



Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera

BASES CONSTITUCIONALES

Pablo D. Sanabria ()*

SUMARIO: I. Introducción.— II. Las particularidades del *compliance* en materia de Prevención del Lavado de Activos/Financiamiento del Terrorismo (PLA/FT).— III. Aspectos generales del sistema preventivo de la Unidad de Información Financiera (UIF).— IV. Características distintivas del rol de los Sujetos Obligados (SO) en el sistema de PLA/FT.— V. El sistema preventivo de la UIF desde una perspectiva constitucional.— VI. El cambio de paradigma en el sistema de PLA/FT: desde un enfoque de cumplimiento técnico a un enfoque basado en riesgos.— VII. Conclusión.

➔ Si bien el sistema preventivo de la UIF cumple con las premisas constitucionales que rigen el funcionamiento de un organismo de sus especiales características, a fin de evitar posibles cuestionamientos acerca de los bajos niveles de representatividad democrática y control de la opinión pública que presenta la facultad reglamentaria en cabeza de un ente descentralizado del Poder Ejecutivo, y de esta forma fortalecer la institucionalidad y previsibilidad del funcionamiento de la Unidad, el Congreso Nacional, en una eventual reforma de la ley 25.246, debería avanzar en una delimitación más detallada y exhaustiva de los aspectos medulares que configuran cada una de las áreas de actuación de la UIF.

Entre las distintas aristas de la materia reviste especial interés analizar el alcance de las prerrogativas del Estado para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (PLA/FT) y la necesaria armonización con las garantías constitucionales de los sujetos privados que se encuentran obligados a cumplir con la regulación respectiva (los Sujetos Obligados), reconociendo, en esa línea, la importancia de propiciar círculos virtuosos de colaboración entre el sector público y privado.

Ello, en tanto el funcionamiento del sistema de PLA/FT interactúa (y en algunos casos puede entrar en tensión) con el ejercicio de determinadas libertades individuales como consecuencia de la obligación del Estado de perseguir la criminalidad financiera compleja —comprometida en el plano internacional con la firma de diversos instrumentos internacionales— y conforme la necesidad de requerir la intervención de actores del sector privado para coadyuvar en la prevención y detección de operaciones sospechosas de LA/FT, encontrándose obligadas, en muchos casos, a realizar importantes inversiones para lograr un efectivo cumplimiento.

Presentando el asunto como un dilema entre derechos individuales e interés general, se puede concluir que a ambos lados de la “disputa” se encuentra un mismo baluarte de las comunidades políticas modernas: el Estado de Derecho.

En efecto, las distorsiones económicas que produce el LA/FT son tan evidentes como su vinculación con las modalidades más pe-

ligosas de la criminalidad organizada (v.gr.: narcotráfico, trata de personas, corrupción política, terrorismo internacional, etc.), lo que ha convertido al flagelo en una auténtica amenaza que puede llegar a erosionar los principios mismos del Estado de Derecho (1) y comprometer los objetivos constitucionales de consolidar la paz interior y proveer a la defensa común (2).

En el otro extremo, la necesidad de preservar la libertad económica y las garantías individuales exige y condiciona el actuar del Estado en pos de armonizar la tutela de los principios jurídicos en juego de forma respetuosa con un ideario constitucional personalista.

En definitiva, como bien se expresa en el dictamen de la Procuración General de la Nación en el caso “Colegio de Escribanos c. PEN”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) en el año 2018, “...la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo es una preocupación prioritaria del Estado Nacional, toda vez que dichas conductas delictivas constituyen un serio riesgo, no sólo para la estabilidad de los sistemas democráticos y el desarrollo de sus economías, sino fundamentalmente para la libertad de los ciudadanos. Dicha lucha consiste en buena parte en la adopción de medidas regulatorias que tornen eficaces, en el orden interno, la prevención y represión de estos delitos” (3).

Con ese telón de fondo, en el presente trabajo nos proponemos abordar algunos aspectos salientes del sistema de PLA/FT desde una perspectiva constitucional.

Así, haremos referencia a las características singulares que presenta el *compliance* en materia de PLA/FT, describiendo cómo se integra, cuál es el funcionamiento y cuáles son las características tipificantes del sistema preventivo a cargo de la Unidad de Información Financiera (UIF), para luego detenernos en los desafíos constitucionales que enfrenta, especialmente por la intensa reglamentación que desarrolla sobre la actividad económica y profesional de determinados sujetos privados (4) compelidos a colaborar con el Estado en la protección de la integridad del sistema económico-financiero.

Una vez abordada la referida temática, formularemos una serie de consideraciones acerca del viraje reglamentario en materia de PLA/FT que se encuentra en pleno proceso de implementación por parte de las actuales autoridades de la UIF, desde un enfoque de cumplimiento formal hacia uno basado en riesgos que pone su foco en la eficiencia y efectividad del sistema (5).

II. Las particularidades del *compliance* en materia de Prevención del Lavado de Activos/Financiamiento del Terrorismo (PLA/FT)

El concepto de *compliance* se ha extendido en los últimos años dentro del lenguaje jurídico argentino haciendo referencia a los programas de integridad que deben implementar las personas jurídicas —principalmente las que realizan algún tipo de transacción económica con dependencias estatales— y que comprende a un conjunto de acciones y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados

I. Introducción (**)

El fenómeno del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT) y los esquemas preventivos que se han diseñado para contrarrestarlo ofrecen en la actualidad una nutrida selección de estudios doctrinarios que constituyen un *corpus* teórico especializado cada vez más relevante dentro del mapa jurídico argentino.

DOCTRINA

Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera. Bases Constitucionales
Pablo D. Sanabria 1

NOTA A FALLO

Impedimento constitucional de la re-reelección como gobernador en Río Negro
Luis Pravato 8

JURISPRUDENCIA

OFICIALIZACIÓN DE LA CANDIDATURA DEL GOBERNADOR DE RÍO NEGRO. Candidato que ocupa el cargo de gobernador y que anteriormente lo asumió por acefalía. Posibilidad de reelección. Interpretación de la Constitución provincial. Art. 19 de la Constitución Nacional. Libertad de un partido político de proponer candidatos. Revocación de la sentencia del Tribunal Electoral provincial (ST Río Negro)..... 8

APELACIÓN DE LA CONDENA. Persona privada de libertad. Arresto domiciliario en una provincia distinta a la que juzgó su causa. Apelación in pauperis forma. Derecho de defensa. Asistencia letrada. Defensoría oficial. Escrito que no cumple con la Acordada 4/2007. Deber de los jueces de garantizar el derecho de defensa del condenado (CS) 10

CRAMDOWN. Apertura de un registro. Inscripción. Plazo (CNCCom.) 11

SECRETO PROFESIONAL. Validez de la declaración prestada por una psicóloga en un proceso penal. Manifestaciones del imputado en charlas informales y no en una consulta profesional. Abuso sexual. Circunstancias objetivas percibidas por el profesional a través de sus sentidos. Ausencia de violación del deber de confidencialidad. Art. 11 de la Ley 17.132 (CNCrim. y Correc.) 12

a prevenir, detectar y corregir irregularidades y/o actos ilícitos (6).

Con la internalización de la cultura del cumplimiento —cuyo origen en los EE.UU. estuvo vinculado a grandes casos de corrupción público-privada y la necesidad de dar una respuesta eficiente en resguardo de las arcas públicas— se busca elevar los estándares de integridad y buenas prácticas empresarias, procurando advertir preventivamente cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde el quebramiento ya se haya producido.

Una característica típica de estos programas es la relación y proporcionalidad que deben guardar con los riesgos propios de la actividad que realiza la empresa, su dimensión y capacidad económica, atendiendo de forma proporcionada a los requerimientos específicos que establezcan las distintas regulaciones particulares (7).

En definitiva, la puesta en funcionamiento de sanas prácticas de gobierno corporativo y esquemas de integridad aparece como una consecuencia lógica; en tanto si el empleado o funcionario de una organización comete un delito por no haber estado sujeto a un adecuado y correcto control, las consecuencias penales también las sufre la compañía (8).

Ahora bien, la descripta es la configuración típica de los esquemas de *compliance* que es receptada, en términos generales, por la nueva Ley de Responsabilidad Penal empresarial y que ha sido complementada por los “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”, aprobados por la res. 27/2018 de la Oficina Anticorrupción (9).

Sin embargo existen tipologías que presentan características diferenciadas del modelo tradicional. En particular, entendemos que el sistema de PLA/FT que se encuentra bajo la órbita de la UIF exige la puesta en funcionamiento de programas de cumplimiento que, si bien se interrelacionan y retroalimentan con los generales, se estructuran sobre premisas particulares.

Así vemos que este tipo de sistemas, a diferencia de los tradicionales, además de prevenir las potenciales conductas ilícitas en que puedan participar miembros de la propia entidad que lo implementa (como autores o partícipes secundarios), tiene por objetivo primordial prevenir que terceras personas, ajenas al sujeto que pone en práctica el programa, puedan concretar un ilícito (LA o FT) utilizando al sujeto en cuestión como un medio para llevar a cabo su cometido.

Con dicha finalidad, se busca dotar a los SO de las herramientas necesarias para que en el supuesto de existir sospechas sobre la licitud del origen de los fondos implicados en la transacción efectuada por algún cliente, se encuentren en condiciones de poder reportar dicha sospecha al órgano rector del sistema preventivo —la UIF—, habilitando así la adopción de las medidas adecuadas para el caso.

Por lo demás, una adecuada cultura de cumplimiento en materia de PLA/FT promueve un ambiente de control y prevención en el que es más difícil que delitos aberrantes para cualquier comunidad prosperen sin ser detectados. Como destaca Zenón Biagosch, de acuerdo con el Grupo Internacional de Acción Financiera (GAFI), la correcta aplicación de las recomendaciones sobre PLA/FT posibilita que los países puedan: (i) proteger las instituciones públicas; (ii) aumentar la transparencia del sistema financiero; y (iii) facilitar la detección, investigación y enjuiciamiento del delito de lavado de activos y sus delitos precedentes, así como el recupero de los fondos sustraídos (10).

De tal forma, si bien el cumplimiento en esta materia conlleva una imprescindible protección para la reputación del propio SO de no verse involucrado en operatorias con dinero ilícito, lo cierto es que el sistema está estratégicamente diseñado para funcionar, en primera medida, como dique de contención frente a posibles maniobras delictivas de terceras personas ajenas al sujeto en cuestión; todo lo cual redundará en una finalidad de prioritario interés general.

Lo dicho no implica subestimar el innegable valor para el SO de observar fielmente

la normativa de PLA/FT, lo que, sumado al contenido ético de la conducta, lo previene del riesgo de exponerse a sanciones legales por incumplimiento de las regulaciones (*compliance risk*) y/o las posibles pérdidas reputacionales y financieras que de allí pueden derivarse (11). Asimismo, el programa de cumplimiento en PLA/FT permite al SO mitigar el riesgo de que sus directores, funcionarios o empleados se encuentren involucrados en un proceso penal sobre lavado de activos (art. 303 del Cód. Penal) o financiación del terrorismo (art. 306 del Cód. Penal).

Sin embargo, entendemos que el contenido distintivo de este modelo es relevante en cuanto supone la convocatoria a determinados sujetos privados, en virtud de las diferentes actividades lícitas que constituyen su cometido esencial, para colaborar en una empresa de interés general que pone su foco preventivo en la licitud del origen del dinero de sus clientes, complementando funciones y actividades de vigilancia que exceden las posibilidades reales del Estado de cumplir con sus potestades de control y prevención contra el LA/FT.

Dicha particularidad, por su relevancia y singularidad, impone un análisis específico del fenómeno de PLA/FT y del equilibrio de potestades y obligaciones que enmarca la relación de colaboración entre los SO y la UIF.

III. Aspectos generales del sistema preventivo de la Unidad de Información Financiera (UIF)

Mediante la sanción de la ley 25.246 (12) [posteriormente reformada por la ley 26.683 (13)] se modificó el Código Penal argentino a los efectos de tipificar como figura autónoma el *delito de lavado de activos de origen ilícito*. Asimismo, se creó a la UIF como órgano descentralizado (14), dotado de autonomía y autarquía financiera, poniendo a su cargo el análisis, tratamiento y la transmisión de información para prevenir e impedir la comisión de los delitos de LA/FT.

Las atribuciones asignadas a la UIF para cumplir con su cometido se dividen en tres grandes campos: (a.) análisis de información financiera (art. 13, inc. 2º); (b.) colaboración judicial (art. 13, inc. 3º); y (c.) sistema preventivo (art. 14, incs. 7º, 8º y 10). Tales cometidos

se complementan con la actividad del organismo en el plano internacional, a través de la cual mantiene una vinculación estratégica con los distintos países que integran el sistema global de prevención y lucha contra el LA/FT.

El sistema preventivo es uno de los pilares de funcionamiento de la UIF; tiene un alto impacto en la política pública de combate contra el LA/FT y es el complemento imprescindible del sistema represivo, ya que tiende a detectar y dificultar preventivamente cualquier operación con tales fines delictivos.

Su trascendencia está dada, a su vez, por la alta especialidad técnica de la materia y por la autonomía otorgada a la UIF por el legislador que la ha investido de amplias competencias en materia reglamentaria, supervisora y sancionadora, lo que determina su singular incidencia en la actividad de los SO.

En cuando al diseño funcional del sistema preventivo, tiene como piedra basal la colaboración de los SO que interactúan principalmente con las direcciones de supervisión y del régimen administrativo sancionador de la UIF (15).

El contenido, alcance y la distribución de obligaciones y potestades en cabeza de los actores que conforman el sistema se rige por la ley 25.246 y sus modif., el dec. PEN 290/2007 y sus modif., más las resoluciones dictadas por la propia UIF en ejercicio de su potestad reglamentaria, donde se establecen con mayor nivel de detalle las obligaciones de cumplimiento en PLA/FT para cada tipo de SO y se regulan aspectos procedimentales del sistema.

A su vez dicha normativa se encuentra directamente condicionada por las recomendaciones provenientes de los organismos supranacionales con impacto en la materia (principalmente el GAFI), cuya condición de *soft law* (16) no le quita influencia en el orden interno, atento al proceso cada vez más avanzado hacia la configuración, en determinadas materias, de un derecho administrativo global (17).

Como explica Canda, las recomendaciones del GAFI carecen de ejecutividad directa en

{ NOTAS }

(*) Abogado (UBA). Magister en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Docente de Derecho Constitucional (UBA). Miembro del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y de la Red de Antiguos Alumnos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. En el ejercicio profesional fue Director del Régimen Administrativo Sancionador de la UIF (2017-2018) y actualmente es asociado del estudio Cassagne Abogados.

(**) El presente trabajo es una versión adaptada de la comunicación presentada por el autor en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 3 de octubre de 2018.

(1) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “Tecnocrimen”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. - CUERDA ARNAU, M. L. (dirs.) - FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (coord.), *Amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y TIC's*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 206, citado por VIDALES RODRÍGUEZ, Caty (dir.) - FABRA VALLS, Modesto (coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 17.

(2) Ambos objetivos que integran el Preámbulo de la Constitución Nacional.

(3) Del dictamen de la PGN en la causa “S.c. FLP 1298/2008/CSI-CAI, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. PEN s/ sumársimo”, fallada por la CS el 04/09/2018.

(4) Si bien el catálogo de sujetos obligados fijado por el legislador en el art. 20 de la ley 25.246 y modificado

rias incluye sujetos de naturaleza pública y privada, en el presente trabajo nos referiremos especialmente a los de naturaleza privada.

(5) En esa línea la UIF ha dictado en el último tiempo las nuevas reglamentaciones para entidades financieras (res. UIF 30-E/2017), mercado de valores (res. UIF 21/2018) y sector de seguros (res. UIF 28/2017).

(6) El ejemplo más claro del desembarco definitivo del *compliance* al ordenamiento jurídico argentino está dado por la reciente sanción de la ley 27.401, de responsabilidad penal de las personas jurídicas (BO del 01/12/2017) que en su articulado establece incentivos claros para que las empresas incorporen programas de integridad, que pueden acarrear la atenuación en la graduación de la sanción penal (art. 8º), eximición de pena y responsabilidad administrativa (art. 9º), y acceso a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); constituyéndose, asimismo, en un requisito para ser proveedor del Estado Nacional en ciertas contrataciones (art. 24).

