



LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO DELITO PRECEDENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

OCTUBRE 2016

Autores:

Cr. Félix Abadi Pilosof (Coordinador)

Dr. Rafael García Martínez

Objetivo de la Convocatoria a propuestas a la Investigación

“....resultaría de interés académico y práctico contar con un estudio de derecho comparado, así como revisar la doctrina y jurisprudencia domésticas - especialmente esta última a fin de determinar debilidades y fortalezas de la legislación actual - de modo de contar con insumos que permitan llegar a recomendaciones técnicas al respecto.”

NOTA: no constituye pues objeto de la investigación el análisis de la conveniencia o no de incluir el “delito fiscal” como precedente del lavado de activos

Limitantes de la investigación

- ❖ Se realizaron envíos de formularios estandarizados a entidades y operadores locales e internacionales con poca respuesta en proporción al volumen de solicitudes cursadas
- ❖ Se detectó importante desconocimiento de la regulación general de la PLA en ciertos operadores locales e internacionales consultados y de la magnitud práctica del tema
- ❖ Se detectó, por su parte, dificultad para la combinación de conocimiento en el área de PLA y defraudación tributaria (DT), tanto desde un plano teórico como práctico

Metodología de la investigación

- ❖ Análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia doméstica
- ❖ Entrevistas con actores relevantes del sistema tributario y penal nacional
- ❖ Consultas mediante formularios estandarizados a operadores internacionales y locales
- ❖ Análisis de experiencias internacionales (Alemania, Argentina, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, México, Perú y Suiza)

Principales aspectos del Lavado de Activos

Concepto

GAFI: *“proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante el ejercicio de algunas actividades ilegales o criminales. El objetivo de la operación consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como el fruto de actividades legítimas y circulen sin problema en el sistema financiero”.*

Adriasola: *“una actividad dirigida a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita. Se trata de ocultar dichos fondos y a sus reales titulares y devolverlos al mercado de dinero, bienes y servicios con la apariencia de haber sido generados en una actividad o inversión legítima”.*

DT como precedente del Delito de Lavado de Activos

Adecuando la definición del GAFI al caso, el delito refiere al proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante actividades que califican de DT con el objetivo de que los mismos aparezcan como el fruto de actividades legítimas y circulen sin problema en el sistema financiero

Particularidad: la actividad inicial puede ser perfectamente lícita, sobreviniendo la ilicitud al momento de tener que hacer frente a las obligaciones tributarias emanadas de la misma

Interrogantes planteadas en la investigación

1. ¿Sería aceptable, en su actual tipificación, incluir a la DT como delito precedente de LA y FT?
2. ¿Debería modificarse en algún aspecto el instituto de la instancia de parte?
3. ¿Debería adoptarse un sistema de umbrales?
4. ¿Debería reservarse la consideración de la DT como delito precedente de LA y FT para el caso de que sea desarrollada por una organización criminal?
5. ¿Debería tomarse alguna medida respecto del régimen de prescripción (tributaria y/o penal)?
6. ¿Cuál debería ser el criterio a adoptar en caso de que la DT sea cometida en el exterior?

Interrogantes planteadas en la investigación

7. ¿Debería considerarse al “autolavado” como una conducta perseguible?
8. ¿Deberían ampliarse los “sujetos obligados”?
9. ¿Debería dotarse a los “sujetos obligados” de mecanismos de contralor claros y eficientes para el cumplimiento de sus obligaciones?
10. ¿Deberían crearse nuevos organismos de contralor?
11. ¿Cómo debería conciliarse la inclusión de la DT como delito precedente de LA y FT con los “secretos” vigentes?

Uruguay y su regulación interna

- ❖ **Ley Nro. 17.016** – Crea los delitos vinculados al LA y FT.
- ❖ **Ley Nro. 17.060** – Tipifica el blanqueo de dinero u otros bienes en el ámbito público.
- ❖ **Ley Nro. 17.343** – Amplia los delitos precedentes al LA y FT.
- ❖ **Ley Nro. 17.835** – Regula las operaciones sospechosas, amplía la lista de sujetos obligados como también la nómina de los delitos precedentes al LA y FT.
- ❖ **Ley Nro. 18.026** – Amplía la lista de los delitos precedentes al LA y FT.
- ❖ **Ley Nro. 18.494** – Fortalece el sistema de prevención y control del LA y FT. Establece el Estatuto del colaborador y del agente encubierto, y regula la protección de las víctimas, testigos y colaboradores.
- ❖ **Ley Nro. 18.914** – Establece que el delito precedente puede ser cometido en el extranjero y modifica la competencia de los Jdos. de Crimen Organizado.
- ❖ **Ley Nro. 19.355** – Crea la SENACLAFT. En la redacción dada por el art. 20 de la Ley Nro. 19.438, amplía facultades respecto de sujetos no obligados.

