legajo y el perfil.

3.6. Las infracciones al art. 24 de la Ley Antilavado son delitos e infracciones administrativos dolosos. Inexistencia de prueba alguna del conocimiento de las operaciones por los imputados.

El art. 24 inc. 1 de la Ley Antilavado exige que el autor, al menos a título de dolo eventual, se represente el carácter sospechoso de la operación. Esto porque no se puede incumplir la obligación de informar si no se conoció, ni se debió conocer la calidad sospechosa de la misma.

No habiéndose probado (porque no existió) la consulta a los funcionarios sobre la inusualidad y sospecha, queda la operación dentro del régimen general del sistema de alertas que está preparado para usar perfiles y límites.

Este sistema no está preparado para buscar perfiles que no es obligación tener cargados (clientes ocasionales).

En este caso, además por la severidad de las penas impuestas (acumuladas son varios millones), se supone que se está castigando el dolo.

El absurdo es que ni siquiera se prueba la culpa, sino que se presume, incorporando la responsabilidad por el hecho de aceptar el cargo y no por la manera de ejercerlo (con el cuidado y previsión de un buen hombre de negocios).

En el art. 23, la ley establece para la aplicación de bienes de origen delictivo la necesidad de probar “temeridad o imprudencia grave”. Luego cabe preguntarse por qué no se aplica ese criterio para juzgar una tenue supuesta violación de obligación de informar?⁴⁵

3.7. Ausencia de alguna transgresión al deber de cuidado. Violación del principio de culpabilidad.

Dado que es incuestionable y aceptado por doctrina y jurisprudencia pacífica que no puede condenarse a quien no es culpable, toda investigación debe consistir en probar la autoría del hecho a título de dolo o culpa, por haber obrado sin cuidado y previsión.

Como se explicó nada de eso ha ocurrido en el presente caso donde se sanciona al funcionario que estaba a cargo sin probar si ejerció bien o mal su mandato.

Dicho de otra manera podía haber ocurrido que el funcionario responsable haya realizado una capacitación intensiva, con cursos especiales, acudido a congresos internacionales, formando parte de los expositores, cooperado en el dictado de normas y su implementación, dando charlas continuas al personal, formado una dotación de especialistas para el control interno, aconsejado invertir en programas informáticos de primera línea, pagado a consultores para cargar los perfiles de los clientes habituales, etc., ... *y ser san-*

45 Para una cabal apreciación del severo régimen sancionatorio previsto por la ley, debemos resaltar la estricta aplicación del principio constitucional de culpabilidad (como muchos otros de naturaleza penal). Ya hemos dicho que los principios generales de derecho penal son aplicables a las infracciones penales administrativas siempre y cuando no existan preceptos especiales que se opongan a ello; y ello es así sobre todo cuando se trate de principios de raigambre constitucional. La Corte Suprema de Justicia ha dicho en reiteradas ocasiones que la culpabilidad es el presupuesto de la pena (carácter sancionatorio que incluye la punición impuesta por el art. 24 de la Ley Antilavado), a punto tal que es constitucionalmente inadmisibles que haya pena sin culpa. De ello se deriva que no es procedente apartarse de las reglas generales sobre autoría: **necesidad de acción u omisión culpable**. Cfr. **NÚÑEZ, Ricardo C.**, “La aplicación de las disposiciones generales del Código Penal a las leyes penales administrativas”, La Ley 59-590; **AFTALIÓN, Enrique R.**, “El Derecho Penal “Administrativo” como Derecho, Etc.”, La Ley 75-824, 832. Cfr. Fallos 271:297; 274:487; 293:101; 302:1123 y 303:267, entre muchos otros.

cionado porque un cliente ocasional realizó operaciones dentro de los límites permitidos, pero que sumadas, configuraban una cifra de mayor magnitud. Una situación semejante mereció la sospecha de otro Banco que contaba con elementos de juicio diferentes, tales como un legajo de donde salían los ingresos esperados dentro de una relación estable.

Como se ha escrito, el culpable debe haber obrado de tal forma que por negligencia o imprudencia haya ocasionado una lesión al bien jurídico, no tomando los recaudos necesarios para evitar el menoscabo del mismo.⁴⁶

En tal sentido, los deberes de cuidado derivan de la norma “conozca a su cliente”. Esta regla corresponde a los estándares internacionales y toda autoridad de contralor debe aplicarlos en el desarrollo de sus normas.

Estos estándares distinguen necesariamente entre el cliente habitual (con perfil cargado) y el cliente ocasional (quien no tiene una relación estable sino “ocasional”). Al habitual se lo conoce y se previene la licitud esperada de la operación en base a la suposición de que el patrimonio conocido ha producido la suma de dinero por la que opera.

El cliente ocasional es el que entra al banco a realizar una operación común y corriente y sólo debe cumplir las normas vigentes, pero no constituir un legajo, ni acreditar ingresos, ni hacer verificar su domicilio, etc. (GAFI. Recomendación N° 5. UIF, Resolución 02/2002.)

Al respecto, la Resolución 02/2002 de la UIF define a los clientes ocasionales como aquellos a los que se les brinda un servicio ocasionalmente y al cliente habitual como aquél con quien se entabla una relación comercial con carácter de permanencia (Res. cit., cap. II, punto 1.1.2.).

46 Zaffaroni Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ediar, Bs. As. 1981, p. 398 y 482.

Es inexacto e imposible que un cliente ocasional se convierta en habitual por la reiteración de operaciones ocasionales. Nunca podría pasar a la categoría de habitual sin tener la voluntad de celebrar expresamente un contrato estable. Así también lo establece la Recomendación N° 5 del GAFI que indica las medidas de debida diligencia para clientes habituales y para clientes ocasionales, por encima de los umbrales que fije la autoridad de contralor.

Tanto la norma local como su equivalente internacional establecen para el cliente ocasional el requerimiento de identificación, nacionalidad, nombre del cónyuge, número de documento, domicilio, etc., pero para los clientes habituales ambas resoluciones exigen requerimientos que tienen por fin establecer su capacidad económica, actividad, bienes poseídos y rentabilidad esperada (manifestación de bienes, balances, estados de situación patrimonial, origen y aplicación de fondos, verificación de datos, etc.).

La Resolución 02/2002, pto. 2.1.3. del capítulo 2., y pto. 2.1.4 determina que las operaciones que superen la suma de \$ 50.000 deben realizarse con la presentación de una declaración jurada de licitud y origen de fondos y para las transacciones que superasen \$ 200.000, se debería requerir adicionalmente documentación respaldatoria. *Nunca se operó individualmente por encima del límite de \$ 200.000*; luego no existía la obligación de pedir en la plataforma de caja la documentación respaldatoria. *Esta obligación fue impuesta a posteriori por la Resolución UIF 228/2007 para operaciones desde \$ 30.000.*

Si sumando todas las operaciones individuales se exceden los límites acumulativos será el perfil del cliente el que deberá acreditar el origen de los fondos. Lo absurdo es que el cliente ocasional no tiene perfil cargado en el sistema, ni lo debía tener. *Hoy sí debe tenerlo porque cambió la norma* (Resolución UIF 2011).

En todos los casos se acreditó haber pedido la declaración jurada. Fueron decenas de operaciones que a requerimiento de la instrucción dieron lugar a la búsqueda y presentación de todas las declaraciones. Se acreditó además que sin cumplir con el requisito de la presentación de la declaración jurada no se hubiera podido pasar la operación por caja.

Esta situación no es hábil para imputar falta de cuidado y previsión al funcionario responsable, menos aún si se considera que el banco denunciante, donde se operó por mucho más dinero, no presentó ninguna declaración jurada y que el banco denunciado nunca transgredió los límites de la legislación penal cambiaria.

No se ha probado que el Funcionario “responsable” se hubiera percatado, no sólo de la presunta inusualidad de las operaciones, sino ni siquiera de su realización. Tal funcionario desconoció la operatoria llevada a cabo y tampoco existían razones para que la conociera.

4. ARBITRARIEDAD MANIFIESTA. EFECTOS NOCIVOS DEL FACILISMO

De ninguna manera puede la UIF, que debe actuar sujeta a derecho, transgredir por un acto de alcance particular (la resolución condenatoria) un acto vigente de alcance general (la Resolución 02/2002).

Condena por no tener perfiles a quien no le requiere tener perfiles por la resolución general.

La Resolución 02/2002 exige perfil para los clientes habituales y sólo declaración jurada para los ocasionales que operen dentro de los límites.

La resolución condenatoria o acto de alcance particular contradice lo normado y establece que “... (no serviría para nada) el solo hecho de requerir a los clientes por mero formalismo que presenten la declaración jurada sobre licitud y origen de los fondos... si luego sin más trámite archivan dichas declaraciones y en ninguna oportunidad analizan la operación en base a una matriz de riesgo...”.