(7) Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, LA LEY, 2017-F, 798; KOMAROFKY, Nadia, “El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción”, publicado en ADLA 2017-12-10; y LANÚS OCAMPO, María Cecilia, “*Compliance* en el ámbito de las entidades financieras”, en DURRIEU, Nicolás - SACCANI, Raúl R. (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, p. 399; entre otros.

(8) Las consecuencias prácticas de esta afirmación están teniendo lugar en la actualidad con el lamentable suceso de la denominada “causa de los cuadernos” y sus derivaciones.

(9) Resol-2018-27-APN-OA#MJ, publicada en el BO el 04/10/2018.

(10) Cfr. BIAGOSCH, Zenón A., “La corrupción y la prevención del lavado de activos”, en DURRIEU, et al., ob. cit., p. 428.

(11) Ya en el año 1988, en el acápite I de la *Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, del 12 de diciembre de 1988*, se sentaron una serie de principios éticos básicos, conscientes de los daños que pueden derivar de la implicación del sistema bancario en la legitimación de ganancias ilícitamente obtenidas, principalmente por la afectación a su credibilidad y confianza de los clientes, como también en cuanto a las pérdidas directas que dichas maniobras podían importar para las instituciones víctimas de fraudes. Ver: BIS, “El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos”, Comité de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, ASBA, 2005, trad. de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas.

(12) Sancionada el 13/04/2000 y promulgada el 05/05/2000.

(13) Sancionada el 01/06/2011 y promulgada el 17/06/2011.

(14) El organismo fue ubicado originalmente dentro de la jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Con posterioridad, mediante el art. 92, inc. a) de la ley 27.260 del año 2016 se transfirió a la jurisdicción del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación, para luego, mediante el dec. 2/2017, quedar finalmente en la órbita del Ministerio de Finanzas. Actualmente, con la absorción del Ministerio de Finanzas por el de Hacienda —instrumentada mediante dec. PEN 575/2018—, ha quedado bajo la órbita de este último.

(15) Cfr. res. UIF 152/2016 (BO 23/11/2016) y sus modificaciones, mediante la cual se aprobó la estructura organizativa de la UIF y se fijaron las competencias de las distintas direcciones que lo conforman.

(16) A diferencia del *hard law*, derecho directamente aplicable y operativo, el *soft law* hace referencia a principios y normas —generalmente emanadas del ámbito supranacional— que no son en sí mismas de eficacia y aplicación obligatoria para los ordenamientos internos, no obstante lo cual las administraciones públicas suelen adoptarlos voluntariamente en sus regulaciones para dar cumplimiento al mandato trasnacional; y ante el riesgo de sufrir consecuencias cada vez más negativas en el ámbito de los organismos y acuerdos supranacionales. En lo que hace a su tipología, como bien explica Aguilar Valdez, no se trata de normas y regulaciones “detalladas” sino de lineamientos, “guías” y/o estándares generales de actuación (cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Fuentes y principio del derecho global de las contrataciones públicas”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 715).

(17) La estabilidad financiera y económica, la regulación del comercio, la salud, el combate del crimen, la prevención del lavado y financiamiento del terrorismo, la regulación de las nuevas tecnologías de la información, son ejemplos básicos de materias de importancia trasnacional, que son objeto de regulación en el ámbito del derecho administrativo global [ver KINGSBURY, Benedict - KRISCH, Nico - STEWART, Richard, “The emergence of global administrative law”, IILJ Working Paper 2004/1 (Global Administrative Law Series) (www.iilj.org). Una versión en español —también disponible

el plano interno, pero tienen incidencia fáctica en tanto su incumplimiento y la posible calificación como “plaza no cooperativa” en el marco de las evaluaciones mutuas puede traer consecuencias negativas en el acceso al crédito internacional y, en general, en la consideración de los países que integran esta organización de poder globalizado (18).

De acuerdo con lo anterior, es importante tener presente que el desarrollo y evolución del sistema de PLA/FT en el país sufrió el condicionamiento de la apatía inicial que derivó en el mal resultado obtenido en el “Tercer Informe de Evaluación Mutua sobre el cumplimiento por parte de la República Argentina”, emitido por el GAFI el 22 de octubre de 2010, lo que motivó que dicho organismo incluyera al país en la lista gris de jurisdicciones, cuyo “Plan de Acción” quedaba bajo especial seguimiento, y acarrió un costo reputacional muy alto en sus relaciones comerciales y financieras con la comunidad internacional.

En ese contexto se dictó la ley 26.683 y la mayoría de las resoluciones UIF actualmente vigentes, las que buscaron sacar al país de la situación apuntada (19), aunque con claras deficiencias en el enfoque y otros aspectos sustantivos del esquema reglamentario adoptado (20).

En la actualidad el organismo se encuentra en pleno proceso de una necesaria reconfiguración del sistema preventivo, con cambios sensibles en aspectos institucionales, regulatorios y operativos, algunos de los cuales son tratados en el presente trabajo.

IV. Características distintivas del rol de los Sujetos Obligados (SO) en el sistema de PLA/FT

Como señalamos anteriormente, el sistema preventivo de la UIF se encuentra estructurado a partir de la participación y colaboración de los SO.

Se trata de un universo de personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, a las que el legislador fijó una serie de obligaciones orientadas a la prevención (debidamente diligencia, conocimiento y monitoreo de clientes y la obligación de reportar a la UIF las operaciones sospechosas de LA/FT) que exceden a las tareas propias de su labor ordinaria, y les exige capacitación y un compromiso con el fenómeno del LA/FT y sus modalidades de prevención.

La relación de la UIF con los SO estatales es de naturaleza interadministrativa y se sustenta en uno de los principios de la organización administrativa, que es el de colabora-

ción. En cuanto a los SO del ámbito privado, la exigencia de informar se explicaría como una faceta del ejercicio del poder de policía y de la policía estatal: el deber de información (21).

En ese contexto, entendemos que la actuación de los SO en el esquema de PLA/FT presenta ciertas particularidades que caracterizan el vínculo y cuya correcta configuración y dinámica le otorga coherencia y sustentabilidad jurídica al sistema, a saber: (i) enumeración taxativa; (ii) relación de colaboración; (iii) principio de buena fe y (iv) deber de secreto.

IV.1. Enumeración taxativa

Una característica fundamental de la figura de los SO dentro del sistema vigente es que ha sido creada por ley del Congreso y que los sujetos designados como tales fueron consignados de forma taxativa por el órgano legislativo (cfr. art. 20 de la ley 25.246, modificado por la ley 26.683).

La enumeración es exhaustiva y está integrada por profesionales independientes y organizaciones de naturaleza pública y privada, que tienen actuación en los ámbitos financiero y no financiero. La elección respondió, en la mayoría de los casos, a las recomendaciones del GAFI y sus notas interpretativas, sumado a la valoración del legislador local respecto del riesgo inherente a determinadas actividades que responden a dinámicas de negocio propias del ámbito nacional.

El listado no puede ser modificado sin la intervención del Congreso, lo que impone un saludable valladar a cualquier pretensión del órgano ejecutivo —o de la propia UIF— de ampliar o reducir el listado sin la debida intervención del órgano con mayor legitimidad democrática dentro de nuestro sistema institucional. Ello, sostenemos, otorga un sustento constitucional de base imprescindible para el sistema.

En particular entendemos que esta solución es superadora a la alternativa de establecer una ley penal en blanco (que permitiera ir modificando el listado, atendiendo a ciertas premisas, sin la necesidad de sancionar una nueva ley), aun frente a la posibilidad de que los lavadores de dinero puedan ir escogiendo nuevas actividades permeables a sus necesidades de LA/FT, lo que obligaría —según advertían (22)— a una sucesiva reforma legislativa modificando el listado de SO.

Sin desconocer la falibilidad del legislador o la astucia de las organizaciones criminales para sortear la ley, entendemos que en tanto

la regulación que recae sobre los SO en materia de PLA/FT es suficientemente intensa y gravitante en el ejercicio de sus respectivas actividades, la decisión sobre cuáles son los sectores y profesiones alcanzados tiene que recaer, necesariamente, en el Congreso, funcionando tal resguardo como una técnica de limitación del poder en protección de las libertades individuales.

Es en el Congreso, a través del procedimiento de formación y sanción de las leyes, donde se obtiene la más cercana representación de las diferentes parcelas e intereses de la sociedad, incluyendo a las minorías, y por lo tanto es el ámbito donde deben debatirse cuestiones de esta naturaleza.

IV.2. Relación de colaboración

Otra característica fundamental de los SO es su calidad de “colaboradores” de la UIF coadyuvando, a través de la observancia con las políticas de cumplimiento que se exige a cada sector, en la prevención de los delitos de LA/FT.

La colaboración que aquí se menciona difiere del genérico rol que le cabe asumir a los particulares en el marco de un procedimiento administrativo, como colaboradores de la Administración Pública en la gestión del bien común, y que comprende la posibilidad de obtener una verdadera y efectiva participación en la elaboración y toma de las decisiones que lo afecten (23).

En este caso la “colaboración” va mucho más allá y adquiere contornos particulares. Como bien lo destacaron Biagosh y D’Albora al sancionarse la ley 25.246, las distintas profesiones y entidades a través de las cuales se desarrolla la actividad económica y financiera del país “...deben incorporarse al esquema ineludiblemente, [en tanto] no es posible realizar ningún tipo de análisis si se pierde la oportunidad de detectar las operaciones sospechosas o inusuales durante las primeras etapas de las maniobras de lavado. No se trata de una delegación estatal respecto de funciones que le son propias, sino de la única alternativa viable: quienes toman contacto con determinadas operaciones caracterizadas objetivamente como aptas para desencadenar los alertas previstos por el legislador constituyen la única posibilidad cierta de un minucioso análisis técnico por parte de la UIF como autoridad de contralor” (24).

Dicho contexto de necesaria interacción entre el sector privado y el Estado debe habilitar una comunicación fluida y eficaz sobre la cual estructurar un sistema que

verdaderamente incremente los costos y riesgos de las organizaciones criminales que pretendan legitimar sus ganancias a través de instrumentos de la actividad económica lícita.

Ahora bien, la puesta en valor del rol colaborativo de los SO no puede lograrse sin el compromiso de la UIF en una tarea de retroalimentación mutua. En tal sentido se destacan las medidas adoptadas por la actual gestión del organismo, consistentes en: (i) dar el primer *feedback* a los SO acerca de la calidad de los ROS remitidos (25); (ii) generar canales genuinos de participación en los procesos de elaboración de las reglamentaciones de cada sector, compartiendo borradores de los proyectos y recibiendo las propuestas y sugerencias antes de definir las versiones finales emulando una suerte de *rulemaking* informal (26); (iii) organizar de forma más coordinada la intervención supervisora de la UIF y los órganos de colaboración en aquellos sectores que tienen un regulador natural (v.gr. entidades financieras, seguros, valores, etc.) (27), y (iv) promover capacitaciones brindadas por funcionarios del organismo a sujetos obligados de distintos sectores y regiones del país (28).

IV.3. Principio de la buena fe

La participación de los SO se inspira, asimismo, en una regla fundamental que es a la vez premisa legal y sustento teleológico de la relación que mantienen con la UIF: el *principio de la buena fe*.

En el art. 18 de la ley 25.246 se establece que “[e]l cumplimiento, de buena fe, de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa, ni de ninguna otra especie”. Si bien se trata de una previsión importante a la hora de blindar al SO de consecuencias negativas cuando cumple con la obligación de reportar o informar operaciones a la UIF, la buena fe no se limita a dicho ámbito, inspirando toda la relación con un deber recíproco y necesario para nutrir la confianza que requiere el vínculo.

Así vemos que la *buena fe*, además de integrar un contenido ético de toda conducta humana, informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico con antecedentes que se ubican en los principios generales del derecho, configurando uno de los medios legislativos y judiciales para reiterar la regla moral en el orden positivo. Si bien el principio tiene especial acogida dentro del ordenamiento civil y comercial (29), tal como enseña Cassagne, resulta directamente aplicable al Derecho Administrativo y rige con

{ NOTAS }

online— se publicó en la *Revista Res Pública Argentina* (RPA), 2007-3:25].

(18) CANDA, Fabián, “El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”, en BERTAZZA *et al.*, ob. cit., t. 2, p. 252.

(19) Ello ocurrió finalmente en octubre de 2014, mediante resolución del pleno del GAFI que decidió la salida de la Argentina de la “Lista gris”, con su seguimiento intensivo para controlar que “continúe abordando toda la gama de cuestiones PLA/FT [prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo] identificadas en su informe de evaluación mutua” (FATF, High-risk and non-cooperative jurisdictions, IMPROVING GLOBAL AML/CFT COMPLIANCE: ON-GOING PROCESS - 24 October 2014, versión original en inglés, p. 8).

(20) Como destaca Paolantonio, la reforma integral de la normativa reglamentaria en 2011, acompañada por la modificación de la ley 25.246 (vinculada a la posible calificación negativa para la República Argentina por parte del GAFI), se elaboró fundamentalmente sobre la base de la versión 2003 de las *Recomendaciones del GAFI*, las que serían objeto de importantes modificaciones en la redacción de 2012 (cfr. PAOLANTONIO, Martín E., “In-

clusión financiera y prevención del lavado de activos”, LA LEY, 2018-B, 890; DPyC 2018 (mayo), 42].

(21) CANDA, ob. cit., p. 257.

(22) Ver D’ALBORA (h.), Francisco J., “Lavado de dinero. El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos”, ED 180-1084.

(23) Cfr. TAWIL, Guido S., “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LA LEY, 1985-E, 952.

(24) BIAGOSCH, Zenón A. - D’ALBORA (h.), Francisco J., “Lavado de dinero y Unidad de Información Financiera”, LA LEY, 2001-D, 946.

(25) En el mes de diciembre del 2017 se llevó a cabo la primera reunión de retroalimentación con los oficiales de cumplimiento del sector financiero sobre la calidad de los ROS emitidos por las entidades, en la cual se compartieron los resultados del informe de evaluación realizado y funcionarios del organismo sugirieron buenas prácticas para cumplir con la manda legal de forma eficaz y agregando valor al trabajo de la UIF (cfr. *Informe de Gestión de la UIF del año 2017*, p. 25).

(26) Durante 2017 y 2018 la UIF puso en marcha un procedimiento de consultas y retroalimentación mutua previo al dictado de las resoluciones que regulan a los SO mediante el cual representantes de los secto-

res respectivos pudieron hacer sugerencias a los proyectos de normas a partir del conocimiento específico que poseen de los mercados en los que actúan. Este tipo de prácticas viene propiciada en la actualidad por la doctrina, como es el caso de Castro Videla y Maqueda Fourcade quienes, en una obra reciente, destacan la conveniencia de implementar procedimientos de participación específicos que tengan lugar de forma previa y obligatoria —como condición de validez del acto— al dictado de reglamentaciones de derechos con alcance general, lo que tendería a asegurar la mayor eficiencia y respeto de derechos a través de la regulación, tal como ocurre en los procedimientos de *rulemaking* o “consulta pública” de Europa, Estados Unidos y diversos países latinoamericanos como México (CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2017, ps. 357 y ss.).

(27) En este sentido la UIF dictó la res. UIF 97/2018 que establece una nueva metodología de trabajo en el plan de supervisión a entidades financieras entre la UIF y el BCRA, mediante la cual se intenta mejorar la cooperación y coordinación de las actividades de supervi-

sión, buscando una mayor sinergia entre los equipos de trabajo de ambos organismos, permitiendo unificar enfoques y decisiones sobre evaluación de riesgos y niveles de cumplimiento. En el mismo sentido, la UIF emitió recientemente la res. UIF 155/2018, el 28/12/2018, que aprueba la Reglamentación del deber de colaboración de la SSN, el INAES y la CNV, implementado idéntica metodología de trabajo.

(28) Como surge del Informe de Gestión de la UIF de 2017, a lo largo de 2017 y 2018 se desarrollaron mesas de trabajo, conferencias, capacitaciones y acciones conjuntas con distintos sectores de Sujetos Obligados, a fin de aclarar la expectativa regulatoria, guiar a los regulados en la implementación del EBR y reforzar la confianza mutua logrando de esta manera una mejor y más eficiente cultura de cumplimiento en materia de prevención de LA/FT (cfr. Informe de Gestión de la UIF del año 2017, p. 33).