Delitos precedentes actuales en Uruguay (art. 8 Ley Nro. 17.835 en la redacción dada por el art. 1 de la Ley Nro. 18.494)

ABERRANTES	NO ABERRANTES
<ul style="list-style-type: none">• Narcotráfico• Crímenes de genocidio• Crímenes de guerra• Crímenes de lesa humanidad• Terrorismo y su financiamiento• Tráfico ilícito de órganos• Tráfico ilícito de sustancias nucleares• Extorsión• Proxenetismo• Tráfico ilícito y trata de personas• Secuestro• Tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción• Venta, prostitución infantil y utilización en pornografía	<ul style="list-style-type: none">• Contrabando• Tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos• Delitos marcarios• Delitos contra la propiedad intelectual• Falsificación y la alteración de moneda• Quiebra fraudulenta• Insolvencia fraudulenta• Insolvencia societaria fraudulenta• Delitos contra la Administración Pública• Estafa• Apropiación indebida

Críticas al Delito de Lavado de Activos

- ❖ Principio de Lesividad -Bien Jurídico
- ❖ Violación del principio del “*non bis in ídem*” (prohibición del autolavado)
- ❖ Transformación de estructuras de co-participación delictual en delitos autónomos

Delitos Fiscales en Uruguay

Bien jurídico tutelado

- ❖ Orden financiero del Estado, las finanzas públicas, la renta estatal percibida para satisfacer las necesidades colectivas de la población (Miguel Langón).
- ❖ Derecho del Estado a percibir tributos (Adela Reta), la hacienda pública o finanzas del Estado (Milton Cairoli).

Delitos Fiscales en Uruguay

Delitos e infracciones fiscales -tributarias-

- ❖ Defraudación Tributaria como infracción: Art. 96 CT. Pena pecuniaria – Acto Administrativo – Recurrible y anulable.
- ❖ Defraudación Tributaria como delito: Art. 110 CT. Pena privativa de libertad u otros derechos consagrados constitucionalmente.

Identidad sustancial de las infracciones y los delitos.

Diferencia: Presunciones en el tipo infraccional (irrelevantes para cierta doctrina).

Delitos Fiscales en Uruguay

Delitos fiscales -tributarios- diferentes de la Defraudación

- ❖ Instigación pública a no pagar tributos.
- ❖ No versión de impuestos retenidos o percibidos.

Delitos fiscales -aduaneros-

- ❖ Contrabando
- ❖ Defraudación Aduanera

Defraudación Tributaria

Incorporado por el art. 228 de la Ley Nro. 13.637 (1970).

Art. 110 CT: “el que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración tributara, mediando resolución fundada”.

Defraudación Tributaria

Características

- ❖ Denuncia Administración Tributaria
- ❖ Mediando resolución fundada
- ❖ Caducidad de la instancia
- ❖ Delito de peligro

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

ALEMANIA

El autor y los partícipes del delito previo están excluido de ser penado por el delito de lavado de activos.

La defraudación tributaria es un hecho previo al lavado activos cuando es cometida profesionalmente o por medio de una banda (en otros países es un agravante)

Doctrina: “*Actuar como profesional*” debe restringirse a la persecución de una fuente de ingresos con una determinada duración o a la defraudación tributaria a gran escala (doctrina mayoritaria).

El delito fiscal precedente de LA y FT refiere a “*los gastos ahorrados y a las devoluciones y restituciones de tributos injustificadas obtenidos por medio de la defraudación tributaria*”.

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

ARGENTINA

El delito de evasión tributaria es un delito precedente de LA y FT.

Autolavado: La Ley Nro. 26.683 estableció la posibilidad de perseguir por blanqueo de capitales al autor o partícipe del delito previo.