Es notoria la contradicción.

Se repite que el cliente ocasional no es habitual, no tiene legajo y su obrar se agota al terminar la operación. Este cliente es monitoreado por el sistema para que se identifique, fije domicilio, y firme la declaración de origen y licitud. Nada más se le exige, porque no lo pide la norma.

El cliente habitual mantiene una relación estable con el Banco, abre una cuenta, arma un legajo, que contesta a las preguntas sobre la capacidad patrimonial, actividad y rango de fondos a mover, y así se traza el perfil que se coloca en el sistema de alertas. Este sistema confronta la operación que se pretende hacer con las operaciones esperadas. En caso de desvío salta la alarma. Nótese que no se trata de un cliente que entra y sale del banco, sino por el contrario celebró un contrato y mantiene una relación estable, al principio de la cual se le verificó el domicilio y se le pidió la documentación necesaria para respaldar sus declaraciones.

El cliente ocasional puede celebrar, dentro de los límites, todos los días operaciones sin dejar de ser ocasional, porque la norma no exige que se salga a la caza de clientes que repiten operaciones y se les indique que deben constituirse en clientes permanentes (ver Resolución de alcance general 02/2002 pto. 1.1.2 y cc).

Hoy es al revés porque el Decreto 1936/2010 (B.O. N° 32.047) modifica la Resolución de la UIF y exige legajos para todos sin distinguir entre

ocasional y habitual. Esto significa aceptar que el sistema no era bueno y merecía esta aclaración; lo que antes estaba bien (no pedir legajo al cliente ocasional) hoy está mal.

Resulta manifiesto el facilismo de imputar al banco como infracción no informar operaciones de un cliente ocasional, realizadas dentro de los límites, sin que existan desvíos con respecto a un perfil que no se debía tener.⁴⁷

Si tal conducta le pareció incorrecta a la autoridad de contralor, debía haber cambiado la norma y establecido que nadie puede comprar moneda extranjera, o venderla, si no es cliente habitual, con legajo y perfil registrado en una matriz de riesgo, con una cuenta abierta en el banco adonde se debitarán los fondos a canjear. (Acaba de hacerlo el B.C.R.A. por Comunicación “A” 5085 del 08.06.2010 para las operaciones mayores a USD 20.000. También el Decreto 1936/2010 B.O. N° 32.047.)

Pero no lo dijo. La situación permitía que un cliente ocasional pudiera actuar bajo el radar del sistema, y comprar sumas mayores, de a poco, sin hacer saltar la alarma.

También ha resultado altamente improcedente ignorar toda la prueba que acredita los medios puestos por el Banco para incorporar sistemas con perfiles capaces de disparar alertas en casos de desvío, o el dinero aplicado a la capacitación, congresos viajes, consultoras, etc.

47 El Informe de Evaluación Mutua de Argentina emitido por el **GAFI-GAFISUD** estableció en su punto N° 518 que “en la práctica puede haber casos en los que las instituciones financieras tienen un conocimiento razonable sobre qué delitos subyacentes corresponden al producto de los activos involucrados en una operación dada. **Estas instituciones podrían decidir no informar en los casos que no correspondan a delitos subyacentes incluidos en el alcance de la UIF**”.

“Tomado de la defensa presentada ante la CNCAE”

La calidad de “*sospechosa*” de una determinada operación comercial no depende únicamente de una antojadiza presunción *juris et de jure* de ilicitud del origen de los fondos, sino que deben existir elementos objetivos que autoricen a suponer que **los fondos aplicados tienen como origen un delito en el que el cliente no ha participado** y que la operación realizada tienda a acordarle a esos fondos una apariencia lícita, no espuria. O sea, para que una operación sea susceptible de ser catalogada como “sospechosa” y susceptible de ser objeto de un Reporte a la **UIF es imprescindible que exista una sospecha determinada sobre el origen de los fondos**. Se debe entender la función preventiva del lavado de dinero como aquella que pone el acento en el diseño de un modelo normativo e institucional que evite la comisión de hechos de lavado. “Tomado de la defensa presentada ante la CNCAE”

Se ha ignorado el buen cumplimiento de todas las exigencias internacionales, a saber: a) Mantener un sistema de control interno, b) Realizar auditorías independientes, c) Capacitación centrada en funciones para todo el personal de la institución, y d) Nombramiento de un funcionario del alto nivel como responsable del sistema antilavado.

Estos elementos son requeridos por FIBA Anti Money-Laundering Institute. También por el Cap. VI de la Resolución de la UIF 02/2002 y por la Recomendación N° 15 del GAFI.

- El facilismo surge de la necesidad de presentar una tarea cumplida al gobierno nacional y al GAFI, para evitar sanciones, y por lo tanto elegir previamente a una víctima de renombre e imputarle sin más multas cuantiosas.
- El facilismo fue no distinguir:
 - Que lo que era sospechoso para un Banco podía no serlo para el otro.
 - Que el banco que sospechó estaba frente a montos de origen no justificado pertenecientes a un cliente habitual que había excedido el perfil.
 - Que el banco que no sospechó estaba frente a un cliente ocasional que no debía tener perfil.
 - Que no hubo culpa de los funcionarios sancionados porque acreditaron el buen cumplimiento de sus funciones.
 - Que a los fines de la Ley Antilavado las infracciones no informadas serían sólo las que excedieran los límites sin contar con la documentación requerida y no todas (o sea individualmente ninguna).

- Que adaptar los sistemas a la interpretación arbitraria de la UIF requiere tiempo e inversión.
- Que la repetición de operaciones por parte de un cliente no habitual (o sea ocasional) no puede ser detectada por alarmas que indiquen su falta de adecuación a un perfil (porque no debía estar cargado a la fecha de los hechos).
- Que si la UIF hubiera querido parar la compraventa de moneda extranjera en forma acumulativa por parte de los clientes ocasionales, hubiera exigido que los fondos estuvieran previamente bancarizados, en una cuenta donde se debiten los mismos. (Ver hoy Comunicación B.C.R.A. “A” 5085 del 07.06.2010.)
- Que si hubiera querido que se diera igual tratamiento al cliente con cuenta y perfil (habitual) que a cualquier otro lo hubiera tenido que decir expresamente, como lo hizo recién el 14.12.2010 (Decreto 1936/2010).⁴⁸

4. bis. NECESIDAD DE PONER LÍMITES AL MAL OBRAR DEL REGULADOR (PARA EVITAR QUE RESPONSABILICE POR EL HECHO DE OTRO DE MANERA INCONSTITUCIONAL)

Se está imputando a los funcionarios responsables del control y prevención del lavado de dinero una responsabilidad refleja, la supuesta falta de los empleados de caja que cursaron las operaciones sin advertir la reiteración

⁴⁸ A lo sumo, los montos objeto de las transacciones cuestionadas pudieron haber sido objeto de ventas no declaradas ante el organismo fiscal, lo que, como vimos, constituiría un caso atípico de autolavado que, tomando en cuenta la normativa vigente en ese período, **no podía ser catalogado como una operación sospechosa de lavado de activos**. De acuerdo al régimen vigente a esa época, el sujeto obligado no debía cuestionarse ni indagar acerca de las declaraciones impositivas o de un supuesto incumplimiento de sus obligaciones tributarias pues estos aspectos se encontraban por fuera del Régimen Antilavado. “Tomado de la defensa presentada ante la CNCAF.”

y consiguiente situación de sospecha sobre el origen de los mayores fondos acumulados.

No se prueba el incumplimiento de los deberes propios del director de una sociedad anónima. Para ello debía medirse según el art. 274 de la ley de sociedades “... el mal desempeño del cargo ...” según el criterio del art. 59 (obrar con cuidado y previsión), para responder en el caso de haber actuado con dolo, abuso de facultades, o culpa grave.

El art. 24 de la Ley Antilavado dispone que se imputará responsabilidad a la persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica incumpla alguna de las obligaciones de información ante la UIF.

Por otra parte las funciones del oficial antilavado (el director responsable del tema) son según el punto 1.5.3 de la Comunicación “A” 4353 del B.C.R.A. “... velar por el cumplimiento de las políticas...”.

La autoridad en forma antijurídica no realizó investigación alguna que permita demostrar el mal ejercicio de la función, la falta de cuidado o previsión por parte del funcionario actuante.

Todo lo contrario surge del expediente, ya que el funcionario del caso se capacitó y ejerció su función con esmero, según la prueba acreditada. (Certificación con alta nota por la Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero, capacitación al personal mediante cursos y exposiciones, puesta en marcha de las normas y sistemas, etc.)

