

¿Ley integral contra el lavado de activos o nueva ley de sospechosos?

Cr. Fabian Barloco

* Paralelismos históricos, justificación del presente artículo.

Bajo la vieja frase de que la historia se repite, se esconde una gran verdad y una gran mentira. Para explicar esta dualidad, me remito a la reflexión que Robert Lacour-Gayet ensaya en su obra “Les Grandes crises dans l’histoire de France” editada en 1945 por la Editorial Variétés:

“Se ha repetido frecuentemente que la historia se ‘repite’. Bajo esta forma, esta idea nos parece superficial y peligrosa. Superficial, porque no es exacto que a través de las épocas los eventos se reproduzcan siguiendo leyes inmutables; para estar convencidos de lo contrario, no hace falta más que constatar las decepciones a las cuales se expone todo esfuerzo de previsión. Peligrosa, porque tal expresión amenaza de engendrar una suerte de fatalismo o misticismo histórico igualmente destructor de la confianza y del esfuerzo (...). ¿Será que querer conocer el pasado es una tarea superflua? ¿Habrá que concluir que alcanza con analizar el presente para preparar el futuro y que los siglos pasados no pueden servir de ejemplos pues lo siglos a venir no serán similares? ¿El culto de la historia no procederá de un lamento nostálgico y vano de lo que ha desaparecido y no volverá? Si, si se trata solamente de describir regímenes políticos o formas de vida acabadas. Sin duda, igualmente, si de esos estudios se esperan descubrir verdades absolutas, aplicables en todo tiempo y en todo lugar; en una palabra, si se olvida que lo que hay que comprender son reacciones de hombres, y no de engranajes o de máquinas. El conocimiento de los eventos es indispensable al historiador, pero no es más que un punto de partida de donde se puede emprender su análisis. Es la grandeza de su rol, y es la razón por la cual sus investigaciones no son simplemente académicas. Pues, si las situaciones no son jamás idénticas y sus consecuencias casi siempre son diferentes, existe sin embargo una cierta estabilidad en los móviles humanos. Esto alcanza a explicar porque la evolución humana obedece a la influencia de fuerzas de carácter permanente; esto alcanza así para que, sin que ella se ‘repita’, la historia sea capaz de proporcionar lecciones e inspiraciones”.

La precedente cita basta por sí para justificar este apartado de reflexión en retrospectiva histórica acerca de los experimentos jurídicos que la humanidad ha ensayado en el pasado para combatir determinados fenómenos, a través de instrumentos similares a la ley objeto de estudio en el presente trabajo, pues lamentablemente no es novedosa la creación de regímenes penales de excepción ni es ajeno al conocimiento histórico los efectos nocivos que han producido.

Es así que se estudiará sucintamente la ley de sospechosos, Decreto de la Convención Nacional del 17 de septiembre de 1793, con especial énfasis en sus puntos de contacto con la ley objeto de estudio del presente trabajo, y se intentará formular una primera aproximación a lo que denominaríamos “delitos válvula”, advirtiendo de los riesgos de la proximidad de los delitos sancionados en los artículos 30 a 33 de la Ley 19.574 (en adelante “la LILAF”) con los de esta categoría.

* Decreto de la Convención Nacional del 17 de septiembre de 1793.

Brevemente, y a los solos efectos de poner al lector en contexto, en septiembre de 1793 la situación en Francia era la siguiente: en lo externo, el país se hallaba en guerra contra España, Inglaterra, Prusia y el Imperio Austríaco quienes se hallaban coligados en su contra para apagar el fuego revolucionario que alumbraba desde la ciudad de la luz, y en lo interno, la nación se desangraba en la lucha entre jacobinos (quienes sustentaban el poder político) y girondinos, con regiones alzadas en armas (fundamentalmente la Vendée y Lyon) y con sectores de la población, tales como el clero y los restos de la nobleza que suscitaban desconfianza por su posible colaboración con el enemigo exterior. En el plano jurídico, formalmente la Convención había finalizado sus trabajos con la aprobación de la Constitución de 1793, insigne monumento a las palabras vanas,

y debía de ocuparse de ceder su poder a una asamblea electa conforme al mandato de aquella. No obstante, Robespierre y los suyos tenían una pobre disposición a ello.

En este contexto es que se sanciona el Decreto de 17 de septiembre de 1793, conocido comúnmente como Ley de Sospechosos (en adelante “LS”), el cual determinaba que cualquier persona considerada sospechosa debería ser detenida (art. 1) hasta que se decretase la paz (art. 7). ¿Quiénes eran ellos? Los sujetos descritos en el artículo 2 de la LS, entre los cuales encontramos: “*aquellos que, sea por su conducta, sea por sus relaciones, sea por sus dichos o sus escritos, se han mostrado partidarios de la tiranía o del federalismo, y enemigos de la libertad; aquellos que no puedan justificar ante los comités revolucionarios, de sus medios de existir y del cumplimiento de sus deberes cívicos; los funcionarios públicos suspendidos o destituidos de sus funciones por la Convención nacional o sus comisarios*” entre otros.