Art. 6 Ley Nro. 26.683: Incorpora los delitos tributarios dolosos previstos en la Ley Nro. 24.769. Son delitos tipificados por esta ley entre otros:

- a) Evasión tributaria de impuestos por año y por impuesto, superiores a \$A 400.000;
- b) Evasión de aportes y contribuciones correspondientes al sistema de la Seguridad Social, siempre que el monto evadido sea superior a \$A 80.000 por cada mes;
- c) Obtención fraudulenta de beneficios fiscales y el aprovechamiento de subsidios y reintegros fiscales.

Actuación del contador público: Excesivas actividades delegadas en su calidad de sujetos obligados a informar operaciones sospechosas, sin el apoyo en pautas objetivas para el eficaz cumplimiento de estos deberes.

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

CHILE

Solamente los delitos listados taxativamente pueden ser base del lavado de activos.

Art. 27 lit. a) de la Ley Nro. 19.913 en la redacción dada por la Ley Nro. 20.818 tipifica el delito de lavado de dinero, estableciendo que es delito precedente del lavado de activos, entre otros, los previstos *“en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario”*.

Es delito precedente de LA el obtener devoluciones de impuestos que no correspondan, simulando una operación tributaria o mediante cualquier otra maniobra fraudulenta.

Delito de lavado de activos es autónomo e independiente del delito base.

Se castiga a quien *“adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito”*.

Contadores: Obligados a reportar pero liberación cuando la información es accedida en virtud del *“secreto profesional”*.

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

CHILE

No serán delitos precedentes del lavado de activos las restantes conductas previstas en el artículo 97 del Código Tributario, por ejemplo las siguientes:

- ❖ Retardo o omisión en la presentación de declaraciones, informes o solicitudes de inscripciones.
- ❖ La declaración incompleta o errónea, la omisión de balances o documentos anexos a la declaración o su presentación incompleta.
- ❖ Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito, o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto.
- ❖ La no exhibición u oposición al examen de libros de contabilidad o de libros auxiliares y otros documentos exigidos, o la oposición a la inspección de establecimientos, o entorpecer la fiscalización.
- ❖ El comercio ejercido a sabiendas del incumplimiento de las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos.
- ❖ El ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

ESPAÑA

El delito fiscal es un delito precedente de LA y FT.

Es posible de castigar por blanqueo de capitales a quienes hayan cometido el delito previo.

Sistema de la cuota defraudada: Para tipificar el delito se requiere que el fraude supere los 120.000 euros, y dicha cuantía suponga: 1) La cuota tributaria defraudada; 2) El importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta; 3) El importe de las devoluciones indebidamente obtenidas; 4) El importe de los beneficios fiscales indebidamente disfrutados.

Lo mismo ocurre respecto de otros delitos contra la Hacienda Pública, como el fraude de subvenciones.

Abogados (salvo cuando la información es accedida en virtud del secreto profesional) y contadores son sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas.

Delitos Fiscales como delitos precedentes de LA y FT en ciertos países de referencia

SUIZA

Bien jurídico tutelado en el lavado de activos: Administración de justicia.

Los “*delitos fiscales calificados*” son delitos precedentes del lavado de dinero.

Refieren a actividades vinculadas a impuesto sobre de la renta y el patrimonio de las personas físicas, sobre las ganancias y el patrimonio de las personas jurídicas. También el impuesto sobre rentas o ganancias de capital de bienes inmuebles.

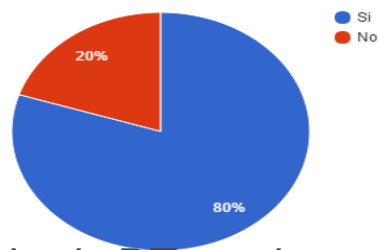
Excluidos: Impuestos sobre sucesiones y donaciones cantonales.

La evasión tiene que superar los CHF 300.000 por período impositivo.

Opinión de algunos operadores nacionales

De las entrevistas realizadas y los formularios web completados por algunos operadores nacionales se extrajeron las siguientes conclusiones:

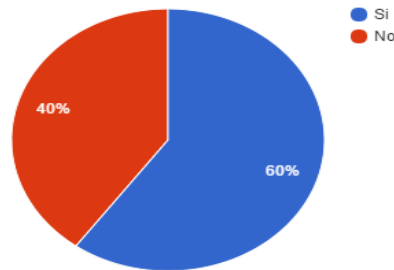
1. El delito de defraudación tributaria definido por el art. 110 del CT debe ser modificado para ser incorporado como delito precedente de lavado de activos.