(29) En el art. 9º del título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación se establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Asimismo, en el art. 10 del mismo ordenamiento, al regularse el abuso de derecho se considera tal “...el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, aunque las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa (30).

Así, en un ejemplo clásico de colaboración entre administrado y administración como es la contratación pública, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acuñado la regla de la *buena fe* como un valor immanente del orden normativo y orientador de la relación de colaboración en la realización de un fin público (31).

Como ejemplo de medidas adoptadas en sintonía con este principio, encontramos el dictado de la guía para la implementación de la res. UIF 30-E/2017 (32), cuyo objetivo es clarificar la expectativa regulatoria sobre temas puntuales relacionados con la aplicación de la nueva resolución para entidades financieras y provee herramientas para lograr una mejor implementación del sistema de PLA/FT, permitiendo a los SO una debida comprensión sobre aquellos puntos que pueden haber generado alguna duda razonable y así evitar futuros incumplimientos.

En la misma línea se ubica la puesta en valor por parte de la UIF de las medidas correctivas (33), entendidas éstas como “pautas, medidas y/o directivas de cumplimiento idóneas y proporcionales impuestas por la UIF a los sujetos obligados para prevenir situaciones excepcionales de riesgo y urgencia en el sistema de PLA/FT, o bien, para subsanar aquellos casos de inobservancia parcial o cumplimiento defectuoso de alguna de las obligaciones o deberes impuestos por la normativa UIF que, desde un enfoque basado en riesgo, no impliquen una lesión o puesta en riesgo del sistema de PLA/FT de los sujetos obligados” (34); y que en muchos casos suponen un canal genuino para ajustar la colaboración del SO mediante una advertencia basada en la buena fe, que se convierte en una alternativa superadora al inicio de un procedimiento sancionatorio y la eventual imposición de una multa, situación que queda reservada para supuestos donde realmente sea acreditada la afectación del bien jurídico tutelado por el organismo.

Las medidas correctivas buscan que las situaciones de incumplimiento en la que puede haber incurrido un SO, cuando se trate de conductas aisladas y que no hayan puesto en riesgo su sistema preventivo, puedan ser revertidas de forma urgente con la mirada puesta en la solución y el blindaje de la vulnerabilidad (35), más que en la imposición de una multa. Si bien estas medidas imponen una carga al SO, poseen una naturaleza distinta a las sanciones; en tanto, con base en la potestad que surge del art. 14, inc. 10, de la ley 25.246, buscan la reposición de una situación alterada sin tener que acudir a la función retributiva del reproche sancionatorio, ajustando el proceder a la relación de colaboración y buena fe que debe imperar con el SO en su rol de aliado en el sistema de PLA/FT.

IV.4. Deber de secreto

El deber de secreto que rige para los SO y para la UIF también caracteriza la relación y le aporta otro elemento distintivo.

La ley 25.246 contiene distintas referencias al secreto. En el art. 21, inc. c), se prevé que los SO deben “abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley”. A su vez, en el art. 22 se establece la obligación, para los empleados y funcionarios de la UIF y los propios SO, de “guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en consecuencia”.

Al incumplimiento con dichos preceptos se asocian consecuencias penales explicitadas en el segundo párrafo del mencionado artículo (prisión de seis meses a tres años).

Finalmente, el art. 87 de la ley 27.260 (36) dispuso que la obligación de guardar secreto establecida en el art. 22 de la ley 25.246 incluye la reserva de la identidad de los sujetos reportantes y reportados durante todo el proceso de análisis a cargo de la UIF, como así también, la prohibición de revelar la fuente de su información en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 13, inc. 3º, y 19 de la ley 25.246.

Lo anterior implica que los funcionarios de la UIF no están habilitados a compartir con terceros (personas o entes públicos o privados) la información que almacenan y que reciben principalmente de los SO. Se pretende de ese modo generar confianza entre los sectores público y privado; y en ese entendimiento sólo se habilita a la UIF a divulgar la información que se conserve en sus bases de datos en favor del Ministerio Público Fiscal o de los tribunales penales y en forma de denuncia penal o de requerimiento judicial puntual, ante “serias sospechas” de LA y/o FT (37).

Esta importante regla de conducta tiene su correlato en los estándares internacionales que incluyen la llamada “obligación de secreto” según la cual las diferentes UIF del mundo deben contar con normas que aseguren la seguridad y confidencialidad de la información, incluidos los procedimientos de almacenamiento, difusión y protección de datos, así como el acceso limitado a esa información (38).

Como puntualiza Durrieu Figueroa, esta obligación impuesta a la UIF permite la generación de un ambiente seguro, predecible y de confianza, esencial para el éxito y la eficacia del sistema preventivo antilavado. Los SO y la UIF deben verse a sí mismos como socios naturales y una disposición legal especial que asegure el secreto y confidencialidad en el intercambio de información entre ambos resulta, por tanto, fundamental (39).

Hay que tener presente que la UIF produce inteligencia financiera a través del proceso

de análisis de la información que le es remitida por sus fuentes locales e internacionales; la importancia del cuidado de esas fuentes es análoga a la que un buen periodista debe brindar a quienes le proveen el flujo de información que necesita para desarrollar su profesión. La capacidad de la UIF de seguir recibiendo información de calidad depende, en gran parte, de la confianza de sus fuentes de información, en la capacidad del organismo de protegerlas conforme al estándar y los principios internacionales que rigen en la materia.

En línea con lo anterior, el 15 de marzo de 2017 la UIF celebró un convenio de colaboración con la Corte Suprema de Justicia de la Nación (40) que, entre otras cuestiones, hace especial hincapié en el cuidado de la confidencialidad y seguridad de la información que la UIF comparte tanto con la justicia como con el Ministerio Público Fiscal, y establece reglas concretas tendientes a dar cumplimiento con el estándar (41).

V. El sistema preventivo de la UIF desde una perspectiva constitucional

Como adelantamos en la introducción, las políticas de prevención en LA/FT pueden presentar elementos de tensión derivados de la colaboración requerida a sujetos privados que deben asignar recursos humanos y económicos para su debido cumplimiento.

Es así que desde la sanción de la ley 25.246 —en particular desde el año 2011 que la UIF comenzó a poner definitivamente en funcionamiento su potestad reglamentaria— han existido cuestionamientos sobre la constitucionalidad de algunas de las obligaciones previstas en el sistema de PLA/FT, que derivaron en una serie de pronunciamientos judiciales que ordenaron suspender la aplicación de la normativa UIF para determinado sector de SO.

Particularmente, se cuestionaba: (i) la imposición a los SO del deber de efectuar ROS sobre la base de criterios que se consideraban subjetivos, indeterminados y/o vagos; (ii) los alcances de la reglamentación impuesta a los SO que habría exigido la puesta en funcionamiento de un sistema sofisticado y costoso cuya materia resultaba ajena al *expertise* profesional de los actores alcanzados, y/o (iii) la supuesta existencia de desproporción entre los medios y el fin perseguido (42).

Si bien el inicio de acciones de este tipo y las medidas judiciales dictadas con el tiempo fueron cayendo, y el sistema de PLA/FT fue incrementando su legitimidad a medida que la sociedad comenzó a percibir con mayor claridad los peligros que conlleva la proliferación de la criminalidad organizada, lo cierto es que el dilema constitucional se mantiene, al menos desde un punto de vista teórico.

En todo caso, resulta relevante poner foco en el sustento constitucional del funcionamiento de un organismo como la UIF,

que reúne bajo su órbita de actuación amplias competencias de policía.

Con ese norte, y dejando para otro trabajo el análisis en profundidad de las potestades de supervisión y sancionatoria, indagaremos aquí en las facultades reglamentarias de la UIF desde dos perspectivas: (i) un primer nivel de análisis más genérico vinculado a la validez de la potestad del Estado de reglamentar la actividad profesional y económica de los individuos e imponerles determinados deberes en procura del interés general; y (ii) un segundo nivel de análisis que reconoce que la referida potestad del Estado es legítima (mucho más cuando, como sucede con el sistema de PLA/FT, existe una seria amenaza a la seguridad del Estado), pero tiene presente que ello sólo será constitucionalmente válido si se la ejerce respetando determinados principios que tienen base en nuestra norma fundamental.

V.1. Primer nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del Poder de Policía en PLA/FT)

La doctrina constitucional define a la libertad económica como aquella que abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos (v.gr. libertad de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales, etc.) (43).

Se trata de una de las libertades estratégicas de nuestro ordenamiento constitucional que responde al ideario progresista de los constituyentes fundacionales, que vieron en el desarrollo económico y el progreso de las actividades productivas del hombre el camino hacia la prosperidad de la sociedad.

Ahora bien, está fuera de discusión que tales libertades no tienen carácter absoluto y deben ser reglamentadas para armonizar sus exigencias con las demás libertades y con el bien común. En particular, la Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que la admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial; y es así que están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponden a la comunidad y los intereses superiores de esta última (44).

En cuanto al órgano estatal investido de la potestad para reglamentar los derechos, hay consenso de que es una competencia prioritaria del Poder Legislativo al que se le atribuye el “poder de policía” (cfr. arts. 14, 19 y 28 CN) para dictar leyes que impongan limitaciones a los individuos por razones de interés público y con el objetivo de permitir la efectividad simultánea de los derechos de todos, compatibilizándolos en la medida en que ello sea posible.

En el caso del sistema de PLA/FT, es evidente que se trata de una materia sujeta a dicho poder, ya sea que se adopte una concepción amplia o restringida del instituto. Ello es así, en tanto las restricciones de derechos

{ NOTAS }

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo”, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, ps 52-53.

(31) Fallos 325:1787, entre muchos otros.

(32) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_la_implementacion_resolucion_uif_n30_4oct2017.pdf.

(33) Las que encuentran su base legal en el art. 14, inc. 10, de la ley 25.246, y han sido receptadas por la UIF en el art. 31 de la res. UIF 111/2012, y recientemente con mayor claridad en el art. 43 de la res. UIF 30-E/2017 —y sus análogos de las res. UIF 21/2018 y 28/2017— y en los arts. 12, 13 y ceds. del Anexo I de la res. UIF 97/2018.

(34) Definición de “Acciones correctivas” prevista en el art. 3º, inc. a), de la “Reglamentación del Deber de Co-

laboración del Banco Central de la República Argentina con la Unidad de Información Financiera para los Procedimientos de Supervisión de Entidades Financieras y Cambiarias”, aprobado por la res. UIF 97/2018, publicada en el BO del 30/09/2018.

(35) Cfr. CUADRA MORENO, Mauricio - ESPINOZA SALVATIERRA, Jerry, “Las medidas correctivas de restauración y compensación ambiental [Análisis a propósito de la publicación de los Lineamientos aprobados por el OEFA para su aplicación]”, en *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, OEFA, Perú, 2013, 1ª ed., ps. 227 y ss.

(36) Publicada en el Boletín Oficial del 22/07/2016.

(37) Esta premisa se exhibe, por ejemplo, en el texto del actual art. 17 de la ley 25.246: “El secreto sobre su

identidad [de los sujetos obligados a informar] cesará cuando se formule denuncia ante el Ministerio Público Fiscal”.

(38) *Nota Interpretativa* a la Recomendación 29, punto D “Seguridad de la Información y Confidencialidad” (GAFI, 2012).

(39) Cfr. DURRIEU FIGUEROA, Roberto, “Tensión de orden constitucional en la ley de blanqueo”, en LALEY, 2016-D, 910.

(40) Se denomina: “Convenio de colaboración entre la Unidad de Información Financiera y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el combate del lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y otros delitos contra el orden económico financiero”.

(41) Ver cláusulas 5 y 13 donde se establece que los ROS no serán remitidos ni requeridos por los tribunales,

sino que se comunicará los resultados de su análisis mediante el envío de informes de inteligencia financiera en los que no se revelará la fuente de información, pero, de resultar posible, indicará dónde y cómo se podría obtener la prueba necesaria para demostrar la existencia de la operación o conducta analizada.

(42) Como luego veremos, un criterio en línea con estos cuestionamientos lo sostuvo recientemente el ministro Lorenzetti, en su voto en disidencia en el fallo de la CS, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c. PEN s/ sumarísimo”, sent. del 04/09/2018.

(43) Cfr. BADENI, ob. cit., t. II, p. 413.

(44) Fallos 136:161; 253:133; 254:56; 289: 67, entre muchos otros.

en esta materia buscan atender a un fenómeno que impacta en la seguridad del Estado (acorde con un enfoque *narrow*) y asimismo interesa a la prosperidad general (acorde con un enfoque *broad and plenary*).

No caben, por lo tanto, cuestionamientos acerca de la potestad constitucional del Estado de establecer una serie de limitaciones a determinados derechos individuales (a los SO) para atender a la prevención de delitos que revisten un trascendente interés general (LA y FT).

V.2. Segundo nivel de análisis (acerca de la validez constitucional del esquema reglamentario de PLA/FT)

En el apartado anterior vimos que la posibilidad de restringir derechos a los SO atendiendo a una finalidad de interés general —como sucede con el sistema de PLA/FT— presenta bases constitucionales sólidas.

Partiendo desde allí, en los apartados que siguen veremos que la modalidad de reglamentación a cargo de la UIF, si bien en algunos casos puede llegar a tensionar sensiblemente el equilibrio en términos generales, respeta las reglas constitucionales aplicables a toda actividad del Estado que impone limitaciones (en sentido lato) a los derechos individuales. Veamos.

V.2.a. El principio de legalidad

En la ley 25.246 se han otorgado amplias facultades reglamentarias a la UIF; y en el ejercicio de dicha competencia, el organismo ha venido dictando resoluciones específicas para cada tipo de SO en las que se desarrollan las obligaciones que estos deben observar para cumplir las exigencias en PLA/FT.

Siendo ello así, corresponde preguntarse si es constitucionalmente válida tal delegación y si es legítimo el modo en que la UIF ha venido ejerciendo su potestad reglamentaria.

La regla general es que la potestad para regular las actividades económicas debe encontrarse alineada con el *principio de reserva de ley* que exige que ciertas cuestiones, en particular las que conciernen al ámbito de la libertad de los ciudadanos, sólo puedan ser reguladas por el órgano legislativo.

Sin embargo, el *principio de reserva de ley* se ha ido flexibilizando a nivel global en los últimos tiempos, en especial en el ámbito de la intervención económica. Así se ha dicho que si bien se mantiene de manera formal la existencia de una norma de rango legal para la ordenación de los principales sectores económicos, resulta frecuente que dicha norma se limite a un papel meramente formal, de cobertura para la intervención reglamentaria del gobierno, llegando al exceso, en determinados supuestos, de convertirse en una mera remisión en blanco al reglamento (45).

Desde esa perspectiva, el bloque de legalidad puede limitarse, en ciertos casos, a habilitar a la administración para la imposición

de las obligaciones, pero dejando un excepcional margen de discrecionalidad para su definición. Se deja así a la administración reguladora la decisión sobre la correcta proporcionalidad entre la obligación y el objetivo de interés general que se pretende proteger (46).

Como hemos señalado, en nuestro ordenamiento constitucional el Congreso es el encargado de ejercer el poder de policía. A su vez, la Constitución prevé dos supuestos excepcionales para la asunción por parte del órgano ejecutivo de la función materialmente legislativa, esto es: la delegación legislativa del Congreso en el PEN (art. 76, CN) y la facultad otorgada directamente al titular del PEN de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99, inc. 3º, CN). A lo anterior hay que sumar la potestad del PEN de dictar reglamentos de ejecución de las leyes para completar sus pormenores y detalles (art. 99, inc. 2º, CN).

Ahora bien, junto con dichos supuestos existen casos donde se efectúan delegaciones amplias y de carácter permanente en organismos de la administración descentralizada, sin que puedan ser encuadradas en alguna de las alternativas mencionadas.

Dentro de este último grupo entendemos que se encuadra la situación de la UIF, un ente descentralizado con autonomía otorgada por ley, que ejerce su potestad reglamentaria sin estar ajustada a los condicionamientos de la delegación legislativa previstos en el art. 76 CN.