El punto no importó, porque preexistía la decisión de sancionar, para inaugurar una gestión con “éxito”.

Del expediente surge expresamente que en opinión del comité de los asesores de la UIF (emitió dictamen al respecto) se necesitaba valorar las fun-

ciones del oficial de cumplimiento y el desempeño del personal a su cargo para evaluar si correspondía imputar alguna falta de debida diligencia, y determinar a cargo de quién estaba la función específica de reportar lo inusual.

Se trata de un caso de desvío de poder para buscar otros fines ajenos a la ley que persigue el mal desempeño, pero que no pretende condenar sin culpa.

Se trataba de mostrar resultados de cualquier manera para defender la criticada gestión de la UIF, y no para reprimir una actividad contraria a la Ley Antilavado.

La necesidad de poner límites al obrar administrativo de la autoridad de contralor no es otra cosa que encuadrarla en derecho, y evitar la celebración de actos nulos.

Nótese que la resolución en cuestión contiene vicios esenciales en el procedimiento administrativo debido a la preintención de castigar (corresponda o no), para hacerlo saber a todo el sistema (art. 7, inc. d), LNPA).

Tales vicios se manifiestan al no cumplir con las formas esenciales prescriptas para la acusación, la cual no determina por qué se debió sospechar de un cliente ocasional, y tampoco cuál era la conducta debida según normas, lo que no permitió una eficaz defensa.

Tampoco permitió la prueba de la falta de culpa, ni señaló la conducta negligente, ya que el legajo no era obligatorio para el cliente ocasional, ni el perfil cargado en el sistema tampoco, etc.

Así también resulta que el art. 7, inc. e), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos exige que el acto debe ser motivado estableciendo claramente el porqué y la finalidad. En nuestro caso no se puede afirmar que

el banco debía haber sospechado del cliente sin perfil, y ni siquiera se puede afirmar que se trate de una acción de lavado de dinero.

Recién en la sentencia condenatoria se exteriorizan los hechos de manera de posibilitar la defensa recién en la apelación, lo que importa violación de la garantía de defensa, y la pérdida de una instancia.

Así también exige el mismo artículo 7, inc. c) de la LNPA que se decidan todas las cuestiones formuladas. El acto en cuestión no atribuyó conducta culpable ninguna burlando el principio de inocencia e invirtiendo la carga de la prueba.

Tampoco el obrar arbitrario funda el acto en los hechos y antecedentes que le sirven de causa (art. 7, inc. b) de la LNPA), dado que ignoró su propia legislación, considerando al cliente ocasional como habitual, y no tuvo en cuenta el antecedente mediante el cual se había dictaminado la necesidad de establecer la culpa de los sancionados como requisito previo y esencial de toda condena, según opinión del consejo asesor, totalmente desoída.

Por último el gran vicio de arbitrariedad al que la justicia debe poner límite es la violación de lo dispuesto en el art. 7, inc. f) de la LNPA, que indica que la finalidad del acto es un elemento esencial dado que no puede perseguirse encubiertamente otros fines públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

Buscar otros fines que aquel para el cual debe existir el acto implica una desviación de poder.⁴⁹

Así sucede que la finalidad del acto no fue encuadrar en derecho el obrar del administrado sino "... que sepan todos que esto empezó a funcionar..." (pa-

⁴⁹ Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, T II, 4ª edición, Bs As, pág. 540. Chinchilla Marín, Carmen. *La desviación de poder*, Madrid, 1999, p. 129.

labras públicas del presidente de la UIF, entrevista en el programa televisivo “Visión 7 – Primera Mañana” emitido de lunes a viernes de 7.00 a 9.30 hs. en el Canal 7 – TV Pública).

Lo que pasó es que la UIF estaba tolerando las compraventas en moneda extranjera de clientes ocasionales y cuando estimó que se operaba reiteradamente, sin legajo ni perfil, en lugar de exigir abrir una cuenta, decidió sancionar irrazonablemente. Nótese que con fecha 08.06.2010 se acaba de dictar la Comunicación “A” 5085, que en el punto 5.2. exige: “... la venta debe efectuarse con débito a una cuenta bancaria a la vista a nombre del cliente...”.

Cuando se quiso impedir la reiteración de operaciones de cliente ocasional, se lo convirtió en cliente estable (con cuenta), luego antes del 08.06.2010 *no era una conducta impedida*.

Ratifica lo dicho el Decreto 1936/2010 del 14 de diciembre de 2010 (B.O. N° 32.047) que elimina la distinción entre clientes ocasionales y habituales, por lo que todo cliente debe tener legajo y perfil, sin distinción. Luego, antes la distinción era basada en la existencia de cuenta con legajo o si no, la relación ocasional, sin cuenta ni legajo.

A tal punto toleró la supuesta inconducta, que dejó pasar el tiempo de la prescripción de 2 años, antes de iniciar el sumario por la casi totalidad de los hechos.

5. NORMAS LEGALES. CUESTIONES SOBRE SU APLICABILIDAD

Se trata de establecer cuáles son los criterios de atribución de responsabilidad por el hecho de otro, dentro de una estructura societaria, o sea determinar cuáles son las personas que deben responder por atribución de la culpa.

El principio de la culpabilidad no puede ser devastado o ignorado por la existencia de un perjuicio al fisco o un peligro concreto para el bien jurídico tutelado. Fallos 317-1022. Se ha establecido que en la actividad empresarial, la necesidad de delegación, la forma de supervisión, etc., crean la necesidad de establecer fórmulas nuevas de imputación penal sin dejar de lado el principio de la culpabilidad y demás garantías penales.

La imputación de responsabilidad a las personas por vía de solidaridad no parece acertada en tanto y en cuanto no se acredite un principio de conocimiento o responsabilidad subjetiva en el obrar.

Se aplica la teoría del actuar por otro para atribuir o no responsabilidades al que actúa bajo una función, dentro de los límites de la misma, pudiendo transferir la responsabilidad al principal sólo si tuviera falta de cuidado en la elección o en la supervisión. Se trata de ver detrás de la función para determinar quién es el verdadero responsable por haber omitido alguna conducta a su cargo.

Se llega a la figura de la *comisión por omisión* y a la configuración de delitos de peligro abstracto, que castigan meros incumplimientos formales. *Pero siempre debe haber una prueba fehaciente de que el superior al que se traslade la responsabilidad debe haber omitido algún deber a su cargo, sin que pueda imputarse el resultado disvalioso sin la consiguiente prueba.*

Se pone entonces a debate si los principios de legalidad y culpabilidad (conocer previamente y dirigir las acciones) deben estar siempre presentes para imputar responsabilidad al personal jerárquico por ilícitos sucedidos dentro de su esfera pero en los que no han tomado intervención de manera directa. Se trataría de un problema de la ciencia penal que impide atribuir responsabilidad por los hechos de otros, sin probar un obrar negligente, o mal cumplimiento de la función.

Hay que tener presente que la estructura empresarial distribuye y delega funciones, por lo tanto hay que distinguir entre el ejecutor del delito o conducta ilícita y quien en definitiva será considerado responsable, si se dan las pautas para ello. Puede ser que haya una responsabilidad individual del sujeto subordinado con capacidades debidas. En este caso el superior no puede tener ninguna responsabilidad por cuanto ha puesto los medios de elección y vigilancia de debida manera, y el hecho ilícito es responsabilidad del autor que infringió las reglas.

Ahora bien cuando el subordinado cumplió las reglas y no obstante se produjo el resultado disvalioso, el principal debería probar que ha puesto los medios según la reglas del arte, y no pudo evitar el mal resultado, que se produce por una causa externa, tal como el hecho del tercero delincuente. *La imputación debe respetar la asignación de roles dentro de la estructura de la empresa examinando a cada cual según la diligencia en el cumplimiento de la función propia, para evitar imputar el hecho del otro.*

En definitiva no debería quedar impune el ejecutor que sabe que hace un acto contrario a la ley, sea superior o inferior (pudiendo en este último caso oponer defensas tales como la obediencia debida, estado de necesidad, etc.), pero no debería penarse al superior que cumplió acabadamente con su rol, y con la diligencia debida de un buen director (conf. art. 59 Ley de Sociedades). Tampoco al subordinado si se prueba que obró según las normas.

Si no obstante lo expuesto se causó un daño por el obrar de un delincuente, se deberá perseguir al causante y mejorar los sistemas de defensa para elevar los estándares de lucha contra el delito de que se trata.

Mas no puede existir una responsabilidad de género por el cargo o función, porque los directores no tienen función de garantes del buen resultado, sino sólo la obligación de poner bien los medios. El delegante responde por la idoneidad del delegado, pero no por el resultado que pueda ser causado por dolo o error.