Dada las características de la norma, nos resulta sencillo calificarla como norma penal, en cuanto frente a determinados supuestos fácticos establece una detención que no limita en el tiempo (“hasta que se decretase la paz”), y que en consecuencia puede calificarse como pena.

La LS legitima penar a una persona que la propia norma reconoce que no es culpable, ni siquiera imputada o acusada de delito alguno¹, bastando que pese sobre ella la sospecha. ¿Pero qué es la sospecha? La Real Academia Española la define en tres acepciones distintas:

- 1) Imaginar algo por conjeturas fundadas o indicios.
- 2) Desconfiar de algo o de alguien.
- 3) Considerar a alguien como posible autor de un delito o de una falta.

Con estas tres acepciones, es posible intentar una definición única de sospecha. En primer término, quiero detenerme en el vocablo “imaginar”, que significa representarse algo o a alguien; dicha representación posee la particular característica de que pertenece al plano de la fantasía, en contraposición al plano de la realidad, pues la imaginación opera a falta de comprobación, que no es otra cosa que la verificación de que lo representado era o no era. No obstante, la definición de la sospecha no es la mera imaginación, sino que es una calificada por la existencia de conjeturas fundadas e indicios, dichos de otra manera, de elementos de convicción suficientes que sustenten la misma.

En conclusión, es posible afirmar que *la sospecha es aquella representación de la realidad fundada en elementos de convicción suficientes.*

✳ **Ley 19.574 de 20 de diciembre de 2017.**

Más de dos siglos después se sigue castigando la sospecha.

De acuerdo al tenor literal del artículo 36 de la LILAF, es la sospecha el presupuesto de hecho de los delitos de lavado de activos. Cito:

¹ En efecto establece el despropósito de permitir la detención de una persona como sospechosa, a personas imputadas por delitos de los cuales resultasen absueltos o no hubiesen sido finalmente acusados (art. 10).

“Art. 36. (Delito autónomo).- El delito de lavado de activos es un delito autónomo y como tal, no requerirá un auto de procesamiento previo de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, **alcanzando con la existencia de elementos de convicción suficientes para su configuración** (destacado nuestro)”.

Dicho de otra manera, con la mera sospecha de la comisión de alguno de los delitos previstos en el artículo 34 de la LILAFI alcanza para que funcione la mecánica de los delitos de lavado de activos, y si a esto lo confrontamos con los tipos penales propios del lavado², los cuales son de configuración casi automática (tener presente que el artículo 31 pena la simple tenencia de los bienes producto del ilícito) y proceden incluso frente al autor del delito precedente (art. 35), fácil es deducir que lo que termina siendo castigado en la ley es ser *sospechoso de alguna de las actividades delictivas previstas en el artículo 34 de la presente ley*.

Es pues, la LILAFI una nueva ley de sospechosos, más refinada desde el punto de vista técnico-jurídico como se esperaría de una norma surgida después de más de doscientos años de perfeccionamiento de la disciplina, pero que resulta informada por los mismos principios que guió al dictado de la norma francesa, y es que esos principios han estado presentes en varias oportunidades de la historia de la humanidad y han provocado en consecuencia en todas las épocas el brotamiento de “delitos válvula”.

Pero, ¿Qué son los delitos válvula?

* La teoría de los delitos válvula.

Inglaterra, 1944. El alto mando inglés se encontraba planeando el día D, al cual mantenía bajo estricto secreto. No obstante, había algo que les inquietaba. Tres años antes, una mística cuyo nombre pasaría tristemente a los suburbios de la historia, Helen Duncan, en una sesión de espiritismo había revelado información confidencial: el hundimiento del HMS Barham. ¿Una espía o una verdadera bruja? Poco importaba al alto mando británico, lo que si era claro era que había que deshacerse de ella... ¿Cómo proceder a ello en el marco de un Estado que se pretende de Derecho? Pues ni más ni menos que recurriendo a él. Aplicando el delito de actividad fraudulenta del espiritismo, reato aprobado por una ley de 1735 y que se mantenía vigente, se la logró condenar ante un tribunal a nueve meses de prisión. Este es un claro ejemplo de un delito válvula.

En el Siglo XVIII, llamado de la Ilustración, cuando los filósofos se atrevían por primera vez a elevar la voz en contra de las monarquías, una de las figuras que resultaban más censuradas eran las llamadas “lettres cachées”, que no eran otra cosa que órdenes de arresto firmadas por el monarca y que determinaban la detención de una persona sin más razón que la sola voluntad real. Las mismas resultaron ser una de las primeras figuras que se abolieron durante la Revolución francesa, pero el poder

² A saber, conversión y transferencia (art. 30), posesión y tenencia (art. 31), ocultamiento (art. 32).

Artículo 30 (Conversión y transferencia).- El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley será castigado con pena de dos a quince años de penitenciaría.

Artículo 31 (Posesión y tenencia).- El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, o que sean el producto de tales actividades, será castigado con una pena de dos a quince años de penitenciaría.