Si bien en un primer momento la actividad reglamentaria de la UIF pudo razonablemente encuadrarse en el ejercicio del art. 99, inc. 2º, CN (47), lo cierto es que tal actividad reglamentaria ha sido lo suficientemente intensa y expansiva desde el año 2011 para exceder el cauce del referido precepto constitucional.

En efecto, la situación se adapta a una realidad medianamente ordinaria en los regímenes legislativos contemporáneos en los cuales es común la creación de entes descentralizados a los que se les encomienda, con carácter permanente, la regulación y control de un determinado ámbito de la actividad social (v.gr. Banco Central, AFIP, ANSeS, ANMAT, SSN, Superintendencia de ART, Universidades Nacionales, Entes Reguladores de Servicios Públicos, etc.) (48).

En estos casos se ha aceptado la posibilidad de encuadrar tales facultades en un régimen de delegación legislativa distinto al general (art. 76, CN), teniendo en cuenta que se trata de entes sujetos a la potestad legislativa del Congreso, que dispone su creación, le otorga sus atribuciones y competencia, le fija los parámetros y fines de su actividad y puede modificar permanentemente estas reglas de creación y funcionamiento.

Se configura, pues, un régimen de descentralización normativa distinto y complementario al de la delegación legislativa ordinaria

que se basa en dos disposiciones constitucionales como punto de referencia: los incs. 20 y 32 del art. 75 de la CN (al que se suma al art. 42, CN, para el caso específico de los entes reguladores de servicios públicos).

En un juego de tales artículos, Santiago y Thury Cornejo entienden que el inc. 32 (49) permitiría extender razonablemente la facultad reconocida en el inc. 20 (50) hasta admitir la posibilidad de la descentralización normativa de carácter permanente (51).

Coincidimos con esa perspectiva, teniendo presente que el Congreso sólo puede acudir a esta solución cuando un motivo razonable de funcionalidad aconseje tal mecanismo de creación normativa, debido a la cantidad y especialización técnica que demande la regulación de determinado ámbito de la actividad social; y dejando a salvo que el órgano legislativo continúa siendo el titular de las facultades que otorga al ente y conserva siempre la capacidad legislativa plena para modificar su organización y atribuciones, ordenar las políticas que debe seguir e instrumentar todos los mecanismos de control que considere pertinentes (52).

En un abordaje coincidente, Castro Videla y Maqueda Fourcade concluyen que al Congreso, en el marco de las competencias atribuidas por el art. 75 inc. 32 de la CN, se le ha reconocido explícitamente la potestad de valerse con racionalidad de todos los medios necesarios y adecuados para cumplir las funciones o competencias que le son expresamente atribuidas; y entre tales medidas consideran razonablemente comprendida la referida delegación de facultades legislativas (53).

Habría así dos grandes planos de la delegación: uno genérico, razonablemente implícito en lo expreso, bajo el art. 75, inc. 32 de la CN, y otro específico, previsto en el art. 76 (54).

Sobre la misma materia, Balbín también acepta que los entes autónomos creados por el legislador pueden ejercer poderes reglamentarios propios y prescindentes del Ejecutivo, siempre que el Congreso habilite ese traspaso —como sucede en el caso con las delegaciones contenidas en los arts. 14, inc. 10, 21 inc. b) *in fine*, 21 bis y ceds. de la ley 25.246— y que el presidente preste su consentimiento tácito (55) —como también ocurre en el caso—.

Debe procurarse, de cualquier modo, que el legislador fije claramente la política legislativa o estándar inteligible y se respeten los límites constitucionales aplicables a los poderes implícitos, para que pueda reputarse válida constitucionalmente la delegación (56).

En esta línea, en la jurisprudencia de la Corte Suprema existen antecedentes que convalidan delegaciones legislativas amplias y de carácter permanente, que son connaturales a los fines y funciones que tienen asignados legalmente determinados entes administrativos (57).

Entendemos que en el caso de la UIF, en tanto ente descentralizado creado por ley con independencia técnica y funcional respecto del PEN —con ausencia de control amplio (oportunidad, mérito y conveniencia) por el presidente y sus órganos subordinados (el recurso de alzada sólo es procedente por cuestiones de legalidad)—, juega un rol importante para convalidar la mentada delegación la alta especialidad técnica de la materia que maneja y la autonomía otorgada por ley (58) que responde principalmente a los estándares internacionales específicos que gravitan sobre su funcionamiento (59).

V.2.b. El principio de razonabilidad

Así como dijimos que no cualquier ejercicio del Poder de Policía es constitucionalmente válido, del mismo modo hay que decir que el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias en cabeza de la UIF no le otorga al organismo una carta en blanco para reglamentar a su antojo.

En el ejercicio de su potestad reglamentaria la UIF debe cumplir con el estándar de la razonabilidad (art. 28 CN), principio rector del Derecho enraizado con el concepto de dignidad humana (60); en particular con la regla de la proporcionalidad que exige una adecuación cuantitativa entre la finalidad perseguida con la reglamentación y las facultades que a tal efecto se confieren al organismo, de modo que no corresponde otorgar poderes materialmente innecesarios para lograr los fines que se propone alcanzar (61).

Sobre este principio, y en concreta alusión a la UIF y su punto de contacto con el secreto bancario, De la Riva ha señalado que “[c]omo siempre en el derecho, los conflictos deben resolverse prestando atención a las debidas proporciones, a fin de que el sacrificio de ciertos derechos sólo se exija en una medida adecuada y razonable, ponderada en función de los fines al servicio de los cuales tal sacrificio se requiere. Los dos términos en potencial conflicto en nuestro caso, esto es, la necesidad de dotar a los poderes públicos de instrumentos idóneos para investigar el lavado de dinero, por un lado, y la exigencia impuesta a los mismos poderes de proteger el secreto bancario, por otra, deben, entonces, pasar por el tamiz de ese mismo juicio de proporcionalidad” (62).

Se trata, pues, de un dilema difícil de abordar en términos generales para determinar de modo concluyente si la UIF cumple con esta premisa en cada una de las reglamentaciones. Desde el momento que la UIF ha dictado resoluciones específicas para cada una de las veintitrés clases de SO, habría que analizarlas individualmente de cara a cada tipo de obligación requerida en relación con el bien jurídico tutelado, estudio que excede los alcances del presente trabajo y que, en principio, sólo podría ser abordado ante un cada planteo particular.

Como sea, entendemos que el cambio regulatorio hacia el EBR trabaja en la dirección correcta y es una variante institucional que parece estar alineada con el requisito de la razonabilidad reglamentaria.

{ NOTAS }

(45) MONTERO PASCUAL, Juan José, “La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nro. 12, segundo semestre/2014, ps. 23-44.

(46) *Ibidem*, p. 36.

(47) CANDA, ob. cit., ps. 264-265.

(48) SANTIAGO (h), Alfonso - THURY CORNEJO, Valentín, “Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 474.

(49) “Art. 75.— Corresponde al Congreso:... 32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al

Gobierno de la Nación Argentina...”.

(50) “Art. 75.— Corresponde al Congreso:... 20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores y conceder amnistías generales...”.

(51) SANTIAGO, Alfonso (h) - THURY CORNEJO, Valentín, ob. cit. p. 477.

(52) Cfr. SANTIAGO (h), Alfonso - THURY CORNEJO, Valentín, ob. cit., p. 482.

(53) CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, ob. cit., ps. 176-177.

(54) CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, ob. cit., ps. 176-177 con cita de SPOTA, Alberto, “Límites y alcances del ejercicio de los

poderes implícitos del Congreso de la Nación en relación a la forma republicana de gobierno”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 76, enero-diciembre, Buenos Aires, 2001, p. 136.

(55) Cfr. BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. II, ps. 168 y ss.

(56) Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, ob. cit., p. 194.

(57) Fallos 166:264; 303:1776; 310:418; 313:1513.

(58) No obstante ello, entendemos que para que dicha autonomía se viera realmente reforzada y blindada de las presiones que puedan provenir del oficialismo de turno, debería reformarse el mecanismo de nombramiento y remoción de las autoridades del organismo y contarse con una mayor autonomía presupuestaria.

(59) Recomendación nro. 29 del GAFI.

(60) CASSAGNE, Ezequiel, “El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND Héctor - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - LIMA, Fernando J. - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 689.

(61) SANTAMARINA PASTOR, Juan A., “Principios de derecho administrativo”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2ª ed., vol. II, p. 262.

(62) ORSELLI, Claudia - DE LA RIVA, Ignacio M., “El lavado de dinero: límite de las atribuciones de la Unidad de Información Financiera”, RDA 2003-46-954; AP/DOC/3211/2012.

V.2.c. El principio de igualdad

La normativa de la UIF también debe cumplir con el estándar de la igualdad. En tesis general, y según lo ha definido la Corte Suprema en reiterados precedentes, el principio de igualdad que garantiza la Constitución exige “que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias” (63). Para el alto tribunal, la igualdad ante la ley reclama “iguales derechos frente a hechos semejantes” (64) o igual trato siempre que las personas “se encuentren en idénticas circunstancias o condiciones” (65).

Entendemos que este principio se encuentra cubierto en el caso de la UIF, cuando vemos que es el Congreso el que ha establecido cuáles son los sectores objeto de regulación y control por el organismo; y donde dentro de cada una de las reglamentaciones específicas se da un trato igualitario a los SO, con distinciones que están basadas en determinadas actividades específicas que se encuadran dentro de las llamadas *distinciones valederas* (66) que responden a un “discreto criterio valorativo” (67), aunque su fundamento pueda ser opinable (68).

V.2.d. El principio de eficiencia

Como un desprendimiento del requisito de la razonabilidad y proporcionalidad, otra exigencia constitucional que debe cumplirse a la hora de reglamentar derechos (particularmente cuando estamos frente a derechos individuales fundamentales) es que el Estado debe escoger, entre los distintos medios posibles, aquellos que resulten más eficientes.

Los americanos se preguntan si es posible acceder a una política de *compliance* en AML eficiente y para ello analizan las nuevas herramientas tecnológicas disponibles; en particular las promesas de la *Artificial Intelligence Solutions* para transformar el monitoreo de operaciones (69).

En España, por su parte, analizan la eficiencia del sistema de PLA/FT a partir del examen de las cargas impuestas a las entidades privadas y los gastos que estas soportan; y si ello tiene relación con el número de condenas por blanqueo de capitales.

Se llega en este sentido a tres conclusiones:

(i) En primer lugar, que el endurecimiento de la legislación y reglamentación contra el LA/FT incrementa de manera sustancial los costes del cumplimiento normativo para los SO;

(ii) A su vez, que existen determinados efectos intangibles del sistema de PLA/FT, de disuasión de potenciales delincuentes, cuya medición es prácticamente imposible (70);

(iii) Finalmente, que al día de hoy no existe un método preciso para determinar si el sistema de lucha contra el blanqueo de capitales es eficaz para lograr sus objetivos (71).

En Argentina, como en España, no existen estudios estadísticos que permitan medir la eficiencia y/o eficacia del sistema preventivo en relación con los costos que demanda. Las

normas sobre PLA/FT persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos, lo cual conlleva un resultado difícil de cuantificar.

A su vez, es arduo fijar los indicadores a utilizar para una posible medición, que pueden ir desde el número de condenas por el delito de blanqueo, hasta la cuantía de bienes decomisados o incluso las sanciones administrativas impuestas o el número de reportes de operaciones sospechosas recibidos por la UIF.

Para comenzar a trabajar en este sentido, podría la UIF destinar mayores recursos a un área de análisis estratégico que le permita planificar un trabajo de mediano plazo, con el objetivo de reunir mediciones y estadísticas sobre las variables determinantes para analizar la conducta de los SO en relación con las políticas de PLA/FT y los efectos que en ella provocan las distintas acciones y medidas que va adoptando el organismo en su desempeño.

VI. El cambio de paradigma en el sistema de PLA/FT: desde un enfoque de cumplimiento técnico a un enfoque basado en riesgos

El aspecto más trascendente del modelo de PLA/FT en la actualidad en nuestro país está dado por el cambio regulatorio que se viene dando desde un enfoque de cumplimiento técnico hacia uno basado en riesgos, por medio del cual se pretende eficientizar el sistema de cara a las obligaciones a cargo de los SO.

Como veremos, se trata de un verdadero cambio de paradigma que alinea el marco reglamentario de la UIF con los estándares internacionales. A su vez el cambio de enfoque tiene impacto en las bases constitucionales del sistema, pues se busca una mayor proporcionalidad entre medios y fines, con una meta clara de efectividad y eficiencia.

VI.1. Breve referencia sobre el origen y alcances del enfoque basado en riesgos según GAFI

La adopción de un EBR como directriz principal en materia de PLA/FT fue el corolario de una serie de revisiones a los estándares internacionales dictados por el GAFI que a partir del año 2007, con la publicación de la *Guía del Enfoque Basado en Riesgos para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo del GAFI*, considera como principio para abordar la lucha contra el LA/FT la implementación de un enfoque que permita a los países, antes competentes en supervisión y sujetos obligados, asignar recursos de manera más eficiente según su exposición a los riesgos de LA/FT.

En esa línea, en el año 2012 el GAFI emitió las nuevas *40 Recomendaciones* que implicaron un radical cambio de paradigma en materia de PLA/FT, que puso mayor énfasis en la prevención de los verdaderos riesgos por sobre un enfoque de cumplimiento más formalista.

En resumida síntesis, el EBR importa el deber por parte de los países, autoridades competentes y SO de identificar, evaluar y entender los riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos y adoptar las medidas adecuadas para mitigarlos de manera efectiva, poniendo énfasis en aquellos casos donde se

haya observado un mayor riesgo y aplicando medidas simplificadas en aquellos otros que representen un riesgo menor (72).

La razón de ser de las nuevas pautas rectoras parte del entendimiento de que no hay sujeto que se encuentre en mejores condiciones de conocer los riesgos de su utilización con fines de LA/FT que el propio sujeto obligado. Ello, toda vez que es la propia entidad la que tiene un conocimiento acabado de su negocio, los productos que ofrece, los clientes con los que opera, las áreas geográficas en las que desarrolla su actividad y los canales de distribución que utiliza y, en ese sentido, permitir que los recursos que deben volcarse en el sistema de PLA/FT estén orientados a las actividades y transacciones realmente riesgosas, limitando gastos ineficientes.

VI.2. El cambio regulatorio en el sistema de PLA/FT argentino

Conscientes del retraso existente en la materia y de la necesidad de adaptar el sistema argentino de PLA/FT al nuevo estándar, en el informe de gestión del año 2016 presentado por la UIF ante el Congreso Nacional (73), las nuevas autoridades del organismo destacaron: “...la nueva gestión de la UIF dejó de lado el enfoque represivo y formalista sustituyéndolo por un enfoque preventivo y de colaboración, requiriendo del sistema un comportamiento ajustado a un Enfoque Basado en Riesgos (EBR), tal como lo requieren los estándares internacionales” (74).

En tal sentido resaltaron que para sortear con éxito los desafíos de la próxima evaluación mutua sobre el país que tendrá lugar en 2022, deben encararse reformas legislativas y reglamentarias que permitan adaptar la normativa y ordenar el esfuerzo estatal hacia la implementación del sistema conforme a un EBR. En esas líneas, destacaron que es fundamental que se lleve a cabo la postergada Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (la Argentina es el único país de la región que no ha realizado aún su evaluación nacional de riesgos) (75).

Cumpliendo con dicha premisa, el organismo inició la adecuación del marco regulatorio a los estándares y mejores prácticas internacionales, con el objetivo de migrar hacia un marco regulatorio que le permite al SO y a la propia UIF hacer un uso más eficiente de los recursos de cara a la prevención de LA/FT. En ese marco, se han dictado las res. UIF 30-E/17, 21/2018 y 28/2017 que regulan los sectores de entidades financieras, mercado de valores y seguros; y según ha informado el propio organismo, se prevé que sigan saliendo nuevas resoluciones a fin de ir incorporando progresivamente el EBR a toda la normativa aplicable a los SO (76).

La obligación de orientar las tareas en línea con el EBR también impacta en la dinámica interna de la UIF; por ejemplo, durante el 2017 se elaboró la primera matriz de riesgo sectorial de APNFD para la ejecución de supervisiones con un EBR, que se utiliza para determinar las supervisiones a ejecutar a partir de la identificación de los sectores y SO vulnerables, y direccionar los recursos hacia la mitigación de los mayores riesgos.