Puede haber culpa del delegante si no se ha puesto al alcance del delegado los medios idóneos. Pero no la habrá si existen en marcha los sistemas hábiles, que se van mejorando día a día, para evitar hechos que puedan ya haber ocurrido en el pasado, por el eficiente obrar del delincuente.

Lo importante a tener en cuenta es que no puede imputarse al director una responsabilidad en función del cargo que ostenta, sin prueba alguna de su culpabilidad. El encargado del tema debió conocer el delito o infracción y no haber hecho nada para evitarlo. El derecho permite confiar en el buen desempeño del sistema y del subordinado.

Es posible que para la ciencia penal las garantías sean de tal importancia que la intervención sin dolo en hechos punibles no pueda ser siquiera imputada al tipo objetivo, y deba considerarse conducta impune si no existe la prueba de la negligencia. Esto es así porque el riesgo permitido al principal posibilita asumir que los demás obrarán según las buenas instrucciones.

Por lo tanto se puede afirmar que nadie puede ser responsabilizado en razón del cargo que ocupe sin que se pruebe la existencia de dolo o culpa, que son las bases esenciales de la culpabilidad, que responden al obrar del sujeto y no al cargo que ocupa.

No puede haber responsabilidad sin imputabilidad al sujeto y sin evaluar las excusas absolutorias.

En concordancia la Corte ha dicho “no basta la mera comprobación de la situación objetiva... *sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo en virtud del principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien es culpable*”.⁵⁰

50 Fallos 320-2271 y 321-2558.

Es decir que sólo puede ser condenado quien sea culpable. *Es inadmisibile la responsabilidad sin culpa de una persona física que ha obrado con cuidado y previsión.*⁵¹

5.1. Posición de garante del empresario

La doctrina utiliza la figura de la comisión por omisión para imputar una conducta delictiva a los órganos directivos, considerándolos como garantes del buen obrar de sus empleados.

El inconveniente grande e insalvable para aplicar esta figura es que la imputación en base a la situación objetiva del desempeño del cargo es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.⁵²

No obstante la Ley Penal Tributaria 24.769 prevé expresamente que se pueda cometer una falta por omisión. Sin embargo en esta figura la “omisión” es intencional y a sabiendas para producir el resultado dañoso. Se trata de responsabilizar por no evitar el resultado, con intención, pudiendo hacerlo.

No se puede asimilar a quien causa el riesgo y el daño por omisión de la conducta debida (con desprecio de resultado y beneficiándose) con aquel que no causa el riesgo, no se beneficia, está cumpliendo una labor de policía que no le corresponde, supliendo al Estado, y marchando forzosamente a evitar conductas de terceros, perfeccionando sus sistemas con su propio bolsillo.

El ejemplo que da Rafael Berruezo⁵³ es el de empresarios que distribuyeron un aerosol con un producto químico que causaba lesiones a la piel, y

51 Sobre lo expuesto, cfr. Yacobucci, Guillermo Jorge: *El sentido de los principios penales*, Ed. Abaco, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 256.

52 Berruezo Rafael: *Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa*, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007, p. 87.

53 Ob. cit., p. 96.

advertidos, sólo pusieron un letrero en los envases, sin retirar del mercado los productos. Éstos fueron procesados por lesiones porque obraron con conciencia y en este caso no impedir fue lo mismo que realizar.

En nuestro caso no se causó el riesgo, ni se asumió, y la intención fue tratar de alcanzar todas las operaciones dentro de una matriz de riesgo que debió ser presupuestada, aprobada y puesta en marcha para millones de operaciones, comenzando por las realizadas por los clientes habituales, únicos de los que se debía tener legajo.

Se hace notar, una vez más, que la Comunicación “A” 5085 del B.C.R.A. impidió la compraventa de moneda extranjera con fondos no bancarizados, es decir exigió que el cliente ocasional se convierta en habitual para realizar cualquier operación individual por encima de USD 20.000, o acumulados mensualmente por arriba de ese importe.

Por ello se afirma que antes del 08 de junio de 2010, esa conducta, pudiendo estar impedida, no lo estaba. (Conforme también al Decreto 1936/2010, art. 5, modificatorio 21 de la anterior.)

La conclusión es que la autoridad de aplicación no había puesto los medios con la debida diligencia para predeterminar la conducta prohibida, limitándose a encargar todo a los bancos, y luego sancionar para justificar su labor. Esto es ni más ni menos que un neto desvío de poder.

5.2. Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva y la defensa de falta de culpa

Con fecha 5 de diciembre de 2011, se publica un fallo de la CNACAF, Sala II, en autos “Metrópolis Casa de Cambio y otro c/BCRA”, Resolución N° 601/2010 sobre “Entidades financieras, Incumplimiento de normas de

Prevención del Lavado de Dinero, Legajos incompletos, falta de conocimiento de clientes, e incumplimiento de instrucciones del B.C.R.A.” que merece considerarse como parte de las conclusiones de este capítulo:

1. No se tuvieron en cuenta las defensas opuestas

No cabe dictar la nulidad por la nulidad misma, sostiene el Tribunal, y lo justifica diciendo que el apelante no justifica qué defensas ha sido impedido de ejercer. Correcto.

No es así en nuestro caso donde la cuestión radica en que *no se tuvieron en cuenta las defensas opuestas*. Cabe señalar, entre otras, que no se tuvo en cuenta la falta de adecuación de la resolución cuestionada a la normativa vigente, en cuanto castiga la inexistencia de legajo para el cliente ocasional, que por la definición de la época de los hechos no debía tener cuenta, ni perfil, ni por lo tanto legajo.

Hoy se trata al cliente ocasional como al habitual y la diferencia entre una categoría u otra *es el monto de las operaciones anuales, no la existencia de una relación estable*.

2. No se tuvieron en cuenta las garantías constitucionales

Dice también el Tribunal que las relaciones jurídicas entre el B.C.R.A. y los sujetos sometidos a su fiscalización se basan en la *especial sujeción a las normas dictadas*, que son voluntariamente acatadas al tiempo de incorporarse al sistema financiero. ¡Correcto!

Esto es así desde el punto de vista disciplinario, pero no es así cuando está en juego el derecho penal administrativo, dado que las penas impuestas a los administrados *deben quedar en pie sólo en la medida en que se respeten las garantías constitucionales* (legalidad, debido proceso, falta de vicios del obrar

administrativo, razonabilidad, etc.). La especial sujeción no implica sometimiento a la arbitrariedad, o falta de fundamento razonable, o no analizar las defensas opuestas. Y ello porque dichas relaciones, más allá de la discusión sobre su existencia o actualidad, no dejan de ser *jurídicas*.

Por sobre todo nunca implicará que no se tenga en cuenta la defensa del responsable designado, demostrando que puso todos los medios con esmero para cumplir con la normativa vigente y que si la normativa hubiera sido clara (como después de su reforma actual por medio del Decreto 1936/2010 y resoluciones concordantes), se hubiera podido impedir las operaciones cuestionadas.

Se violó la garantía de legalidad, lo que impide mantener la resolución que se cuestiona. En efecto: al momento de los hechos no había que tener legajo para clientes ocasionales y varias operaciones ocasionales no hacían una relación estable.

Sólo si hubiera habido cuenta abierta debía haber habido legajo y perfil. El Decreto 1936/2010 posteriormente exigió abrir una cuenta para operar con Bancos tanto a clientes ocasionales como a habituales, diferenciándolos por el monto de sus operaciones.

3. No se exigía legajo ni perfil

La configuración de un hecho que es una contravención, falta o infracción por parte de un agente provoca la aplicación de la sanción disciplinaria, sin que lo dispense la ausencia de intencionalidad en la conducta, por tratarse de infracciones de tipo formal. Bastaría que se haya omitido satisfacer el deber exigido por negligente o imprudente conducta activa u omisión de adoptar las diligentes medidas que hubieran evitado la producción del resultado reprochado (cita cfr. misma Sala II in re “Cía. Financiera Central para la América del Sud S.A.” del 10 de febrero de 2000. el Dial.com-AH2CC1). ¡Correcto!

Queda la puerta abierta para que el Tribunal analice y se forme opinión sobre si se pudo evitar el resultado con la situación vigente, a la época de los hechos. Nótese que no exigía legajos para operaciones individuales ocasionales, y por lo tanto no había perfil para sospechar. Cuando la autoridad de aplicación quiso que hubiera legajo también para las operaciones ocasionales, lo dijo expresamente (Decreto 1936 y res. cc).

Queda abierta la puerta para demostrar la falta de culpa, la existencia de una conducta con la intención de cumplir, y una incompleta legislación enmendada después.

Queda manifiesto que no había una firme intención de la administración de evitar las operaciones ocasionales de bajo monto –repetidas debajo de los límites individuales–, porque si lo hubiera querido habría exigido abrir cuenta con legajo, como lo hizo después.