Artículo 32 (Ocultamiento).- El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de las actividades delictivas establecidas en el artículo 34 de la presente ley, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

lentamente empezó a sentir la falta de ese instrumento, ¿Cómo hacer para deshacerse de esas personas que son indeseables respetando formalmente la democracia? La joven República Francesa rápidamente encontró la solución: la Ley de Sospechosos, creando un tipo penal lo suficientemente amplio como para cubrir casi cualquier hipótesis en la que pudiera incurrir una persona de la cual hubiera necesidad o deseo de neutralizar.

De este modo se respetan desde el punto de vista formal el principio de legalidad sin dejar de poder utilizar desde el punto de vista material las *lettres cachés*.

No obstante, no todos los delitos válvula nacen como tales, a veces solamente mutan por su propia naturaleza y el uso social que finalmente se les dan, sin que haya sido esta la finalidad que condujo a su consagración legislativa. Tal es el caso del delito de herejía perseguido por la Inquisición. No tenía sentido en épocas de absolutismo buscar una excusa para arrestar a alguien, cuando la invocación de la sola autoridad del rey bastaba para ello, pero para el hombre de a pie una acusación malintencionada de este reato era un arma efectiva para saldar un viejo rencor o eliminar a alguien que se estaba convirtiendo en una piedra en el zapato.

Es a partir de estos ejemplos, como otros tantos que podría citar, que procederé a la catalogación de esta particular especie delictiva, deteniéndome antes que nada en justificar la denominación que le he otorgado. Para ello recurriré nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española que al referirse al término válvula de escape expresa que es una “ocasión, motivo u otra cosa a la que se recurre para desahogarse de una tensión, de un trabajo excesivo o agotador o de la monotonía de la vida diaria (destacado nuestro)”. Siendo así, y como paso previo a ensayar una definición de los delitos válvula, me dedicaré a delinear sus características:

1. Son delitos de tipo penal amplio, abierto o que dejan sendos márgenes de discrecionalidad al juzgador al momento de decidir su aplicación.
2. Son delitos que requieren poco material probatorio para su incriminación, ya sea porque la norma que los crea exige umbrales menores de certeza al juzgador para su aplicación, ya sea porque por su naturaleza su realización en la práctica se evidencia en forma notoria o presuntamente notoria (ej. La posesión de un bien).
3. Son delitos respaldados por un potente arsenal ideológico y propagandístico que busca justificar el derribamiento de garantías, así como sensibilizar a la sociedad en general, y al aparato represor en particular, sobre la necesidad de su inmediata punición sin más miramientos.

El delito válvula queda así caracterizado: con un base fáctica amplia que no ofrece mayores dificultades para su configuración y con aptitud para captar casi cualquier hipótesis para la cual deba ser usado, con una exigencia probatoria tal que le permita al aparato estatal librarse de un esfuerzo exagerado para la obtención de los elementos necesarios a efectos de formular un caso en contra del acusado, y finalmente con un discurso ideológico apto para justificar, a ojos de la sociedad, que la vulneración de los derechos humanos en tal caso concreto está ampliamente justificada. No olvidar jamás, que los peores errores jurídicos de la historia han sido cometidos ante los aplausos del público.

Pasando a la definición, se podría decir que *el delito válvula es aquel que en la práctica posee aptitud para capturar a aquellas personas que, sin ser necesariamente delincuentes, resultan inconvenientes al poder político o indeseables en su vida social.*

Niego categóricamente que los delitos sobre lavado de activos hayan sido creados con la finalidad de ser delitos válvula, pero me resulta claro que tienen toda la potencialidad para serlo:

- * Su presupuesto de hecho, es, como ya lo reseñamos, la sospecha de la comisión de un delito anterior. El material probatorio para poder acreditar una sospecha no se compara con el que se requiere para acreditar fehacientemente un hecho.
- * Los tipos penales propiamente de lavado de activos, esto son, la conversión y transferencia (art. 30), posesión y tenencia (art. 31), y ocultamiento (art. 32) comprenden una amplitud de supuestos de hecho que pueden abarcar a casi cualquier ciudadano, una vez verificada la sospecha.
- * Se establece un régimen en materia de prueba que desequilibra notoriamente la balanza en favor del acusador, ya sea mediante la adopción de métodos de excepción (entrega vigilada, vigilancia electrónica y agentes encubiertos), ya sea porque coloca a todas las personas públicas como obligadas a recolectar material probatorio, ya sea porque obliga a un importante conjunto de particulares a actuar como policía secreta del Estado.

Es un peligro considerable mantener la vigencia de un tipo penal que fácilmente puede ser utilizado como delito válvula, pues implica dejar su buen uso librado a la sensatez y prudencia del sistema, y que como afirmará Castiglione “cuando el jefe puede lo que quiere, se corre el gran riesgo de que quiera lo que no debe querer”. La historia enseña que el ser humano y el exceso de poder nunca son buenos compañeros, y el poder político, con independencia del partido gobernante o de la ideología que finalmente sustente, sigue estando compuesta por humanos...

Cr. Fabian Barboza