VI.3. La efectividad y la eficiencia como metas del sistema de PLA/FT

Como hemos visto, la búsqueda de eficiencia de la normativa UIF es también un requisito constitucional que se desprende del principio de razonabilidad y tiene un interés especial en un ámbito donde la carga reglamentaria es intensa; y en algunos casos supone la asunción por parte de los SO de costos económicos muy altos.

Por nuestra parte, consideramos que el EBR es un enfoque que permite alinear las exigencias regulatorias con criterios de eficacia en un escenario donde ello resulta imprescindible para racionalizar los costos que demanda la implementación del esquema de PLA/FT.

Stephen Holmes y Cass Sunstein en su obra “El costo de los derechos (Por qué la libertad depende de los impuestos)” (77) analizaron la relación que existe entre el reconocimiento de derechos individuales y los fondos presupuestarios que se necesitan para garantizarlos. Una de las conclusiones que derivan de su estudio (tal vez la más obvia) es que los derechos cuestan dinero y que, por lo tanto, las libertades privadas tienen costos públicos (78).

En función de ello, poniendo en valor la idea de “costo de oportunidad”, destacaron que la definición de los derechos como inversiones públicas debería estimular a los teóricos del Derecho a considerar si su exigibilidad no sólo ha sido válida y prudente, sino también correctamente asignada respecto de otras opciones para destinar los recursos públicos.

Utilizando la misma lógica de pensamiento podría señalarse que, así como es cierto que muchas de las libertades privadas tienen costos públicos, también lo es que muchas de las reglamentaciones públicas tienen costos privados y es necesario tener en consideración los costos de oportunidad del cúmulo de obligaciones impuestas a los SO para cumplir con el sistema de prevención bajo las premisas de eficiencia y efectividad.

Como sostiene la escuela del nuevo derecho económico, no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos, sino que es necesario contar con el contenido económico; entre otros conceptos se alude al criterio de *eficiencia*, como uno de los tópicos esenciales del mentado análisis económico (79).

De acuerdo con todo lo anterior, entendemos que el EBR otorga herramientas al organismo regulador para alcanzar un sistema de PLA/FT que, en búsqueda de la eficiencia, tome en cuenta los costos de implementación de las medidas de cumplimiento para que éstas se encuentren en equilibrio con los beneficios buscados y que puedan realmente ser alcanzados.

VI.4. Aspectos jurídicos relevantes a tener en cuenta ante la entrada en vigencia de las nuevas normas UIF con EBR

El escenario planteado por las nuevas normas que rigen el sistema de PLA/FT para entidades financieras, mercado de valores y sector de seguros (80), así como las de otros sectores

{ NOTAS }

(63) CS, Fallos 312:826; 312:851.

(64) CS, Fallos 295:937.

(65) CS, Fallos 312:615.

(66) CS, Fallos 312:1148.

(67) CS, Fallos 300:984.

(68) CS, Fallos 308:857.

(69) CARUSO, David, “Is AML Efficiency Really Possible”, en <https://transparint.com/blog/2017/06/20/is-aml-efficiency-really-possible/> (fecha de consulta: 20/06/2018).

(70) BLANCO CORDERO, Isidoro, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del

cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, *Eguzkilore*, nro. 23, San Sebastián, diciembre de 2009, p. 118.

(71) Esta conclusión fue compartida por funcionarios de instituciones internacionales líderes en la lucha contra el blanqueo, como son el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial Carrington/Shams, 2006 (cfr. BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 126).

(72) *Guía del Enfoque Basado en Riesgo para el Sector Bancario*, GAFI.

(73) De acuerdo con lo establecido en el art. 15, inc. 1º, de la ley 25.246, la UIF tiene la obligación de rendir cuen-

tas anualmente al Honorable Congreso de la Nación acerca de la actividad del organismo desarrollada durante cada año calendario. Los informes de gestión de los distintos años pueden ser consultados en el siguiente *link*: <https://www.argentina.gob.ar/uiif/informes-de-gestion>.

(74) Informe de Gestión UIF del año 2016, p. 26.

(75) Informe de Gestión UIF del año 2016, p. 21.

(76) Informe de Gestión UIF del año 2017, p. 24.

(77) HOLMES, Stephen - SUNSTEIN, Cass R., “El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

(78) HOLMES, Stephen - SUNSTEIN, Cass R., ob.

cit., ps. 241 y 244.

(79) Dicho fenómeno fue advertido en el país por la Corte Suprema que, reconociendo la existencia de conceptos de índole económico en la Constitución Nacional que requerían una ponderación que exceda lo estrictamente jurídico a fines de dar soluciones razonables, creó una oficina específica para el análisis económico de las sentencias del alto tribunal (acordada CS 36 del 09/09/2009).

(80) Las tres normas mencionadas establecieron un “Plan de Implementación” mediante el cual se previó la entrada en vigencia de las nuevas obligaciones de gestión de riesgos de forma progresiva, permitiendo a los

de SO que puedan acoplarse en el futuro presenta una serie de aspectos jurídicos relevantes que deben ser analizados. Veamos:

VI.4.a. Convivencia armónica entre exigencias de cumplimiento formal y de gestión de riesgos

En primer lugar corresponde tener presente que las nuevas normas UIF con EBR no prescindan, al regular el sistema de PLA/FT, del componente de cumplimiento formal. De hecho, la nueva reglamentación se estructura sobre ambos pilares.

Al definir el “Sistema de Prevención de LA/FT” las nuevas normas expresamente establecen que los SO deben implementar un Sistema de PLA/FT que contenga todas las políticas, procedimientos y controles establecidos para la Gestión de Riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos y los elementos de cumplimiento exigidos por la normativa vigente (81).

Es importante comprender, por tanto, que el EBR no ha venido a suprimir el enfoque de cumplimiento formal o técnico, sino que su finalidad es otorgarle mayor eficiencia al sistema procurando que dichos requisitos formales se realicen en mayor medida e intensidad en los casos de mayores riesgos, evitando un despliegue desproporcionado ante situaciones que no lo ameriten.

VI.4.b. Los conceptos jurídicos indeterminados que integran la nueva normativa UIF con EBR

Otro de los aspectos jurídicos trascendentes del nuevo marco reglamentario de la UIF tiene que ver con la incorporación de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que son inmanentes a la nueva perspectiva que proporciona el EBR.

Así vemos que en las nuevas normas se echa mano, entre muchas otras, a fórmulas como las siguientes: “...apropiados para los niveles de Riesgo Alto...” (82); “...acorde con la naturaleza y dimensión de su actividad comercial...” (83); “...mecanismos adecuados y eficaces para la mitigación de los mismos...” (84); “...Debida Diligencia razonables con un Enfoque Basado en Riesgos” (85); “...monitorear apropiadamente y en forma oportuna la ejecución de operaciones y su adecuación al perfil transaccional de sus clientes y su nivel de riesgo asociado” (86).

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido entendida como una limitación a la doctrina de la discrecionalidad, como ámbito exento del control judicial, al permitir el juzgamiento amplio de decisiones administrativas que consisten en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo. A diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del derecho que consiste, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa (87).

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de referirse al tema en el fallo “Spinosa Melo” (88), donde se discutía el alcance del escrutinio in-

terpretativo sobre una infracción al estándar de la “honorabilidad” de un integrante del servicio de relaciones exteriores. Allí la Corte destacó que el razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria no significa que ella estuviera exenta de brindar las razones concretas en virtud de las cuales consideró que la concurrencia del actor a espectáculos de variedades configuraba, *per se*, una afrenta al honor incompatible con la conducta de un diplomático y al adecuado funcionamiento del servicio exterior.

En tal sentido, sostuvo el alto tribunal que “...la indeterminación del concepto de honorabilidad previsto en el art. 11 de la ley 20.957 de servicio exterior de la Nación no habilita implícitamente al órgano sancionador a llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio” (89).

A su vez, la Corte ha fallado recientemente en un caso relativo a la UIF (90), donde se cuestionaban determinados preceptos de la normativa en PLA/FT aplicable a los escribanos públicos por supuesta violación al principio de legalidad. Los accionantes denunciaron que no se habrían brindado pautas objetivas para determinar en qué casos una operación puede ser considerada sospechosa de encubrir LA/FT.

Al fallar en el caso, el voto de mayoría de la Corte ha entendido que el art. 19 de la CN exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, pero que ello no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige (91).

En tal sentido afirmó que resulta de vital importancia ponderar en cada caso las circunstancias relevantes singulares que conciernen a las reglamentaciones, a fin de evaluar su conocimiento efectivo por parte de los administrados que deben adecuar su conducta a ellas y atender a las características concretas de sus destinatarios (en este caso, los escribanos).

Así sienta como doctrina que tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le es posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo (92).

Concluye el alto tribunal que “...la mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica violación del principio de legalidad penal, ya que no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (CS, Fallos 329: 3617), el cual se encuentra constreñido por el principio de razonabilidad” (93).

En la construcción de su decisión el voto de mayoría se detuvo en la particularidad de la normativa proveniente de la UIF, teniendo en cuenta:

(i) El contexto del sistema de prevención de lavado de activos, donde resulta, por definición, imposible a la autoridad prever con anticipación todos los supuestos de sospecha vinculados a operatorias naturalmente esquivas a la fiscalización estatal (94);

(ii) Que la normativa responde al fenómeno de la criminalidad transnacional abordada por diversos instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país (95);

(iii) Los conocimientos técnicos y experiencia profesional de los destinatarios de la norma que los ubica en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad a la hora de indagar cuándo una transacción tiene indicios de vinculación con el lavado de activos y la financiación del terrorismo (96); y

(iv) Que, a todo evento, el art. 19 de la normativa impugnada enuncia una lista de dieciséis hipótesis que sirven para delimitar el concepto de inusualidad y sospecha con la claridad necesaria para que los escribanos públicos actúen en consecuencia (97).

VII. Conclusión

En el presente trabajo hemos intentado describir de forma general el funcionamiento del sistema preventivo a cargo de la UIF, profundizando en el análisis de sus bases constitucionales atento a las amplias competencias de policía asignadas al organismo y la estrecha vinculación que tiene con el ejercicio de determinadas libertades individuales.

En esa tarea hemos propuesto una tipificación de las particularidades que caracterizan la relación entre la UIF y los Sujetos Obligados, siempre bajo la convicción de que es necesario encontrar un balance que permita armonizar las reglas y valores jurídicos en juego, en tanto sin la efectiva colaboración de los sujetos privados —poseedores de información privilegiada— no resultaría factible luchar de manera efectiva contra el LA/FT o, peor aún, implicaría una tática aceptación a que el dinero ilícito que circula por el mundo encuentre en la Argentina una plaza apetecible para ser introducido en la economía formal.

Se trata, como hemos visto, de un terreno de juego sensible, donde la prudencia de los funcionarios y actores de turno es un recurso vital pero insuficiente. La actual gestión de la UIF lleva trazado un arduo y meritorio camino en la búsqueda de encauzar el funcionamiento del organismo bajo las premisas del *rule of law*. Sin embargo, la prudencia del funcionario de turno, como virtud esencialmente humana, debe encontrarse siempre subordinada a un sistema de reglas legales que se rijan entre sí, conforme a preceptos jurídicos compatibles con el mandato constitucional, y que no dejen lugar al arbitrio o el capricho con que un actor pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempeño (98).

Hemos visto, pues, que la UIF —al igual que otros organismos descentralizados de similar naturaleza— ejerce una potestad reglamentaria intensa que en determinadas materias, teniendo en cuenta la complejidad de los esquemas de cumplimiento en PLA/FT, puede avanzar sensiblemente sobre derechos constitucionales de los SO y que, además, se complementa con amplias competencias en materia de supervisión y sancionatoria.

Frente a esa realidad, si bien hemos destacado que el sistema preventivo de la UIF cumple con las premisas constitucionales que rigen el funcionamiento de un organismo de sus especiales características, a fin de evitar posibles cuestionamientos acerca de los bajos niveles de representatividad democrática y control de la opinión pública que presenta la facultad reglamentaria en cabeza de un ente descentralizado del Poder Ejecutivo, y de esta forma fortalecer la institucionalidad y previsibilidad del funcionamiento de la Unidad, consideramos que el Congreso Nacional, en una eventual reforma de la ley 25.246, debería avanzar en una delimitación más detallada y exhaustiva de los aspectos medulares que configuran cada una de las áreas de actuación de la UIF; en particular del sistema preventivo y de las materias de mayor interacción con los actores privados.

Finalmente, como hemos señalado en el último capítulo del trabajo, nos parece loable el viraje regulatorio que está siendo encarado por las actuales autoridades del organismo, en línea con los estándares internacionales que rigen en la materia, cuya meta final es reconfigurar la carga regulatoria en materia de PLA/FT con una mayor atención a los principios de eficiencia y efectividad.

Como en todo cambio de paradigma en materia jurídica (99), habrá que ser cuidadosos en el proceso de implementación y puesta en funcionamiento de la nueva normativa, otorgando a los SO un marco razonable de acción que les permita alcanzar el cumplimiento exigido a la mayor brevedad posible, de forma coordinada y con el apoyo de la propia UIF.

Cita on line: AR/DOC/538/2019

MÁS INFORMACIÓN

Grisetti, Ricardo, “La reforma de la Unidad de Información Financiera”, LA LEY 2018-B, 752, AR/DOC/333/2018.

Di Blasio, Yanina, “¿Le incumbe a la Unidad de Información Financiera querellarse criminalmente?”, LA LEY 2017-C, 897, AR/DOC/1409/2017

LIBRO RECOMENDADO

Tratado de Compliance (Ebook+Papel)
Directores: Morales Oliver, Gustavo L., Saccani, Raúl R.,
Edición: 2018
Editorial: LA LEY

{ NOTAS }

SO la adaptación de sus sistemas en un plazo razonable.
(81) Art. 3º de las res. UIF 30/2017, 21/2018 y 28/2018.
(82) Art. 2º, inc. g), de la res. UIF 28/2018.
(83) Art. 4º de la res. UIF 28/2018.
(84) Art. 6º de la res. UIF 28/2018.
(85) Art. 34 de la res. UIF 28/2018.
(86) Art. 37 de la res. UIF 28/2018.
(87) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, 9ª ed., t. 1, ps. 451 y ss.; SAINZ MORENO, Fernando, “Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, Ed. Civitas, Madrid, 1976, 1ª ed., ps. 234 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo”, RAP, nro. 38, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962; ENTRENA CUESTA,

Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 9ª ed., t. I-1, ps. 176-177.

(88) Fallos 329:3617.

(89) Del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni.

(90) Fallo de la CS, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c. PEN s/ sumarísimo”, sent. del 04/09/2018, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Rosatti y Maqueda y las disidencias de los jueces Lorenzetti y Rosenkrantz. En su disidencia, Lorenzetti sentó principios muy fuertes en contra de la normativa UIF analizada en el caso. Entre otras afirmaciones, señaló que “...resulta importante resaltar que la normativa precedentemente citada exige que se informe una operación sospechosa, conforme con los usos y costumbres, lo cual obliga a los escribanos a realizar un juicio que excede su función y ubica, además, a los terceros en

una posición dependiente de su discrecionalidad...”. A su vez, refiriéndose al alcance de los “conceptos jurídicos indeterminados” sostuvo: “debe señalarse que la técnica utilizada en la redacción de las normas impugnadas acude a una importante cantidad de conceptos jurídicos indeterminados —tales como ‘usos y costumbres’, ‘experiencia e idoneidad’, ‘buena fe’— los que, en principio, atentan contra la especificidad y objetividad necesaria en este tipo de disposiciones jurídicas”.

(91) Cita la Corte el precedente “Apaza, León Pedro Roberto c. EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo”, sentencia del 08/05/2018, voto del juez Rosatti.

(92) Cita CS, Fallos 246:345; 311:2453; 328:940.

(93) Consid. 11 del voto de la mayoría.

(94) Consid. 13 del voto de la mayoría.

(95) Consid. 13 del voto de la mayoría.

(96) Consid. 14 del voto de la mayoría.

(97) Consid. 13 del voto de la mayoría.