4. No se consideraron las excusas exculpatorias

Agrega el Tribunal que en el régimen de policía administrativa la simple constatación de la comisión de infracciones genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, *salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna circunstancia exculpatoria válida* (cfr. misma Sala II in re “Argenta Cambios S.A. y otros c/B.C.R.A.” del 27.03.08. ¡Correcto!

No se niega la posibilidad de defensa y análisis de la situación de hecho y derecho dentro de la cual se dio la conducta a analizar. En nuestro caso se sostuvo que no existía una legislación hábil para evitar el resultado que se sanciona, y había una permisión constante de la autoridad, que permitía la repetición de operaciones de clientes ocasionales sin perfil. También se demuestra la diligencia y la intención de cumplir del agente. Por lo tanto, ¡no puede haber sanción!

La irregularidad se sitúa más en el campo del legislador que en el campo de la obediencia a la norma.

5. No se considera que no se exigía la apertura de una cuenta a la época de los hechos

La apertura de cuentas, dice el Tribunal, debe basarse en el conocimiento de la clientela, según la com. A. del B.C.R.A. 3094 en su punto 1.1.1, recaudos mínimos. ¡Correcto!

Esto pone en evidencia que había otro grupo de clientes, a esa época, que no tenían legajo ni perfil, porque no tenían la obligación de tener cuentas para operar.

Por lo tanto exigir con posterioridad, al resolver, lo que no se exigía para establecer la relación es contradictorio y genera incertidumbre. Se afecta así la garantía de legalidad.

El buen agente esperaba una definición de esas situaciones en forma clara como se hizo después (Decreto 1936/2010). El buen agente no esperaba que se lo sancionara por no haber pedido la documentación de origen de los fondos por operaciones realizadas por debajo de los montos permitidos, dado que era documentación que no se exigía al inicio de la relación, y tampoco en cada operación por debajo de los límites.

Esta documentación sólo sería exigible por acumulación de operaciones debajo de los límites que acumuladas excedieran los topes anuales. *Ahora bien, ¿cómo detectarlo en clientes ocasionales sin relación estable y sin que la autoridad obligara a confeccionar un legajo previo? Imposible. Para operar en caja se consulta “un sistema informático alimentado por sus datos (del cliente) que permite al operador otorgar transacciones dentro del rango correspondiente al perfil del cliente que informa el citado sistema” (palabras del fallo). El cliente ocasional no tenía que tener perfil cargado.*

6. No se considera el obrar con cuidado y previsión según las circunstancias y formas de participación

Termina el fallo analizado señalando que las multas deben ser graduadas considerando “las *características de las infracciones y ponderando las circunstancias y formas de la participación de los sumariados en los ilícitos*”. Agrega que es necesario fundar adecuadamente el monto aplicado a cada responsable, siendo insuficiente la sola remisión a aspectos genéricos y abstractos, que no se vinculan directamente a las probanzas de la causa. (cfr. Sala IV, CACAF, in re “Ruiz, Antonio y otros c/B.C.R.A.. Resol. 2/071”, del 5/8/010.). ¡Correcto!

No basta constatar que el responsable tiene el cargo de “Funcionario Responsable de Control y Prevención de Lavado de dinero”, *sino que hay que probar su mal obrar*, su negligencia, el no haber puesto los medios con esmero, o que se trate de una falta propia y no falta de la Administración por no definir la conducta prohibida en forma clara y permitir la infracción.

Lo contrario sería una violación de la garantía de la defensa en juicio.

7. No se consideran los elementos subjetivos para permitir la defensa

Se concluye que el Tribunal hace una clara definición del derecho administrativo disciplinario, con normas impuestas bajo amenaza de sanción, *que contiene elementos de responsabilidad objetiva para requerir cumplimiento, pero que al mismo tiempo tiene elementos esenciales que hacen a la conducta del agente para permitirle su defensa*. Este equilibrio permite que se den aspectos de la responsabilidad objetiva que permiten defender valores abstractos del buen orden comunitario, y al mismo tiempo permitir al no culpable explicar su conducta para ser absuelto, lo que da lugar a las garantías constitucionales del derecho penal, evitando penar a un no culpable.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES DEL CASO
PARTICULAR

La UIF dictó una norma en 2002 que no tuvo aplicación concreta hasta que la reformula el B.C.R.A. en 2010. (Los fondos para comprar moneda extranjera deben estar bancarizados por encima de ciertos límites, Comunicación “A” 5085 del B.C.R.A. del 08.06.2010.)

La UIF castiga lo actuado antes del dictado de la reformulación de la norma (no informar sobre operaciones de compraventa reiteradas de moneda extranjera hechas por un cliente ocasional sin perfil (período 2003/2007).

No tuvo en cuenta la diligencia del Banco para concretar lo requerido (manuales, capacitación, cursos, sistemas, adecuaciones a marcha forzada, etc.).

La UIF se limitó a encargar una tarea imposible: “... chequear perfiles de los clientes ocasionales que repitan operaciones por encima de un monto determinado” (el cliente ocasional no tenía perfil).

La UIF rompió su inercia con una sanción y luego el B.C.R.A. dictó una nueva legislación para que los clientes ocasionales tengan un perfil, o sea, primero la UIF sancionó y después el B.C.R.A. reformuló la norma, por razones penal-cambiarias.

A partir del 08.06.2010 la Comunicación “A” 5085 del B.C.R.A. exige que la venta de moneda extranjera se haga contra fondos ya bancarizados, es decir exige que el cliente ocasional abra una cuenta para operar por encima de ciertos límites. Esto impide al cliente ocasional superar los límites acumulativos sin presentar documentación respaldatoria. Si la autoridad de contralor lo hubiera impedido antes, el cliente ocasional que superó los límites acumulativos no hubiera podido hacerlo, por lo que hasta el 08.06.2010 no era conducta impedida (también el art. 21 bis de la Ley 26.683 – B.O. del 21.06.2011).

Es inexacto e imposible que un cliente ocasional se convierta en habitual por la reiteración de operaciones ocasionales. Nunca podría pasar a la categoría

de habitual sin tener la voluntad de celebrar expresamente un contrato.

Nótese que la resolución en cuestión contiene vicios esenciales en el procedimiento administrativo debido a la preintención de castigar (corresponda o no), para hacerlo saber a todo el sistema (art. 7, inc. d), LNPA).

La conclusión es que la puerta abierta para operar de esa manera la dejan las normas y no el Banco operador, cuyo sistema no puede estar preparado para tratar al cliente ocasional como habitual, acumulando las operaciones y comparándolas con un perfil que las normas no exigían tener.

La nueva conclusión es que quien no obró con la debida diligencia, ejerciendo su función de prevención, fue la autoridad de contralor, ya que cuando quiso impedir que los clientes ocasionales (clientes sin cuenta) compraran y vendieran moneda extranjera, por encima de ciertos límites, decidió exigir que los fondos estuvieran previamente bancarizados (es decir se convirtieran en clientes habituales).

Esto significa que quien no actuó en forma diligente hasta el dictado de las nuevas normas fue la administración, y que antes de la prohibición no resulta imputable la infracción so pena de vulnerar las garantías constitucionales enunciadas.

A partir del dictado del Decreto 1936/2010 (B.O. N° 32.047) se exige la formación de un legajo para todo el que opere con un banco; luego a contrario sensu queda claro que antes había una categoría que no tenía obligación de constituir un legajo para realizar una operación ocasional dentro de los límites, o repetirla dentro de los límites, pudiendo operar sin establecer una relación estable.

Si así era, entonces, no puede ser irregular la conducta del banco que operó según las normas vigentes (clientes sin cuenta ni legajo ni perfil podían realizar operaciones dentro de los límites sin abrir cuentas, formar legajo y configurar un perfil).

CAPÍTULO VII

CONCEPTOS A DESTACAR

1. La resolución estudiada contiene a ojos vistas diferentes arbitrariedades. La primera es sostener que lo que es sospechoso para uno también lo debe ser para otro. La segunda es aplicar una presunción que no acepta prueba en contrario, negando la posibilidad de probar la falta de negligencia. La tercera es la violación de todos los principios y garantías del derecho penal que tienen raigambre constitucional.
2. La obligación a cargo del funcionario responsable del control y prevención de actos de lavado y financiación del terrorismo es una obligación de medios y no de resultado, porque lo contrario implicaría consagrar el principio de la responsabilidad en razón del cargo, negándose el principio de la culpabilidad y su imputación.
3. Según el B.C.R.A., según las auditorías realizadas, según los *due diligences* por operaciones con corresponsales, y la testimonial obrante en el expediente, se trataba de funcionarios altamente capacitados y de un Banco que había tomado medidas que superaban ampliamente los estándares internacionales y nacionales en la materia.
4. Las operaciones de compraventa de moneda extranjera no son un acto de lavado ni pueden fundar una sospecha de lavado, ya que se trata de cambio de moneda y no de introducción de la misma en el sistema financiero para darle una apariencia diferente, separándola de su origen. Después de un cambio de moneda lo que era de origen ilícito permanecerá igual sin que nadie pueda sospechar. El cliente compraba y vendía, por lo que el volumen de sus operaciones, a los efectos del posible lavado, tendría que salir del resultado neto y no del acumulativo (podría estar comprando barato y vendiendo caro siempre con la misma partida, y no habría ninguna relación con lavado).