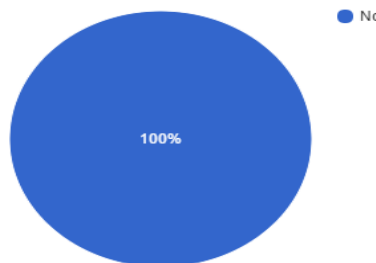
- ❖ Umbrales a partir de los cuales la DT puede ser un delito antecedente de lavado.
- ❖ Algunos operadores, otros no, sugieren que ciertas conductas no deberían estar sujetas a umbrales y que en cualquier caso deberían ser pasibles de investigarse por lavado de activos. Sería el caso de “...adulteración o falsificación de documentación para disminuir el monto imponible o aumentar la devolución de impuestos”.
- ❖ Se debería evitar que cualquier evasión sea considerada un delito precedente de lavado de activos.
- ❖ La defraudación tributaria antecedente debería referirse a aquella defraudación realizada por una organización criminal.

Opinión de algunos operadores nacionales

Sería conveniente incorporar nuevos sujetos obligados en atención a la incorporación de la defraudación tributaria como delito precedente, en especial a los contadores públicos. En alguna opinión se sugiere incluso la incorporación de la propia DGI como nuevo sujeto obligado.



No es necesario crear nuevos organismos de control de los sujetos obligados en atención a la incorporación de la defraudación tributaria como delito precedente.





RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

Pautas para la contestación a las preguntas de la Investigación

- ❖ Adecuada ponderación entre intereses generales y garantías individuales
- ❖ Enfoque garantista y restrictivo acorde a la naturaleza y estado de desarrollo del tema tanto a nivel local como internacional con atención de recomendaciones y compromisos asumidos por el país
- ❖ Consideración de las soluciones y directrices adoptados por otros países o bloques
- ❖ Política de minimizar posibles “daños colaterales”, otorgamiento de máximas certezas y reducción de costos de cumplimiento
- ❖ Preferencia por políticas gradualistas que eviten la distorsión en los recursos estatales aplicados y objetivos perseguidos

Resulta aconsejable mantener la tipificación base del delito de DT (art. 110 CT)

- ❖ Reúne las notas esenciales que hacen al delito penal en general
- ❖ Es problemático la adopción de un criterio diferencial en dos ámbitos
- ❖ Nutrido desarrollo doctrinario y jurisprudencial

La DT como delito precedente de LA y FT debería limitarse a impuestos recaudados exclusivamente por DGI

- ❖ Recomendación del GAFI refiere a “impuestos directos e impuestos indirectos” cuyo principal agente recaudador es por lejos la DGI
- ❖ Innecesario al menos en una primera etapa necesariamente “experimental” involucrar en la complejidad e incertidumbre a otros organismos de recaudación
- ❖ Énfasis de la cooperación internacional en materia tributaria está puesto en la tributación a la renta y al patrimonio (recaudados por DGI)
- ❖ Algunas experiencias internacionales permiten concluir que el establecimiento de un grupo definido de impuestos es una técnica habitual y estandarizada

La modalidad de DT precedente del delito de LA y FT no debería ser de peligro

- ❖ El delito de lavado de activos, por esencia, necesita que el daño efectivamente exista
- ❖ Debe existir algo que pueda ser “lavado”
- ❖ La solución podría vincularse a la inclusión de un modelo de umbrales

Incidencia de la prescripción de los tributos defraudados en el delito de LA y FT

- ❖ Si la conducta se desarrolla sobre bienes procedentes de una DT, pero el delito tributario ya ha prescrito al momento del desarrollo de esa conducta, podría considerarse que el objeto material no existe
- ❖ Hay opiniones calificadas que sostiene que, aún frente a la concepción de la autonomía del delito de lavado, la prescripción implica la imposibilidad de investigar nuevamente los hechos a los efectos de su punibilidad.