(98) Cfr. DALLA VÍA, Alberto R., “Manual de Derecho Constitucional”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 329.

(99) Como enseña Cassagne, el concepto de *paradigma*, usualmente empleado para captar las revoluciones científicas que operan en el campo de las ciencias físicas y naturales, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones (CAS-SAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios...”, cit., ps. 41-42 con cita de KUHN, Tomás, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. del inglés, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002, ps. 268 y ss.).


NOTA A FALLO

Oficialización de la candidatura del gobernador de Río Negro

Candidato que ocupa el cargo de gobernador y que anteriormente lo asumió por acefalía. Posibilidad de reelección. Interpretación de la Constitución provincial. Art. 19 de la Constitución Nacional. Libertad de un partido político de proponer candidatos. Revocación de la sentencia del Tribunal Electoral provincial

Hechos: *El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro revocó la sentencia del Tribunal Electoral provincial y reenvió los autos a este último para que oficialice la candidatura del actual gobernador provincial, quien se postulara al cargo por la Alianza Electoral Transitoria "Juntos Somos Río Negro".*

1.- Quien fue electo vicegobernador de la provincia de Río Negro y reemplazó al titular del Poder Ejecutivo provincial puede ser electo gobernador y, eventualmente, reelecto en ese cargo en forma conse-

cutiva por una única vez, pues no se advierte una situación comprendida expresamente en los supuestos prescriptos por el art. 175 de la Constitución provincial como impedimento a la reelección como tal, máxime cuando una solución contraria vulnera la soberanía popular.

2.- La sentencia del Tribunal Electoral de la Provincia de Río Negro que decidió no oficializar la candidatura a gobernador de la Provincia de Río Negro del actual gobernador, quien anteriormente, siendo vicegobernador, había ocupado aquel cargo por acefalía, debe revocarse, pues aquél crea un supuesto inhabilitante que no está en el texto del art. 75 de la Constitución provincial, arrogándose facultades constituyentes.

3.- En un caso donde se discute la posibilidad de reelección de un candidato a gobernador de la Provincia de Río Negro que ocupa actualmente ese cargo y que anteriormente, siendo vicegobernador, lo ocupó en caso de acefalía, resulta de entera aplicación el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que el caso involucra la libertad de la institución *partido político* de proponer candidatos y el proceso de habilitación de un ciudadano para tal

cometido, por lo que todas las garantías y los principios son de obligado análisis y, de corresponder, de entera aplicación.

4.- La sentencia del Tribunal Electoral de la Provincia de Río Negro que rechazó la candidatura del actual gobernador provincial para postularse nuevamente en el cargo, interpretando que aquél ya había ocupado el Poder Ejecutivo provincial cuando, siendo vicegobernador, ocupó aquel cargo por acefalía, debe revocarse, pues el Poder Ejecutivo sólo es ejercido por el gobernador, y no existe en la Constitución provincial el espíritu de "fórmula" o "binomio", como sí ocurre en la Constitución Nacional.

5.- El art. 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro contempla dos supuestos diferentes con las expresiones "reelectos" o "sucederse recíprocamente", pues la conjunción disyuntiva "o" inserta en su texto permite comprender sin ambages que se puede estar en una situación o en la otra, pero no en ambas a la vez, porque no es una disyunción inclusiva.

6.- Cuando el art. 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro alude a la reelección se refiere al mismo cargo para el que antes fue elegido el candidato, ya que

esta interpretación es la que concuerda con un análisis armónico y sistémico de la Constitución provincial y desentraña también el alcance de la limitación impuesta en el mismo artículo.

7.- La sentencia del Tribunal Electoral de la Provincia de Río Negro que, en ocasión de evaluar la posible candidatura a gobernador de quien ejerce actualmente el cargo, interpreta que gobernador y vicegobernador integran el Poder Ejecutivo provincial debe revocarse, pues ello no sólo implica desconocer la tríada republicana, sino también consentir la vulneración de la división de poderes y, para mayor desacierto, ignorar la tarea reformadora del constituyente.

121.780 — ST Río Negro, 06/03/2019. - Incidente de impugnación de candidatura en autos: Alianza Electoral Transitoria Juntos Somos Río Negro s/ oficialización lista de candidatos (elecciones provinciales 07/04/2019) s/apelación.

[Cita on line: AR/JUR/177/2019]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Impedimento constitucional de la re-reelección como gobernador en Río Negro

Luis Pravato(*)

SUMARIO: I. Antecedentes del caso.— II. Principales argumentos del TEP.— III. Síntesis del fallo del ST Río Negro.— IV. Comentario.— V. A modo de conclusión.

I. Antecedentes del caso

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (en adelante, ST Río Negro) hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Alianza "Juntos Somos Río Negro" contra la sentencia 12/19 dictada por el Tribunal Electoral provincial (en adelante, TEP), revocándola y, en consecuencia, habilitando y oficializando la candidatura del Sr. Alberto E. Weretilneck, en los términos de los arts. 152 y ccds. de la ley O-2431.

El actual gobernador de la provincia de Río Negro, Alberto Weretilneck, que ocupa el cargo desde el 01/01/2012, por los períodos 2011/2015 y 2015/2019, en el que fue reelegido, se postuló a un tercer período para las elecciones provinciales convocadas para el próximo 07/04/2019 (1).

II. Principales argumentos del TEP

Para llegar a tal decisión, el TEP consideró:

— No rige el principio del art. 19 de la CN, del cual se infiere que todo lo no prohibido está permitido, pues se trata de la organización del poder.

— Indicó que no está en juego el derecho al sufragio activo, sino el pasivo (postularse para ser elegido), determinado por condiciones de elegibilidad, en cuyo mérito el principio de libertad de candidatura sufre algunas excepciones.

— Precisó que el vicegobernador, no obstante presidir la Legislatura (art. 182, inc. 2º, en consonancia con el art. 131, Constitución provincial), forma parte del Poder Ejecutivo.

— Agregó que esa característica dada por el ordenamiento constitucional, armonizada con el debate convencional constituyente, abona la concepción sostenida por las agrupaciones impugnantes, en cuanto a que el binomio gobernador y vicegobernador constituye una "fórmula" o

modo de bloque o de unidad, en tanto uno (vicegobernador) acompaña a otro (gobernador).

— Expresó que el art. 125 de la ley O-2431, al instituir respecto de la elección de gobernador y vicegobernador que "serán electos por fórmula completa", simplemente reglamenta los arts. 170 y 173 de la Constitución provincial acerca de dicha circunstancia (elección y su modalidad).

— Señaló que la Constitución de la provincia ha fijado la duración del mandato en 4 años (art. 174) y se permite una reelección o sucesión recíproca por un nuevo período y por una sola vez (art. 175), y que sólo puede interpretarse que, mientras la primera es una regla, la segunda alternativa fijada por el párr. 1º del art. 175 se alza, desde su nacimiento, como una excepción reglada a aquélla, siendo por ello de interpretación restrictiva.

— Sostuvo que, en el caso, no genera ninguna duda, como lo reconoce la propia agrupación política cuyo candidato a gobernador fuese impugnado, que desde la literalidad de la norma en cuestión quedarían contemplados tres supuestos: a) que el gobernador sea reelecto como tal por un nuevo período; b) que el vicegobernador sea reelecto como tal por un nuevo período, y c) que haya una inversión o enroque de los cargos, de forma tal que recíprocamente el gobernador ocupe el lugar del vicegobernador y éste el de aquél. Pero para las alianzas impugnantes basta también con que quien resulte electo vicegobernador haya sido luego —y por otro período— electo como gobernador.

— Según los lineamientos de interpretación que desarrolló, y advirtiendo que se

trata de una norma organizativa de uno de los Poderes del Estado, el Ejecutivo, en cuyo seno se generan a modo de bloque las figuras de gobernador y vicegobernador, y teniendo en consideración el dictamen 91 de la Convención Constituyente, que señaló la "...posibilidad de reelección de ambos funcionarios, del gobernador y del vicegobernador (...)" por una sola vez" (ver Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Provincia de Río Negro, del 04/04/1988, ps. 14 y 15), entendió que "debe comprender ambos cargos, como lo que es, una fórmula".

— Rechazó la interpretación efectuada por la "Alianza Juntos Somos Río Negro" al esgrimir que el caso del Sr. Weretilneck claramente no encuadra en ninguna de las situaciones limitativas previstas por la norma actual, porque consideró que resulta ilógica en tanto permite avalar que quien ha sido elegido primero vicegobernador y luego gobernador se encuentre habilitado y, por ende, en mejor condición que aquel que hubiera sido reelecto consecutivamente en la figura de vicegobernador.

— Destacó que si no se inhabilitara la candidatura del Sr. Alberto Weretilneck se "posibilitaría acceder a un tercer mandato a quien ostenta más antecedentes en la línea gubernamental que un vicegobernador, por haber sido elegido vicegobernador y gobernador sucesivamente y de modo continuo", lo que —entendió— quebranta la razonabilidad de la norma.

— Añadió que, de adoptarse la interpretación pretendida por la "Alianza Juntos Somos Río Negro", se estaría aceptando la eventualidad de que, a futuro, baste variar

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (UNLP). Magíster en Estudios Políticos (UNR). Especialista en Derecho Penal (UNPSJB). Profesor asociado regular (UNCOMA). Ex fiscal de Estado adjunto de Río Negro.

(1) El 10/12/2011, por el período 2011/2015, asume

como gobernador de Río Negro Carlos Soria, siendo acompañado como vicegobernador por Alberto Weretilneck. El 01/01/2012, tras la trágica muerte del gobernador Carlos Soria, asume el Poder Ejecutivo provincial el entonces vicegobernador, Alberto Weretilneck.

un solo integrante de la fórmula gobernador-vicegobernador, alternando a una persona como vicegobernador o gobernador, para justificar su mantenimiento en el ejercicio del Poder Ejecutivo, en franca violación a la intención del constituyente.

— Sostuvo que la interpretación realizada mal puede resultar proscriptiva, pese a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, por cuanto no conculca el derecho de ser elegido, en tanto sólo impone una temporal y acotada espera en aras de la alternancia en el poder y la periodicidad en la renovación de las autoridades, como impronta de la democracia y del sistema republicano de gobierno.

— Recalcó que la reelección no es un derecho humano, propiamente dicho, de los candidatos ni de los votantes (Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, conocida como “Comisión de Venecia”) y que, como jueces electorales, les cabe el resguardo de la voluntad popular expresada en un debido proceso electoral ajustado al derecho aplicable y en especial al marco constitucional que en esencia debe actuar como mecanismo de precompromiso o autorrestricción.

— Concluyó que, al haberse juzgado que basta con el ejercicio sucesivo y continuado de los cargos de vicegobernador y gobernador para quedar incurso en la causal de ilegitimidad que instituye el párr. 2º del art. 175 de la Constitución provincial, deviene irrelevante pronunciarse acerca de la incidencia de la cobertura por acefalía del cargo de gobernador por parte del impugnado y, por ende, en torno a la pertinencia o no de aplicar al presente el precedente “Fellner”.

III. Síntesis del fallo del ST Río Negro

El ST Río Negro habilitó al gobernador, Alberto Weretilneck, en su candidatura por un nuevo mandato, revocando el fallo del TEP. Los jueces entendieron que la limitación a la reelección se “refiere al mismo cargo para el que antes fue elegido” y reafirmaron que el mandatario cumple con un primer mandato.

La resolución del Máximo Cuerpo Judicial provincial tuvo una única fundamentación y votación de los jueces Adriana Zaratiegui, Sergio Barotto, Enrique Mansilla y Liliana Piccinini. El juez subrogante Marcelo Valverde —en reemplazo de Ricardo Apcarián— se abstuvo.

El fallo del ST Río Negro se concentró en los siguientes argumentos:

— El debatido art. 175 se debe interpretar y no puede analizarse en forma aislada. “Sin interpretación no hay posibilidad de que funcione en la práctica ningún orden jurídico”. Luego, afirma que la Constitución “debe analizarse como conjunto”, pues es “una estructura sistemática” y “debe cuidarse no alterar su equilibrio”, vinculando al art. 175 con otros siete artículos (1º, 2º, 170, 173, 174, 175 y 180).

— El Ejecutivo sólo lo integra el gobernador. Negarlo es “desconocer la triada republicana”, “consentir la vulneración de la división de poderes” e “ignorar la tarea reformadora del constituyente”. Redunda en que el art. 170 expresa que el Ejecutivo “es ejercido por un ciudadano”. Considera que la

definición del TEP de una “faena armonizante”, poniendo al vice en ese Poder, “resulta equivocada”.

— No hay fórmula. La Constitución equipara al vice, con “iguales requisitos”, para permitir su reemplazo si resultara necesario. Alude a que el Código Electoral “no modifica el diseño” de la Carta Magna al plantear una fórmula, sino que “sólo reglamenta” el art. 170 en referencia a su elección al mismo tiempo”.

— La limitación del art. 175 corresponde al cargo. Al aludir a la reelección se “refiere al mismo cargo para el que antes fue elegido” y, así, “concuera con un análisis armónico y sistemático”. Entiende que el TEP “crea un cuarto supuesto” de impedimento, considerado cuando alguien “electo vice en un período luego fue electo gobernador por otro período inmediato. Esta hipótesis no está contemplada” en el art. 175.

— El caso es excepcional y la habilitada reelección es por única vez. La Constitución provincial “no ha previsto impedimento ni prohibición para ser elegido y reelegido en el mismo cargo” en un “reemplazo del gobernador por acefalía”. Ratifica que, que en este caso, Weretilneck “puede ser electo gobernador y eventualmente reelecto en ese cargo, en forma consecutiva, por una única vez”. Por eso, destacaron que se mantiene la alternancia y la República. “La elección, reelección y ejercicio de la función de gobernador está contenido en un sistema equilibrado” y “no altera de manera alguna el espíritu republicano” y, en cambio, “confirma” la “armonización” de los artículos. “No afecta la alternancia ni la periodicidad de los mandatos. No se ve afectada la República si se establecen disposiciones que prohíban, limiten o permitan eventuales reelecciones”, mientras recuerda que varias provincias tienen reelecciones indefinidas.

IV. Comentario

Art. 175 de la Constitución de Río Negro: “*Reelección*. El gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente por un nuevo período y por una sola vez.

”Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo”.

Similares disposiciones se hallan en el ámbito del derecho constitucional comparado provincial y extranjero (2).

Es oportuno recordar, como precedente institucional, que el gobernador Pablo Verani (a cargo del Poder Ejecutivo provincial por los períodos 1995/1999 y 1999/2003), que había ocupado el cargo de vicegobernador durante el período 1987-1991, desistió de integrar cualquier lugar de la fórmula gobernador-vicegobernador en las elecciones generales de 1991, a efectos de estar habilitado constitucionalmente para la compulsa de 1995, en cumplimiento del imperativo del art. 175 de la Constitución provincial (3).

La validez de este tipo de cláusulas constitucionales fue resaltada hace décadas por la doctrina elaborada por la Cámara Nacional

Electoral en autos caratulados “Fernández, Roberto”, sentencia del 17/03/1998; “Ortiz Almonacid, Juan C.”, del 19/03/1998, entre otras; y, asimismo, la que en su momento elaboró la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa” (P.196.XXIX.O), del 06/10/1994 (LA LEY 1995-A, 203).

Esquemáticamente, pueden individualizarse de la citada posición jurisprudencial los siguientes conceptos, que reafirman la validez de las cláusulas como la contenida en el art. 175 de la Constitución provincial, a saber:

— La exigencia de un intervalo de un período para posibilitar la reelección del gobernador y vicegobernador, en el supuesto de ya haber sido reelectos o haberse sucedido recíprocamente, no vulnera ninguno de los principios institucionales que hacen a la estructura del sistema adoptado por la Constitución Nacional, ni los derechos políticos que ésta reconoce a los ciudadanos, ni los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna Federal el art. 75, inc. 22, de la reforma introducida en 1994, pues la forma republicana de gobierno no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos.

— Las normas constitucionales que vedan la reelección para cargos electivos no obedecen a una razón persecutoria y discriminatoria, sino que tienden a preservar el principio republicano en uno de sus aspectos esenciales, que es la periodicidad de la renovación de las autoridades.