5. Las pautas para la sospecha deben preexistir o no habrá ley previa para determinar la licitud del acto. Esas pautas establecidas por la UIF deben ser el marco de la sospecha, ya que si no fuera así quedaría sujeto a la interpretación del sujeto que actúa, y nada sería punible. Ese marco preexistente y en base al cual hay que juzgar la acción de los operadores, distinguía entre clientes habituales con una relación permanente con el Banco (y con un legajo de donde surgía su perfil) y los clientes ocasionales que operan en un instante y se van, sin que tengan cuenta abierta alguna, ni deban tenerla (por lo tanto sin obligación de tener legajo ni perfil contra el cual contrastar la operación).
6. Frente a esta situación el controlador dice arbitrariamente que se debía haber tratado al cliente ocasional como habitual (pese a que no se tuviera obligación alguna de formar un legajo), porque actuó repetidas veces en forma ocasional, y sumadas las operaciones a posteriori, resultaron excedidos los límites mensuales por acumulación.
7. Es público y notorio que la actividad bancaria permite a personas del público entrar a operar en compra de moneda extranjera y salir sin celebrar contrato estable, o sea abrir cuenta. Esta situación permite al ocasional que opera dentro de los límites entrar y salir numerosas veces, de diferentes sucursales, mientras los sistemas no lo detecten ni lo rechacen porque nunca vulneró los límites individuales.
8. Lo que no puede hacer la autoridad de contralor es dar las reglas para actuar y después alterarlas al juzgar, porque lesiona las garantías constitucionales de legalidad, del debido proceso, de responsabilidad subjetiva, de razonabilidad, etc.

9. Las normas de la UIF piden documentación respaldatoria para el ocasional que individual o acumulativamente supere mensualmente el límite de \$ 200.000, pero el B.C.R.A. establece que la documentación respaldatoria se pedirá “... cuando sea necesario para definir el perfil del cliente” (Comunicación “A” 4459, 1.1.3.1.).
10. Lo que imputa la autoridad de aplicación no es que se haya sobrepasado ocasionalmente algún límite mínimo, ni que no se encuentren algunas de las declaraciones juradas, sino que se imputa que no se haya pedido documentación respaldatoria del origen de los fondos al cliente que operó ocasionalmente en forma reiterada.

La conclusión es que la puerta abierta para operar de esa manera la dejan las normas y no el Banco operador, cuyo sistema no puede estar preparado para tratar al cliente ocasional como habitual, acumulando las operaciones y comparándolas con un perfil.

11. Si todo se hizo bien cabe preguntarse, ¿por qué la UIF considera irregular el comportamiento del Banco y exige que se cuente con documentación complementaria o se denuncie su falta?

La UIF viola otra garantía constitucional de raigambre penal, que es la irretroactividad de la ley penal, ya que pretende juzgar la no exigibilidad de documentación, por la letra de una resolución posterior a los hechos (Resolución UIF número 228/2007).

12. Además de lo mencionado sobre la necesidad de asegurar al imputado las garantías constitucionales del régimen penal (legalidad, la irretroactividad, la presunción de inocencia, la responsabilidad subjetiva, la carga de la prueba, etc.), es obvio que no se respeta la

garantía del debido proceso por cuanto se reclama por infracciones que en su mayor parte habrían ocurrido más de dos años antes de la apertura del sumario, por lo tanto prescriptas.

La UIF pretende considerar las infracciones a la Ley Antilavado, art. 24, de carácter imprescriptible.

Esto sucede por el argumento dado al rechazar la defensa, sosteniendo que corre la prescripción recién desde que se informe lo que no se había informado.

Resulta que en nuestro caso no se debía sospechar, por cuanto el vínculo era ocasional y sin perfil para hacer saltar la alarma, luego sería imprescriptible.

Lo que hay que hacer es contar desde el hecho y no desde que hubiera cesado la falta de informar lo sospechado (lo que se sostiene que no debía hacerse). Debe correr el término desde que los sujetos obligados violen su deber de informar.

13. El art. 21 de la Ley Antilavado contiene una delegación de facultades legislativas que excede lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, al establecer que la UIF establecerá a través de pautas objetivas las modalidades oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de informar, para cada categoría de obligado y tipo de actividad.

El art. 76 de la CN: prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de Administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Ninguna de estas condiciones se cumple.

14. Las infracciones al art. 24 de la Ley Antilavado son delitos e infracciones administrativos dolosos, y en nuestro caso no hay ni siquiera prueba alguna del conocimiento de las operaciones por los imputados.
15. En el art. 23, la ley establece para la aplicación de bienes de origen delictivo la necesidad de probar “temeridad o imprudencia grave”. Luego cabe preguntarse por qué no se aplica ese criterio para juzgar una tenue supuesta violación de obligación de informar?
16. Es inexacto e imposible que un cliente ocasional se convierta en habitual por la reiteración de operaciones ocasionales. Nunca podría pasar a la categoría de habitual sin tener la voluntad de celebrar expresamente un contrato.
17. Se está imputando a los funcionarios responsables del control y prevención del lavado de dinero una responsabilidad refleja, la supuesta falta de los empleados de caja que cursaron las operaciones sin advertir la reiteración y consiguiente situación de sospecha sobre el origen de los mayores fondos acumulados.

No se prueba el incumplimiento de los deberes propios del director de una sociedad anónima. Para ello debía medirse según el art. 274 de la ley de sociedades “... el mal desempeño del cargo...” según el criterio del art. 59 (obrar con cuidado y previsión), para responder en el caso de haber actuado con dolo, abuso de facultades, o culpa grave.

18. Del expediente surge expresamente que en opinión del comité de los asesores de la UIF (emitieron dictamen al respecto) se necesitaba valorar las funciones del oficial de cumplimiento y el desempeño del personal a su cargo para evaluar si correspondía imputar algu-

na falta de debida diligencia, y determinar a cargo de quien estaba la función específica de reportar lo inusual.

Se trata de un caso de *desvío de poder* para buscar otros fines ajenos a la ley que persigue el mal desempeño, pero que no pretende condenar sin culpa.

19. Nótese que la resolución en cuestión contiene vicios esenciales en el procedimiento administrativo debido a la *previa intención* de castigar (corresponda o no), para hacerlo saber a todo el sistema (art.7, inc. d), LNPA).

20. Lo que pasó es que la UIF estaba tolerando las compraventas en moneda extranjera de clientes ocasionales y cuando estimó que se operaba reiteradamente, sin legajo ni perfil, en lugar de exigir abrir una cuenta, decidió sancionar irrazonablemente. Nótese que con fecha 08.06.2010 se acaba de dictar la Comunicación “A” 5085, que en el punto 5.2. exige: “... la venta debe efectuarse con débito a una cuenta bancaria a la vista a nombre del cliente...”.

Cuando se quiso impedir la reiteración de operaciones de cliente ocasional, se lo convirtió en cliente estable (con cuenta), luego antes del 08.06.2010 *no era una conducta impedida*. Ratifica lo expuesto el Decreto 1936/2010 del 14.12.2010 que pide perfil para todo cliente eliminando la distinción entre ocasional y habitual.

21. Siempre debe haber una prueba fehaciente de que el superior al que se traslade la responsabilidad debe haber omitido algún deber a su cargo, sin que pueda imputarse el resultado disvalioso, sin la consiguiente prueba, a la persona física, cuya conducta se juzga.

22. *La imputación debe respetar la asignación de roles dentro de la estructura de la empresa examinando a cada cual según la diligencia en el cumplimiento de la función propia, para evitar imputar el hecho del otro.*
23. *No puede existir una responsabilidad de género por el cargo o función, porque los directores no tienen función de garantes del buen resultado, sino sólo la obligación de poner bien los medios. El delegante responde por la idoneidad del delegado, pero no por el resultado que pueda ser causado por dolo o error.*
24. No es razonable dar un escarmiento tomando a un no culpable, forzar argumentaciones, y mostrar a la comunidad que se castiga severamente.