Existencia del delito de contrabando superior a U\$S 20.000 como delito precedente

- ❖ La inclusión del delito de DT como delito precedente de LA y FT debería realizarse con múltiples particularidades que ameritan un tratamiento y una consideración diversa a los motivos y particularidades que pueden llevar a la inclusión del delito de contrabando como delito precedente de LA y FT
- ❖ El umbral fijado para el delito de contrabando como delito precedente que parece muy bajo, no debería trasladarse al caso de la DT

No deberían incorporarse nuevos sujetos que puedan instar la DT en virtud de su inclusión como delito precedente

- ❖ No resulta aconsejable ni razonable ampliar los sujetos habilitados para instar el delito de DT cuando sea precedente del delito de LA y FT dada la complejidad y nivel de recomendación

Sería conveniente fijar un sistema de umbrales en la modalidad de DT delito precedente de LA y FT

- ❖ Contribuye a lograr una adecuada relación costo-beneficio para los involucrados
- ❖ Evita sobrecargar de trabajo injustificado a las oficinas públicas involucradas en el tema y a la propia justicia liberando recursos para ser aplicados a los casos que realmente lo merezcan
- ❖ Alinea la configuración actual del delito a los objetivos que guiaron su inicial delineamiento tanto a nivel internacional como local apuntando, a prevenir y combatir la acción de organizaciones criminales
- ❖ Existen diferencias en el límite cuantitativo, en el tipo de impuesto recaudado y en cuanto al período considerado para evaluar el umbral

Sería conveniente que la DT como delito precedente se limitara al caso de organizaciones criminales

- ❖ Aun cuando ello no se infiere de la Recomendación del GAFI ni constituye una exigencia generalizada en los países analizados, bajo la tesis que busca mantener el delito de lavado de activos en una órbita de “delitos complejos” y de fuerte connotación negativa social, sería adecuado reservar la figura para el caso de delincuencia organizada y grupos criminales

La vigencia de la DT como delito precedente debería aplicarse a actos futuros

- ❖ Aplicarse a “actos” cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la normativa (certeza jurídica e irretroactividad de la ley penal), dejándose ello claro en la normativa a aprobar

Criterios básicos a considerar en caso de que la DT sea cometida en el exterior

- ❖ Delito en ambos países
- ❖ Identidad de los bienes jurídicos afectados
- ❖ Delineamiento típico semejante
- ❖ Cierta coherencia sancionatoria

Sería conveniente, al menos para ciertas hipótesis, excluir la figura del “autolavado”

- ❖ Podría entonces limitarse el caso del “Autolavado” a la obtención de beneficios indebidos no autogenerados (v. gr. Chile)

No es necesario incluir nuevos sujetos obligados

- ❖ Ello por cuanto, para el caso de los posibles nuevos sujetos con injerencia precisamente en temas tributarios, se podrían involucrar o lesionar otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (intimidación, derecho de defensa y de “*no autoincriminación*”, etc. del contribuyente afectado y también el “*derecho de trabajo*” del profesional actuante)
- ❖ En su defecto deberían preverse exoneraciones de reporte para dichos sujetos en instancias iniciales de ser contactados por un potencial cliente

NOTA: Más allá de eso, con la normativa actual el no estar incluido como sujeto obligado a reportar para nada deja a salvo al agente económico de incurrir en alguna de las figuras delictivas tributarias analizadas

Los organismos actuales de contralor carecen del nivel de especialización necesario

- ❖ La UIAF y la SENACLAFT carecen del nivel de especialización necesario
- ❖ Podría ser una solución que los servicios jurídicos y de fiscalización especializados de la DGI brinden soporte a la UIAF y SENACLAFT

Los sujetos obligados deberían contar con normas claras sobre su contralor y cumplimiento

- ❖ Debe aspirarse a contar con el máximo nivel de certeza posible en un doble aspecto: clara definición de los actos que se incluyan dentro de la DT precedente y debida diligencia que debe llevar a cabo el sujeto obligado tanto para el caso de clientes locales como extranjeros, profundizando en forma específica para el delito precedente de DT las pautas previstas en el Decreto N° 355/2010

En caso de agregar a “profesionales del derecho” como sujetos obligados a reportar debe resguardarse íntegra y cabalmente su “secreto profesional”

- ❖ Conforme a la propia Recomendación de GAFI y el específico desarrollo de la DIRECTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO para los “profesionales del derecho” (abogados y contadores) debe excluirse la obligación de reportar “...en lo que respecta a la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente”, salvo en caso de que el profesional “...esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo” y sea ésa la finalidad de su asesoramiento

MUCHAS GRACIAS!!!