— La garantía de la igualdad ante la ley y de admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad, consagrada por el art. 16 de la CN, no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe una ilegítima persecución o un indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable.

— En materia de igualdad respecto al pleno ejercicio de los derechos políticos, con fundamento en el principio de la soberanía popular y conforme a las leyes que se dictan en consecuencia, debe distinguirse entre el derecho político de sufragio activo, derecho a elegir que tienen los ciudadanos electores, y el del sufragio pasivo, derecho a ser elegido. En este último caso, la garantía constitucional consiste en asegurar a los electores la igualdad en el ejercicio de su derecho de sufragio activo sólo respecto de los candidatos legitimados para serlo.

— A través del ejercicio del derecho de sufragio se designa a las autoridades encargadas de desempeñar el poder político, pero los límites de su competencia, su duración en el cargo y la forma en que habrán de ejercer su actividad funcional están jurídicamente predeterminados a través del ordenamiento constitucional y legal. Esos condicionamientos son expresión de otra voluntad anterior e igual de soberana, que sólo puede ser sometida a un examen de conveniencia por los mismos poderes políticos que los dispusieron (en el caso, el poder constituyente reformador).

— La Constitución de cada Estado puede ordenar la periodicidad y la alternancia de poder y establecer condiciones razonables de elegibilidad y no elegibilidad, entre las cuales se encuentra la no reelección. Los tratados sobre derechos humanos, en cambio, al obligar la efectividad de los derechos políticos en jurisdicción interna de los Estados, prevén el derecho electoral activo y pasivo para impedir su cercenamiento, pero no tienen la finalidad de prescribir cómo han de ser las estructuras concretas de poder ni son hábiles para autorizar o vedar la reelección.

— No deben considerarse prohibidas ni inconstitucionales las limitaciones al derecho a ser elegido que, no encuadrando en las que exclusivamente menciona el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y la condena penal), responden objetivamente a razones institucionales, que no exhiben naturaleza proscriptiva ni discriminatoria.

Más recientemente, en fecha 05/11/2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a tratar el tema, en autos “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza”, en donde un partido político promovió una acción declarativa de certeza contra un Estado provincial, a los fines de que se declare que el entonces gobernador no se encontraba habilitado para ser candidato a ese cargo para un nuevo período. A efectos de la oficialización de la candidatura, el Poder Judicial provincial declaró la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria cuya interpretación impedía que el candidato se presente para ser elegido nuevamente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la demanda, formulando la siguiente doctrina:

I) El gobernador de la provincia de Santiago del Estero se encuentra inhabilitado para presentarse como candidato a ese mismo cargo, pues ello se desprende de la interpretación literal y del sentido más obvio del entendimiento común del art. 152 de la Constitución provincial, que limita la reelección a dos períodos consecutivos, y de la cláusula transitoria 6ª, que aclaró que el período en curso del entonces gobernador y actual candidato sería contado como primero a esos efectos, que son de una precisión y claridad incontrastables.

II) La forma republicana de gobierno —susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.— no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos; por esto, las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan autoridades ejecutivas no vulneran principio alguno de la Constitución Nacional.

III) El límite a la reelección establecido por la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero respecto del cargo de gobernador y vicegobernador —a dos períodos consecutivos— aparece como una alternativa que el constituyente puede válidamente diseñar para garantizar la alternancia y la posibili-

{ NOTAS }

(2) Concordancia con las Constituciones argentinas y extranjeras (vigentes y derogadas). *Constituciones argentinas*: Constitución Nacional, texto reformado en 1994, art. 90; Constitución de la Provincia de La Pampa, de 1994, arts. 73 y 74; Constitución de la Provincia de San Juan, de 1986, art. 175; Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, de 1986, art. 123; Constitución de la Provincia de San Luis, de 1987, art. 147; Constitución de la Provincia de Córdoba, de 1987, arts. 136 y 139; Constitución de la Provincia

de La Rioja, de 1986, art. 117; Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de 1994, arts. 122 y 123; Constitución de la Provincia de Tucumán, de 1990, art. 76; Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 1962, art. 64; Constitución de la Provincia de Salta, de 1986, art. 137; Constitución de la Provincia de Formosa, de 1991, art. 129; Constitución de la Provincia de Chaco, de 1957, art. 129; Constitución de la Provincia del Chubut, de 1994, art. 149; Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 1994, arts. 113 y 114; Constitución de la

Provincia de Jujuy, de 1986, art. 127; Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, de 1991, arts. 125 y 126; Constitución de la Provincia de Mendoza, de 1916, arts. 114 y 115; Constitución de la Provincia del Neuquén, de 1957, arts. 113 y 114; Constitución de la Provincia de Misiones, de 1958, arts. 107 y 110. *Constituciones extranjeras*: Constitución de Brasil, de 1988, art. 82; Constitución de Colombia, de 1991, arts. 190 y 197; Constitución de Paraguay, de 1992, art. 229; Constitución del Ecuador, de 1984,

art. 73; Constitución de Uruguay, de 1966, art. 152; Constitución de Bolivia, de 1967, art. 87; Constitución de Perú, de 1993, art. 112; Constitución de Francia, de 1958, art. 6º; Constitución de Italia, de 1947, art. 85; Constitución de Chile, de 1980, arts. 25 y 29.

(3) Por el período 1987/1991 ejerció como gobernador Horacio Massaccesi, siendo vicegobernador Pablo Verani. Massaccesi fue reelecto gobernador por el mandato 1991/1995, asumiendo como vicegobernador Edgardo Gagliardi.

dad de acceso a los cargos públicos de otros integrantes del cuerpo electoral, y no vulnera el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV) La jurisdicción de Santiago del Estero, al declarar la inconstitucionalidad de la disposición transitoria 6ª de la Constitución local, que especificaba que el período del entonces gobernador se contaría como primero a efectos de una posible reelección, dando, así, lugar a la oficialización de su candidatura para un posible tercer período consecutivo, excedió sus facultades, pues mediante ese pronunciamiento pretendió suplir la voluntad del constituyente expresada claramente en esa cláusula, y es imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.

V) A ninguna autoridad republicana le es dable invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo.

VI) La oficialización de la candidatura del actual gobernador de una provincia, que lo habilitaría para ser elegido por un tercer mandato consecutivo en oposición a la Constitución local, configura una situación excepcional que habilita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a intervenir, y no debe verse en ello una intromisión indebida, desde que el tribunal no está ejerciendo una facultad revisora del estatuto provincial, sino que, por el contrario, persigue el efectivo cumplimiento de las cláusulas constitucionales que fueron vulneradas.

VII) La circunstancia de que el gobernador de la provincia de Santiago del Estero, quien pretendía su reelección por un tercer período consecutivo, haya renunciado a su candidatura, modificando así la configuración fáctica que existía en el momento en que se dedujo la acción declarativa impugnando su conducta, y de que, en consecuencia, haya quedado materialmente

satisfecha la pretensión esgrimida por el partido político actor, no torna inoficioso el tratamiento del planteo ni resta virtualidad al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ya que se presenta una situación de gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y afecta de manera directa al de la comunidad, desde que se comprometieron instituciones básicas de la Nación (4).

Esta doctrina fue ratificada por el Máximo Tribunal Federal el 11/12/2018, en la causa “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c. Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo”, donde, en el consid. 9º del voto de la mayoría (votos de los jueces Lorenzetti y Maqueda, a los que se sumaron los votos concurrentes de los jueces Highton, Rosatti y Rosenkrantz), textualmente se expresó:

“La intervención de este tribunal debe estar por lo tanto rigurosamente limitada a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local del que resulten lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Éste fue el excepcional supuesto que se identificó en el precedente publicado en CS, Fallos 336:1756 (‘Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero’). Será sólo ante este tipo de situaciones que la actuación de esta Corte no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento (CS, Fallos 310:804, consid. 18; CS, Fallos 336:1742, consid. 9º, y CS, Fallos 340:914, consid. 8º).

”En esos casos se justifica la intervención de esta Corte porque la Constitución argentina no garantiza solamente la división republicana de los poderes en las provincias, sino también el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones (CS, Fallos 154:192), entendiéndose en todo caso que esa garantía debe ser provista por el Gobierno Federal a cada provincia dentro del orden provincial respectivo, sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de otra (CS, Fallos 119:291; 336:95.4)” (5).

Dada la vigencia del principio de división de poderes en el régimen republicano, el art. 175 de la Constitución rionegrina no puede ser objeto de evaluación ni de revisión alguna por el Poder Judicial, pues con ello se invadirían las atribuciones de otros poderes.

Conforme a una interpretación sistemática de los arts. 175 y cc. de la Constitución provincial, informada por los principios del derecho federal (arts. 31 y cc. de la CN), que implica la regla republicana de la periodicidad de los cargos electivos, que conlleva, a su vez, una inteligencia restrictiva de la posibilidad de toda reelección, ninguna inferencia puede eludir la clara prohibición de una segunda reelección.

En definitiva, el art. 175 de la Constitución provincial y disposiciones concordantes no admiten interpretación. Valga consignar, sobre el criterio con que deben interpretarse las cláusulas constitucionales, las afirmaciones vertidas en la Convención Reformadora de la Provincia de Buenos Aires (1870-1873), desde su banca, por Bartolomé Mitre, quien señaló con justeza: “...La letra escrita fija el texto sacramental de la ley, formulando una regla, una voluntad, un principio estable, para que en todo tiempo se lea tal como fue escrito y permanece inalterable y firme mientras no se escriba lo contrario; pues las leyes se leen y no se interpretan cuando no es necesaria la interpretación y, sobre todo, cuando por la vía interpretativa se pretende hacer lo contrario de lo que se dispone (...). Una Constitución es un instrumento de evidencia y que todo lo escrito en ella debe leerse tal y cual está escrito” (6).

Descripto tentativamente el citado bloque normativo, es necesario, a los efectos de producir una adecuada fundamentación del presente, construir una hermenéutica que respete el ámbito institucional de la periodicidad de los cargos públicos, en especial, evitando toda inteligencia que vaya en fraude de la soberanía popular conforme se ejerció en 2011 y en 2015.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha juzgado que la interpretación no es arbitraria si se mantiene en el marco de las posibilidades interpretativas que la norma ofrece (conf. Fallos 304:1826, entre otros). Una interpretación posible no es arbitraria (Fallos 304:948; 307:1803, entre muchos).

Así pues, es arbitraria la interpretación equivocada, palmariamente indebida, infiel, que desvirtúa la finalidad de la norma, aplicándola desviadamente de la intención del legislador (Fallos 296:734; 293:539; 302:1412; 306:1322).

Sería arbitraria una interpretación desnaturalizadora, es decir, que frustre o derogue la norma en el caso (Fallos 307:1054; 304:289).

Cabe recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador —constituyente u ordinario—, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700).

Las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean, sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos 295:376), para todo lo cual se debe computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:111), evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297).

En tal sentido, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 307:1018).

V. A modo de conclusión

En virtud de una correcta hermenéutica de la citada normativa, que parta del respeto al sistema republicano, basado en la periodicidad y alternancia en los mandatos electivos, requisito que, entre otros, la Constitución Federal impone al poder constituyente de segundo grado (provincial), a efectos de organizar sus instituciones y regirse conforme a ellas, la interpretación del art. 175 de la Constitución provincial, a nuestro criterio, compartiendo plenamente el sólido razonamiento que estructura la sentencia del TEP, no admite dudas, lo que lleva a colegir que es inválido todo intento para eludir la prohibición de una segunda reelección, para cualquiera de ambos cargos, del actual gobernador Alberto Weretilneck.

Cita on line: AR/DOC/527/2019

{ NOTAS }

(4) Publicado en LA LEY del 20/11/2013, II; P.Q.S.; DJ del 29/01/2014, 5; AR/JUR/71379/2013.

(5) Publicado en AR/JUR/67343/2018.

(6) Conf. VARELA, Luis V., “Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires: 1870-1873”, sesión

del 04/07/1871, edición oficial, Imprenta de la Tribuna, Buenos Aires, 1877, t. I, p. 380, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., “Reglas para la interpretación constitucional”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 73.



JURISPRUDENCIA

Apelación de la condena

Persona privada de libertad. Arresto domiciliario en una provincia distinta a la que juzgó su causa. Apelación *in pauperis forma*. Derecho de defensa. Asistencia letrada. Defensoría oficial. Escrito que no cumple con la Acordada 4/2007. Deber de los jueces de garantizar el derecho de defensa del condenado.

1.- La Corte Suprema de la Provincia de Tucumán debe garantizar a un condenado que manifestó *in forma pauperis* su voluntad de recurrir esa decisión, su derecho de defensa, esto es los medios para que se funde su apelación mediante la debi-

da asistencia letrada en la jurisdicción en la que aquel cumple el arresto domiciliario —La Rioja—, ya que el defensor oficial que hasta aquí intervino se limitó a interponer un escrito que debería ser descalificado, por no cumplir con los requisitos de la Acordada 4/2007 para la presentación de la queja por denegación del recurso extraordinario, y casi no contener referencias a la concreta situación procesal de su pupilo ni a los motivos alegados para la habilitación de la instancia federal.

2.- Los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley.

3.- Para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso no basta que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester, además, que haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor.

121.781 — CS, 26/02/2019. - Iñigo, David Gustavo y otros s/ Privación ilegítima de la libertad.

[Cita on line: AR/JUR/124/2019]

Buenos Aires, febrero 26 de 2019.

Vistos: 1º) Que estas actuaciones se inician con la presentación de M. A. M., quien manifestó ante el Tribunal su voluntad de

impugnar la decisión de la Suprema Corte de Tucumán por la que se habría rechazado su recurso extraordinario —también incoado *in pauperis forma*— contra la condena recaída a su respecto en la causa “Iñigo, David Gustavo y otros s/ privación ilegítima de la libertad”.

Según alegó, la peticionaria se encontraría bajo arresto domiciliario en la Provincia de La Rioja y sin posibilidad material de acceder a las oficinas de la Defensoría Oficial de Tucumán. En cuanto al rechazo del remedio federal que había intentado, no habría sido notificada en forma personal, sino que luego de enterarse por los medios de dicha desestimación, se habría comunicado con la defensa pública oficial que le habría remitido copia de la cédula de notificación respectiva.

2º) Que con la finalidad de garantizar debidamente el derecho de defensa en juicio de Márquez, el legajo fue remitido a la Corte tucumana a fin de que arbitrara los medios necesarios para que en dicha jurisdicción se fundamentara técnicamente la voluntad recursiva expresada, de conformidad con el criterio del Tribunal en el caso CSJ 746/2011 (47-G)/CSI “Godoy, Matías R. s/ homicidio simple —causa N° 4364—”, del 25 de febrero de 2014.

3º) Que a pesar de lo ordenado por esta Corte, la presentación en cuestión fue devuelta a esta instancia luego de que en sede provincial se hubiera notificado a un letrado que, según el sistema “Lex doctor”, aparecería como el defensor técnico de la nombrada, pero sin que se hubiera satisfecho la fundamentación reclamada, ni aportado ninguna aclaración o justificación para adoptar este temperamento.

4º) Que ante el incumplimiento de lo ordenado, se volvió a disponer la remisión de las actuaciones al Tribunal Superior provincial. Esta vez, el legajo volvió a esta Corte con el escrito suscripto por el Defensor Oficial Penal de Va. Nominación del Centro Judicial Capital de la Provincia de Tucumán que obra a fs. 12/15, pero sin que se hubiera dado cumplimiento, siquiera mínimamente, a los recaudos de procedencia para la fundamentación del recurso de queja por denegación de la vía del art. 14 de la ley 48 (cf. acordadas 4/2007 y 38/2011).

5º) Que esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (Fallos 311:2502; 320:854; 321:1424; 325:157; 327:3087, 5095; 329:1794).

La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502).

6º) Que, asimismo, corresponde recordar la seriedad con que ha de atenderse a los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, los cuales “más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley” (Fallos 314:1909, entre muchos otros).

Al respecto, no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor (Fallos 310:1934; 327:103; 331:2520).

7º) Que tal como se señaló en Fallos 310:1797 en una materia tan delicada como es la que concierne a la defensa en sede penal los juzgadores están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión.