Estaríamos frente a un acto desproporcionado, sin objeto lícito, sin voluntad hábil para sustentarlo en los hechos y antecedentes de la causa, motivado por fines diferentes al bien jurídico que se dice vulnerado.

Neta desviación de poder al usarse la facultad para mostrar que se trabaja en el tema y no para combatir una actividad criminal. Esto sería además una conducta de mala fe, dado que se obra con la intención de figurar y no de aplicar justicia para combatir el delito.

25. Es posible que para la ciencia penal las garantías sean de tal importancia que la intervención sin dolo en hechos punibles no pueda ser siquiera imputada al tipo objetivo, y deba considerarse conducta impune si no existe la prueba de la negligencia. Esto es así porque el riesgo permitido al principal posibilita asumir que los demás obraran según las buenas instrucciones.
26. En concordancia la Corte ha dicho “... no basta la mera comprobación de la situación objetiva... sino que es menester la concurrencia

del elemento subjetivo en virtud del principio fundamental de que *sólo puede ser reprimido quien es culpable*”.⁵⁴

Es decir que sólo puede ser condenado quien sea culpable. Es inadmisibile la responsabilidad sin culpa de las personas físicas en materia penal porque es la conducta y no el resultado lo que debe tenerse en cuenta.

27. Nada obsta a que coexistan como vía de atribución de responsabilidad la conducta culpable del administrado y la responsabilidad atribuible a la empresa en defensa del orden jurídico, si pudo evitar el resultado.

Éste debería ser el límite jurídico del deber de responder frente al derecho penal administrativo sancionador.

54 Fallos: 320-2271 y 321-2558.

CAPÍTULO VIII
CITAS

Se citarán aquéllas que tienen relación con el desarrollo de esta tesis y que son conducentes a la conclusión a la que arribo:

1. En cuanto a la necesidad de control judicial para evitar arbitrariedad de la administración:

- Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido precedente “Ángel Estrada”, que el control judicial de decisiones administrativas debe ser “amplio y suficiente”. Este criterio de revisión judicial adquiere mayor relevancia ante la naturaleza del acto sancionatorio impugnado y frente las garantías de “nulla poena sine iudicio” de “Tutela Judicial Efectiva” contempladas en Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional. (Cfr. CNACAF, Sala I “Edenor S.A. c/Resolución N° 1183/1999 – ENRE”, expediente 6697/99 sentencia del 14.11.00; Cfr. CSJN, Fallos 328:651; así, Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8.1 y 25.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1 y 14.5, respectivamente.

2. En cuanto a la vigencia de las garantías del derecho penal sobre el obrar de la administración:

- Se ha dicho que los principios propios del derecho penal –como por ejemplo, el de legalidad, de irretroactividad de autoría, de culpabilidad y de responsabilidad de personas colectivas– sean aplicados, si bien con cierta flexibilidad, en el marco de las sanciones administrativas. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia consideró al derecho penal administrativo un derecho especial que admite, con armónica síntesis, la fundamental recurrencia a los principios del derecho penal (cfr. AFTALION, Enrique, “Derecho

Penal Administrativo”, Buenos Aires 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Civitas, Madrid 2004, p. 163 y ss.; Cfr. CSJN, Fallos 214:425; 191:245; 195:319; 21:64; entre otros).

3. En cuanto a la forma de contar los plazos para que opere la prescripción de la acción:

- Se ha sostenido en forma unánime que “la prescripción de la acción penal corre y se opera con relación a cada delito, por el término que es propio e independientemente, aunque exista concurso” ya que la interpretación por la que se llega a la suma de las prescripciones (tesis de la acumulación) significa una inteligencia extensiva de las normas implicadas prohibida por la Constitución (art. 19). (Cfr. CNACCF, Sala I, “Sosa, Carlos”, sentencia del 06.07.95, CNACCF, Sala II, “Mirara, Samuel”, sentencia del 19.12.95, Sup. Corte Jus. Mendoza, Sala II, “Fiscal y Actor Civil v. Guevara, Hugo y otro”, sentencia del 03.09.79; CNACC, Sala I, “Gómez Villafañe, A.”, sentencia del 02.06.83; CNACC, Sala IV, “Vergoni, Juan José”, sentencia del 12.12.85; CNACC, Sala VII, “Vázquez Iglesias”, sentencia del 11.10.89, todos citados en ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Código Penal de la Nación Anotado”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 235.)

4. En cuanto a la necesidad de la preexistencia del “tipo penal” debidamente especificado:

- La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Federal ha manifestado que “desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la C.N., al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al

hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente”. Más aún, según la Corte Suprema, en esta área del derecho, el principio de legalidad queda resguardado siempre que exista una previa tipificación legal de la conducta a sancionar como la determinación de la sanción. (Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Editorial Abaco Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 256; CNACAF, Sala I, “United Airlines Inc. C/Dir. Nac. de Migraciones – Disp. DNM 8463/98”, sentencia del 16.04.99, El-Dial AH26E6.; CSJN, “Comisión Nacional de Valores v. Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/transferencia paquete accionario a Nabisco”, sentencia del 24.04.07, Lexis N° 4-63344. De acuerdo CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires 2002, p. 448.)

5. En cuanto a la razonabilidad de la sospecha según los elementos tenidos en cuenta al momento de cursar la operación de clientes ocasionales:

- Se ha sostenido que “el art. 21 b viola la función de garantía del Derecho Penal objetivo –o sea, el principio de legalidad y tipicidad– y el principio de culpabilidad” ya que obliga a los sujetos a denunciar operaciones consideradas sospechosas basándose en “criterios difusos, subjetivos y cuyo supuesto básico es la sospecha indiscriminada de todos los ciudadanos”. También se ha dicho que “el hecho de que la identificación de tales operaciones deba realizarse en base a criterios equívocos manifiestamente subjetivos resulta violatorio del principio de legalidad...”. (Cfr. PELOSI,

Horacio; “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo. Inconstitucionalidad de la Ley 25.246 y de la Resolución 10/2004 UIF”, La Ley del 24 de junio de 2005, p. 1. También publicado en LL 2005-C-1465.; Cfr. CABULI, Ezequiel, “Escribanos públicos. Deber de informar operaciones sospechosas vinculadas al lavado de activos”, LL Patagonia 2006, 315).

6. En cuanto a la imposibilidad de que la administración ejerza las funciones de legislador, juez y ejecutor:

- Se ha dicho que el art. 76 de la Constitución Nacional prohibió como regla la delegación de facultades legislativas y que su art. 99, inciso 3º, enfatizó que el Poder Ejecutivo no puede dictar actos de contenido legislativo, la primera de las normas exige que la actuación del órgano ejecutivo tenga lugar “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. Cabe señalar que el miembro informante del despacho de mayoría, convencional GARCÍA LEMA, manifestó que mediante la incorporación de la disposición citada, “los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades”. (CSJN, “Mouviel, Raúl y otros”, sentencia del 17.05.57, Fallos 237:636; CSJN, “Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, sentencia del 02.12.93, Fallos 316:2624.)

7. En cuanto a la necesidad de imputar la culpabilidad:

- Entre otros tratadistas, CASSAGNE ha sostenido que en materia de faltas o contravenciones se aplica en forma directa el principio

de inocencia. Tal principio se sustenta en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en concreto, establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Entonces vemos que, aun en materia penal administrativa, el principio de inocencia se desdobra en dos reglas: a) la carga de la prueba (“onus probandi”), que se ubica en quien acusa; y b) toda situación de duda debe ser resuelta del modo más favorable al imputado (“in dubio pro reo”). (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 453 y ss.; Cfr. CNACAF, Sala IV, “Comau Argentina S.A. c/Dirección General de Aduanas”, sentencia del 03.03.05, Lexis 815537; “Free Way S.R.L. y otro – TF 11627-A-v. DGA”, sentencia del 18.12.01, Lexis 8/12630; Cfr. CNACAF, Sala IV, “Volpe, Gilberto H. C/ E.N. – Policía Fed. Arg. S/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, sentencia del 19.06.98, elDial AH20DC y “Solanas Country S.A. c/Sec. de Comercio e Inversiones (Disp. DNCI 239/97)”, sentencia del 03.04.01, elDial – AH327F; Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Lexis Nexis, Buenos Aires 2002, p. 454. Allí se cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Civitas, Madrid 1998, p. 169-170. BOQUERA OLIVIER, José M., “Presunción de inocencia del hombre, presunción de legalidad del acto administrativo y tutela judicial efectiva”, en “Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX”, 2, Homenaje al profesor Garrido Falla, Ed. Complutense, p. 1032; citado en CNACAF, Sala I, “Blanco Miguel Carlos v. Banco Central de la República Argentina / Resol. 63/99 y 351/00 /

Expte. 100317/96 Sum. Fin. 880”, sentencia del 27.02.01, Lexis N° 600000785.)

8. En cuanto a la necesidad de que se trate de una conducta sospechosa de lavado:

- Se ha dicho que la calidad de “sospechosa” de una determinada operación comercial no depende únicamente de una antojadiza presunción *juris et de jure* de ilicitud del origen de los fondos, sino que deben existir elementos objetivos que autoricen a suponer que la operación tiende a acordarle a esos fondos una apariencia lícita, no espuria. O sea, aun cuando el origen de los fondos pudiera ser considerado como sospechoso, la operación puede resultar irrelevante a los efectos de la Ley Antilavado si por medio de ella no se intenta darles una apariencia de origen lícito. Se debe entender, a la función preventiva del lavado de dinero, como aquella que pone el acento en el diseño de un modelo formativo e institucional que evite la comisión de hechos de lavado. Verbigracia, una operación adquirirá el carácter inusual establecido por la Ley Antilavado, no sólo cuando existan elementos que permitan presumir la ilicitud del origen de los fondos, sino también cuando existan elementos de convicción acerca de la intención de otorgarles a esos bienes aspecto lícito. (Libro de Estudio, Tomo I., 6^a. Ed., EL FORO, Buenos Aires, p. 155; ESCOBAR, Raúl T., El crimen de la droga. Tóxicos. Depresores. Estimulantes. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de Dinero. SIDA. Mafias. Geostrategia; Editorial Universidad. Buenos Aires 1992, p. 381.; RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico y BERMEJO, Mateo; Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero; Ad. Hoc; Bs. As. 2001; p. 80; Cfr. BLANCO CORDEIRO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997. p. 72; Cfr. CAMERINI, Marcelo A., Introduc-

ción a las fases y metodologías en el proceso de lavado de dinero, *La Ley*, Tomo 2002 – B, p. 811; Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 79; Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 84.)

9. En cuanto a la imposibilidad de condenar a quien no se prueba que es culpable:

- Se ha dicho que “sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le puede ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. Rige el criterio de la personalidad de la pena que responde al principio fundamental que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”. (CSJN, “Yarole S.A. c/A.N.A. s/nulidad de resolución”, sentencia del 13.04.94, Fallos 311: 2779. Ver también CNACAF, Sala IV, “Iochpe Maxion Argentina S.A. (T.F. 10-449-A) c/D.G.A.”, sentencia del 08.08.00, EIDial AH2E7F; CSJN, Fallos 271:7997; 303:1548; 312:149. Ver también CNACAF, Sala V, “Basf Argentina S.A. (T.F. 9209-I) c/D.G.I.”, sentencia del 14.06.00, EIDial AH2F5D.)

10. En cuanto a la razonabilidad de la sanción:

- Se ha dicho que no se deben vulnerar los principios de razonabilidad y de congruencia entre los hechos imputados y la sanción a aplicar. (Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., CSJN, “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público” LL 1989 E-967; Cfr. CSJN, “Demchenko, Ivan c/Prefectura Naval Argentina”, sentencia del 24.11.98, Fallos 313:153; así se resolvió en: CNACAF, Sala II, “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/

Dirección Nacional de Migraciones”, sentencia del 05.05.98, El-Dial AH2024.)

11. En cuanto a los vicios del acto administrativo:

- Se ha dicho que la motivación del acto adquiere especial relevancia ya que la administración deberá explicar –más que en cualquier otro caso– por qué (causa) y para qué (finalidad) lo emite explicando además su razonabilidad. (Cfr. COMADIRA, Julio R., “El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 44.)

12. En cuanto a la violación de garantía de defensa:

- La doctrina especializada ha afirmado que: “La violación de la garantía de defensa es para nosotros uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo, y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo que en consecuencia se dicte. Por lo tanto estimamos que a menos que la trasgresión de que se trate sea de poca trascendencia, la indefensión del particular cometida por la administración debe sancionarse siempre con la nulidad del procedimiento...” (Cfr. GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo II, p. XVII – 45).

13. En cuanto a la búsqueda de otros fines distintos a los que justifican el acto:

- Se ha dicho que el art. 7, inciso f), de la LUPA enuncia a la finalidad como un elemento esencial del acto a considerar que éste debe cumplir con el fin que surja de las normas que otor-

gan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin que pueda perseguirse encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. El fin al cual debe propender todo acto administrativo en tanto acto estatal es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, p. 205; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La Desviación de Poder”, Civitas, Madrid, 1999, p. 129). En consecuencia hay desviación de poder cuando un funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. Por ello, “lo característico de la desviación de poder es que la administración se aparte del fin establecido por la ley para servir a otros distintos, cualesquiera que éstos sean” (op. cit. – p. 129).

14. Caben al respecto las siguientes citas doctrinarias de actualidad:

1. “Cuando se volvió confusa la distinción entre el derecho penal y el administrativo, con la intención de hacer avanzar al segundo sobre el primero, se apeló a la existencia de un injusto penal cualitativamente diferente del contravencional (...) establecido que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los códigos contravencionales o de faltas de la Ciudad de Buenos Aires y provinciales no pueden des-

conocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los derechos humanos.”⁵⁵

2. “Un derecho penal limitador o de contención, que reclame para las agencias jurídicas el monopolio de las decisiones conforme a leyes con funciones penales manifiestas o tácitas y el control de la aplicación de las leyes con funciones penales tácitas y eventuales se hallará siempre en relación tensional y contradictoria con el poder de la administración, cuya esencia fagocitaria la impulsa a absorber toda la función punitiva.”⁵⁶

55 ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 170 y 171.

56 ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 204 y 205.

CAPÍTULO IX
CONCLUSIONES

EN GENERAL

No surge de ningún párrafo de la ley de antilavado la responsabilidad del funcionario por el cargo que ocupa, sin poder demostrar la diligencia de su obrar como excusa absoluta.

La responsabilidad objetiva es aceptada en el ámbito de la responsabilidad civil, pero no lo es en el derecho penal.

La responsabilidad penal por ilícitos administrativos formales no puede extenderse a quien obró a conciencia para evitar el resultado.

Si así no fuera puede llegar a penarse a un inocente.

Nada obsta a que coexistan como vía de atribución de responsabilidad la conducta del obligado persona física y la responsabilidad atribuible a la empresa en defensa del orden jurídico.

Sin embargo si la empresa no pudo evitar el resultado no podría ser considerada responsable.

Éste debería ser el límite jurídico del deber de responder frente al derecho penal administrativo sancionador.

No debería pretenderse aplicar la responsabilidad objetiva en materia penal (p. ej., por ostentación del cargo dado un resultado no querido). Debería existir al menos alguna de las vías de la culpabilidad por el hecho del otro.

Si no fuera así estaríamos creando arbitrariedades y castigo al no culpable que obró con diligencia.

Rigen las garantías constitucionales que permiten la defensa en base a la no existencia de conducta antijurídica, y culpable.

Incluso si existiera una relación de subordinación que lleva a calificar a la sanción como disciplinaria, se debería dar al sancionado la oportunidad de abogar en su descargo señalando su falta de culpa como excusa absolutoria.

Se puede requerir responsabilidad objetiva al responsable a cargo, pero no se le puede negar la facultad de oponer como excusa absolutoria la falta de culpa.

En conclusión, parecería que dado el estado de discusión doctrinaria sobre la responsabilidad refleja de la empresa por actos de sus agentes, podría llegar a aceptarse por parte de la doctrina una responsabilidad sin culpa para la empresa cuando se detecta un incumplimiento a la norma, pero parecería imposible culpar al agente “responsable legal del tema” si demuestra que operó con los medios a su alcance y lo hizo con esmero, debida diligencia y previsión. En este segundo caso no puede operar la responsabilidad sin culpa porque no se trata de una persona jurídica, sino física que no responde por hechos no imputables a título de dolo o culpa. Si no hay culpa del agente no habrá responsabilidad indirecta de la empresa. Puede haber responsabilidad directa de la empresa sólo si no puso los medios suficientes al alcance del agente para evitar el resultado.

Si así no fuera quedarían vulneradas las garantías constitucionales de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, prueba, debido proceso, defensa, etc. Esto sería pura inseguridad jurídica y para la comunidad un tremendo perjuicio porque los inversores dejarían de venir, crear negocios, producir y dar empleo, y las entidades motoras de la economía deberán

fondearse a costos más altos, por el mayor riesgo de mercado, con lo que se encarece el crédito y también se desacelera la economía, lo que es malo para todos.

Se destaca que todos estos males ciertos se derivan de la pretensión de aplicar responsabilidad sin culpa a las personas físicas, “responsables en función del cargo”, lo que es el meollo del tema de este trabajo.