8º) Que en el *sub lite* el defensor oficial se ha limitado a acompañar un escrito que, por vía de principio, estaría destinado a ser descalificado ante esta instancia extraordinaria no solo por incumplimientos extrínsecos, vinculados con la desatención de los requisitos establecidos por el art. 7º

de la acordada 4/2007, sino, además, con la ausencia casi completa de referencias a la concreta situación procesal de su pupila y a los motivos alegados para la habilitación de la instancia federal en su favor.

En esas condiciones, a fin de que, a la mayor brevedad posible, dé debido cumplimiento a lo ordenado pues, de otro modo, quedaría completamente desvirtuado el sentido de la doctrina de este Tribunal según la cual los recursos procesales constituyen una facultad del imputado y no una potestad técnica del defensor (cf. doctrina de Fallos 327:3802 y sus citas; 329:149; 330:4920).

Por ello, se resuelve devolver las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán a fin de que, a la mayor brevedad posible, dé debido cumplimiento a lo ordenado a fs. 4. Remítase copia del legajo al Ministerio Público de la defensa de la Provincia de Tucumán, a sus efectos. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio Rosatti.*

Cramdown

Apertura de un registro. Inscripción. Plazo.

Hechos: Una empresa intentó inscribirse en el registro, a fin de obtener acciones de una sociedad concursada. El juez de grado reputó tardía su presentación. Disconforme, aquella dedujo un recurso de revocatoria, que fue admitido. La única persona inscripta en el registro interpuso recurso de apelación. Fue admitido y la presentación declarada, otra vez, tardía.

La presentación efectuada por una empresa en el registro al cual refiere el art. 48 de la Ley de Concursos y Quiebras a fin de adquirir acciones de la sociedad concursada resultó tardía, dado que la resolución que dispone la apertura se notifica por Ministerio de Ley, y es a partir de ese momento, y no de la publicidad edictal, que se cuenta el plazo de cinco días establecido en la norma para que se produzcan las inscripciones.

121.782 — CNCom., sala D, 28/02/2019. - Coviare S.A. s/ Concurso preventivo.

[Cita on line: AR/JUR/160/2019]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia. — Buenos Aires, febrero 28 de 2019.

1. Emprendimientos Administrativos NLC SA apeló en fs. 6726 la resolución de fs. 6712/6713, en cuanto admitió la revocatoria deducida por THM Inversiones SA y dispuso que el plazo de cinco días para inscribirse en el registro abierto en los términos de la LCQ 48 habría de computarse desde la efectiva publicación del edicto pertinente.

El memorial que sustenta el recurso obra en fs. 6731/6734 y fue respondido en fs. 6739 y fs. 6747/6750 por la sindicatura y THM Inversiones SA, respectivamente.

La Fiscal General ante esta Cámara opinó que la materia no era de su incumben-

cia, motivo por el cual declinó dictaminar (fs. 6756).

2. a) Liminamente la Sala juzga pertinente efectuar una breve reseña de los antecedentes del caso que pende elucidar. Veamos:

Con fecha 22/08/2018, ante la falta de obtención de las mayorías necesarias por parte de la concursada dentro del período de exclusividad, la señora juez *a quo* dispuso —en los términos de la LCQ 48— la apertura de un registro a los fines de la inscripción de aquellos interesados en adquirir el paquete accionario de Coviare SA, fijando en aquella ocasión la suma que éstos debían depositar para afrontar el pago de los edictos contemplados en el inciso 1º de la norma citada (fs. 6630).

Luego de producirse la inscripción en el mencionado registro de la aquí recurrente —Emprendimientos Administrativos NLC SA— (v. fs. 6644), lo propio intentó hacer THM Inversiones SA (v. fs. 6672), mas en aquella oportunidad la señora juez de grado reputó tardía su presentación y ordenó el reintegro de la suma depositada para afrontar el pago de edictos (fs. 6674).

Contra tal decisión, THM Inversiones SA dedujo revocatoria (fs. 6691/6696), la que fue admitida por la sentenciante de grado mediante pronunciamiento de fs. 6712/6713.

Emprendimientos Administrativos NLC SA —única persona inscripta hasta ese momento en el registro— se agravió de tal decisión, y contra ella interpuso el recurso de apelación que concita la actual intervención de este Tribunal.

b) Descripto el escenario fáctico que gobierna el caso *sub examine*, la Sala juzga que los agravios esgrimidos por la recurrente resultan admisibles, y en consecuencia, la decisión de grado habrá de revocarse.

Ello es así, pues la resolución que dispone la apertura del registro al cual refiere el art. 48, inc. 1º, de la Ley Concursal se notifica por Ministerio de Ley (conf. LCQ 26); y es a partir de ese momento que se cuenta el plazo de cinco días establecido en la norma para que se produzcan las inscripciones, debiendo contabilizarse dicho término según lo previsto por la LCQ 273, inc. 2º (conf. Heredia, Pablo D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Tº 5, p., 735, Buenos Aires, 2005).

Señálase que la publicidad edictal a la que alude el art. 48 de la Ley Concursal no es para dar a conocer el contenido o existencia de la resolución de apertura. Ello se deduce por el simple hecho de que el costo de los edictos se solventa por los interesados con el importe que deben depositar al inscribirse, es decir, en etapa en que la resolución de apertura ya es obviamente conocida, a punto tal que, precisamente, ha posibilitado la inscripción de aquella para participar en el “salvataje”. En efecto, la publicidad edictal tiene otra finalidad, cual es la de anunciar a los acreedores acerca de cuáles son las personas que, por encontrarse ya inscriptas, quedaron habilitadas para formalizar propuestas de acuerdo (conf. Heredia, ob. cit.).

Lo hasta aquí expuesto conduce fatalmente a concluir que —tal como había interpretado originariamente la juez *a quo* (v. decisorio de fs. 6674)— la presentación efectuada el 15/09/2018 por THM Inversiones SA (fs. 6672/6673) resultó tar-

día; ello, considerando que la resolución que dispuso abrir el registro establecido en la LCQ 48:1º, data del 22/08/2018 (v. fs. 6630).

c) No se soslaya que THM Inversiones SA planteó, al deducir recurso de reposición contra la decisión que reputó extemporánea su presentación orientada a inscribirse en el registro pertinente, la inconstitucionalidad del mencionado art. 48 de la Ley Concursal, y que la magistrada anterior —al admitir aquella revocatoria— nada dijo sobre tal aspecto. Tal circunstancia conduce, en esta instancia y debido a la decisión que ya se avizora, a tratar el referido planteo debido a su recobrada vigencia.

Al respecto, júzgase pertinente recordar que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada la *ultima ratio* del orden jurídico (01/01/1961, “Rasspe Sohne”, Fallos 249:51; 01/01/1965, “Malenky”, Fallos 264:364; 01/01/1973, “Chicago Bridge & Iron Suc. Argentina”, Fallos 285:322), por lo cual no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocadas (30/06/2005, “Santiago Dugan Trocello SRL”, Fallos 328; 01/01/1978, “Bravo”, Fallos 300:1041); lo que en el caso no sucede.

A ello cuadra añadir que la inconstitucionalidad constituye una de aquellas cuestiones que deben ser introducidas en forma específica en la primera oportunidad que brinda el procedimiento (esta Sala, 10/04/2018, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Suhayda, Natalia S. s/ ejecutivo”; *id.*, 27/03/2018, “Club Ferrocarril Oeste s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito promovida por Petit, Sergio”; *id.*, 29/09/2009, “Ataliva, Néstor A. c. Budini, Eduardo O. y otro s/ ejecutivo”).

De ahí el carácter manifiestamente tardío que en el caso adquiere el planteo ensayado (recién deducido en el apartado IV de la presentación de fs. 6691/6697), pues su proponente no pudo desconocer, en ocasión de presentarse en este proceso universal (fs. 6638/6645), que en dicha oportunidad habría de aplicarse la disposición legal cuestionada (esta Sala, 06/10/2015, “Establecimiento King SRL c. Cigliutti Guerini SA y otro s/ ordinario”).

Todo lo cual sella la suerte adversa del planteo en examen.

3. Los gastos causídicos generados en esta instancia de revisión habrán de distribuirse en el orden causado; ello, en atención a las particularidades que la causa exhibe, y a la posición originariamente adoptada por la juez de grado y la sindicatura (conf. CPr. 68, segundo párrafo y LCQ 278).

Por las consideraciones vertidas, se resuelve: (i) Admitir la apelación de fs. 6726 y, en consecuencia, revocar la decisión de fs. 6712/6713. (ii) Distribuir por su orden las costas de Alzada, conforme lo expuesto en el considerando 3º de este pronunciamiento. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13) y notifíquese electrónicamente. Fecho, devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36, inc. 1º, Código Procesal). — *Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto. — Gerardo G. Vassallo.*



FUNDACIÓN EXPOTERRA

VII Congreso Argentino de Derecho Ambiental

9 y 10 de Mayo de 2019 - Aula Magna de la Facultad de Derecho UBA

Inscripciones con beneficios especiales hasta el 31/03 ¡Los esperamos!

www.expoterra.com.ar

Secreto profesional

Validez de la declaración prestada por una psicóloga en un proceso penal. Manifestaciones del imputado en charlas informales y no en una consulta profesional. Abuso sexual. Circunstancias objetivas percibidas por el profesional a través de sus sentidos. Ausencia de violación del deber de confidencialidad. Art. 11 de la ley 17.132.

Hechos: La Cámara en lo Criminal y Correccional confirmó la validez de la declaración de una psicóloga en un proceso penal.

La declaración prestada por una psicóloga en un proceso penal es válida si los encuentros entre ella y el imputado no obedecieron a una consulta profesional, sino en razón de que aquella, tras tomar conocimiento por parte de la víctima, a quien asistía profesionalmente, de que habría sido objeto de abuso sexual por parte del encausado, lo contactó para increparlo por lo sucedido y, a partir de ello, este solicitó verla personalmente para brindarle su versión de los hechos, pues los datos brindados en su exposición no se originan en una violación al deber de confidencialidad que rige en la relación médico-paciente, sino en circunstancias objetivas que habría percibido a través de sus sentidos.

121.783 — CNCrim. y Correc., sala IV, 07/11/2018. - O., M. s/ incidente de nulidad.

[Cita on line: AR/JUR/80844/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 7 de 2018.

Considerando: I. Toda vez que el letrado patrocinante de la querrela invocó —ante la ausencia de su cliente M. P.— la calidad de “gestor de negocios” a los efectos de intervenir en la audiencia, mas no expuso razones atendibles para acreditar las circunstancias excepcionales establecidas en el art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde no hacer lugar a su petición. El motivo alegando, esto es, que la referida no asistió por encontrarse trabajando, en modo alguno puede catalogarse como una situación imprevista y sería que le impidiera a la parte concurrir al acto, el cual cabe recordar fue fijado con suficiente antelación (Cfr. fs. 21 vta.).

II. Frente a los agravios desarrollados por el recurrente deviene necesario, previo a adentrarse al análisis de la materia debatida, realizar una breve reseña del marco normativo que regula el secreto profesional médico.

En ese orden, la Ley 17.132 (“Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas”), indica en su art. 11 que “Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer —salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal—”.

Este último ordenamiento, a su vez, pone con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, al que “teniendo

noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (art. 156, CP).

Por su parte, el art. 244 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar”.

Sentado ello, y en coincidencia con la juez de grado, estimamos que la declaración prestada por la psicóloga L. H. A. a fs. 91/92 vta. no merece reparo alguno y por ello el planteo de nulidad deducido a su respecto no puede prosperar.

No se encuentra controvertido que el imputado nunca fue paciente de la testigo. Así lo señaló ésta expresamente (fs. 92) y lo reconoció O. en su presentación de fs. 67/70. Los encuentros que ambos mantuvieron en modo alguno obedecieron a una consulta profesional sino en razón de que A., tras tomar conocimiento por parte de la víctima (a quien en cambio sí asistía profesionalmente) de que habría sido objeto de abuso sexual por parte del kinesiólogo que ella oportunamente le recomendará, se contactó con el encausado para increparlo por lo sucedido y a raíz de ello éste le solicitó verla personalmente para brindarle su versión de los hechos.

De tal modo, se advierte que los datos brindados por la referida en su exposición no se originan en una violación al deber de confidencialidad que rige en la relación médico-paciente (inexistente en el caso) sino en circunstancias objetivas que habría percibido a través de sus sentidos con motivo de reunirse con O. para reprocharle su conducta.

Reconocida doctrina, al tratar la figura contenida en el art. 156 del código sustantivo, ha dicho que resulta necesario que “el agente haya tenido noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. No basta —entonces— que se trate de un secreto conocido con ocasión de

la actividad, sino que tiene que conocerse a causa de la actividad (por ej., el médico está obligado a guardar en secreto la deformidad de su paciente, pero no la discusión conyugal que ha presenciado al visitarlo)”. (Andrés J. D. Alessio y Mauro A. Divito, “Código Penal Comentado y Anotado”, 2ª edición, T. II, Parte Especial, Editorial LA LEY, Buenos Aires 2014, p. 540).

En igual sentido se dijo: “Es evidente que la obligación no nace de la actividad que el individuo desempeña, por sí sola, sino de que lo haya conocido con motivo de las tareas propias de esa actividad, que el individuo debe desenvolver en el momento de ser receptor del secreto” (Carlos Fontán Balestra, “Derecho Penal. Parte Especial”, 17 edición, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 2008, p. 406).

En el caso ningún secreto resultó revelado pues la licenciada A. se limitó —como ya se expresara— a dar cuenta de las charlas informales que mantuvo con el imputado luego de que M. L. P. Le comentara lo ocurrido en su última sesión de kinesioterapia. La abstención que regula el art. 244 del digesto ritual “tiene su razón de ser en la necesidad de preservar el secreto profesional, pero esa abstención deberá ceñirse, exclusivamente, a lo que pudieron saber por revelación de sus clientes y no a lo que percibieron por sus sentidos” o, dicho de otro modo, no a lo que saben por su conocimiento personal o directo”. (Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T. 2, 5ª edición, Edit. Hammurabi, Bs. As. 2013, p. 346).

En consecuencia, y no advirtiéndose razones que ameriten apartarse del principio general que rige en materia de costas (art. 531 del Cód. Proc. Penal de la Nación), el Tribunal resuelve: I. No hacer lugar al planteo efectuado por el doctor F. O. para actuar en calidad de gestor de negocios en representación de la querrelante M. P. (art. 48, *a contrario sensu*, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). II. Confirmar el auto de fs. 11/14, en todo cuanto fuera materia de recurso, con costas dealzada a la vencida. Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de muy atenta nota. — Alberto Seijas. — Carlos A. González. — Ignacio Rodríguez Varela.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de esta Ciudad, informa que SILVIA ALICIONE VALENCIA ESCARCENA, de nacionalidad peruana con DNI 93.864.044, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía Argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 1 de febrero de 2019
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 21/03/19 V. 22/03/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de

esta Ciudad, informa que DILIANA DIANEY HERNÁNDEZ ESPINOZA, de nacionalidad venezolana con DNI 95.132.288 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía Argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 18 de octubre de 2018
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 21/03/19 V. 22/03/19

Juzgado de Paz Letrado de Carlos Casares, Secretaría Única, Dpto. Judicial Trenque Lauquen, cita y emplaza a ROSA CARMEN STAGNARO y/o a sus herederos y/o sucesores y/o a quienes se consideren con derechos sobre los inmuebles ubicados en Acceso C

Espil de Carlos Casares. Nomenclatura catastral: Circ. 1. Sec. B Mz. 56f. Parc. 9, 10, 11 y 12, corriéndosele traslado de la acción que se deduce que tramitará por proceso sumario por el término de diez días con más la ampliación que corresponda según la distancia previniéndoseles que si no se presentan y contestan la demanda conforme lo dispuesto en los arts. 354 y 486 del C.P.C., se les nombrará Defensor de Pobres y Ausentes, en autos caratulados: Autos: BARRANGU JOSE LUIS Y BARRANGU NELSON OSCAR C/ROSENZUAIG LEON NATALIO S/USUCAPION. Expte.: 11808-12. Certifico que el presente debe publicarse por dos días en el diario La Ley de Capital Federal.

Carlos Casares, 19 de febrero de 2019
Fabiana S. Cantisani, sec.
LA LEY: I. 21/03/19 V. 22/03/19