

# Control y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ley N° 18.494.

*Dr. José Luis G. González<sup>1</sup>*  
*Profesor Adjunto de Derecho Penal*

## **Introducción**

Si bien en nuestro país la primera disposición legal que regula conductas referidas al consumo y comercialización de estupefacientes es el Decreto – Ley N° 14.294 de 1974, fue recién a finales de la década de 1990 donde comienza un proceso legislativo tendiente a combatir delitos de narcotráfico, terrorismo y lavado de activos.

La ganancia proveniente de la venta de la droga y otros delitos conexos y su forma de incorporarla al sistema financiero y legitimar su origen (lavado de activos), gestó una nueva forma de prevenir y reprimir las noveles conductas delictivas.

Paulatinamente el legislador amplió el elenco de figuras jurídicas considerados delitos precedentes, se fortalecieron mecanismos de cooperación internacional entre Estados, se crearon listas de personas físicas y jurídicas obligadas a informar operaciones sospechosas, se tipificaron delitos de naturaleza terroristas, se intensificaron controles a las instituciones bancarias, y se incorporaron nuevas técnicas de investigación, y mecanismos de disminución o exoneración de responsabilidad mediante acuerdo con los indagados.

Esta proliferación de leyes en procura de combatir el crimen organizado, fundamentalmente en relación al comercio de la droga, el combate al terrorismo y el lavado de activos se inscribe en el marco del cumplimiento de compromisos internacionales – donde - en la mayoría de los casos, la materia jurídica viene amalgamada a las finanzas públicas, a las inversiones extranjeras y a la concesión de préstamos con diversas instituciones financieras de la región.<sup>2</sup>

## **Marco Regulatorio**

Los antecedentes legislativos relacionados con la ley N° 18.494 de 3 de junio de 2009 se encuentran en las siguientes disposiciones legales:

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor Adjunto de derecho penal de UDELAR. Ex becario de Max Planck Institut. Ex secretario del INUDEP.

<sup>2</sup> Las empresas calificadoras de riesgo puntúan el mayor o menor compromiso de los Estados en combatir la vulnerabilidad de los sistemas financieros respecto de prácticas consideradas delictivas o productoras de gran dañosidad social. En materia legislativa el cumplimiento de las recomendaciones se interpreta muy favorablemente como un aspecto positivo.

a) El **Decreto – Ley N° 14.294 de 31 de octubre de 1974** sancionó a través de una multiplidad de verbos nucleares, conductas relacionadas con la distribución de sustancias, el almacenamiento, organización y financiamiento de estupefacientes.

b) La **ley N° 17.016 de 22 de octubre de 1998**, sustituyó el Decreto - Ley N° 14.294 de 31 de octubre de 1974 en relación a las normas referidas a estupefacientes, incorporando cuatro capítulos referidos a la sanción de los delitos de lavado de activos.<sup>3</sup>

c) La **ley No. 17.060, de fecha 23 de diciembre de 1998** tipificó en su artículo 30 el blanqueo de dinero proveniente de actos de corrupción pública, enumerando un elenco de delitos antecedentes cuya objetividad jurídica es la tutela de la Administración Pública. Este artículo fue derogado por el artículo 22 de la ley N° 17.835 de 23 de setiembre de 2004.<sup>4</sup>

d) La **ley N° 17.343 de fecha 23 de mayo de 2001**, incorporó el capítulo XIV al artículo 5 de la ley N° 17.016, estableciendo que los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de dicha ley, también serán de aplicación a las conductas antecedentes.<sup>5</sup> Esta ley fue derogada por el artículo 22 de la ley N° 17.835 de 23 de setiembre de 2004.<sup>6</sup>

e) La **ley N° 17.835 de 23 de setiembre de 2004 de *Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo***, fue la primera ley que estableció la obligación de determinadas personas físicas y jurídicas de informar al Banco Central del Uruguay el conocimiento de operaciones sospechosas, creando asimismo un elenco de institutos y delitos nuevos. Esta ley fue reglamentada por el decreto N° 86/2005 de 24 de febrero de 2005, y posteriormente los artículos 1° y 4° de la ley N° 18.494 de 5 de junio de 2009, sustituyeron varias de sus disposiciones.<sup>7</sup>

f) La **ley N° 17.861 de 15 de diciembre de 2004** aprobó la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada.<sup>8</sup> Dicha Convención estableció no solo la obligación de tipificar como delito una serie de conductas relacionadas con bienes inmuebles de origen espurio, como la conversión, transferencia, ocultamiento, ayuda para evadir las consecuencias de delito (artículo 2); sino también un elenco de institutos jurídicos o medidas de diversa naturaleza tendientes a fortalecer la instrucción y el proceso, como la protección de los testigos (artículo 23), asistencia y protección a la víctimas (artículo 24); medidas para alentar la cooperación con las autoridades

<sup>3</sup> Específicamente el Capítulo IX, artículos 54 a 61, estableciendo guarismos mínimos de prisión. Posteriormente, la ley N° 17.835 de 14 de setiembre de 2004, elevó la pena de los delitos tipificados en los artículos 54 y 55 a un mínimo de dos años de penitenciaría y un máximo de quince.

<sup>4</sup> Ley N° 17835.- Artículo 22.- Deróganse el artículo 30 de la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998, y la Ley N° 17.343, de 25 de mayo de 2001.

<sup>5</sup> **Artículo Único.**- Incorpórase el siguiente capítulo al artículo 5° de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998. “**CA-PÍTULO XIV:** Artículo 81.- Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos.

<sup>6</sup> Ley N° 17835. Artículo 22.- Deróganse el artículo 30 de la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998, y la Ley N° 17.343, de 25 de mayo de 2001.

<sup>7</sup> Se mantuvieron vigentes de la ley N° 17.343 los artículos 4, 5, 13, 15 17, 18, 20 y 22.

<sup>8</sup> **Artículo Único.**- Apruébase la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos complementarios para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, adoptados el 15 de noviembre de 2000 en la ciudad de Nueva York, en oportunidad de celebrarse el 55 período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

nacionales (artículo 26), intercambio de información entre los Estados Parte (artículo 28), régimen de extradición (artículo 16), entre otro/as.

g) El artículo 28 de la **ley N° 18.026 de 25 de octubre de 2006**, que sustituyó el artículo 8 de la ley N° 18.835 de 23.9.2004, que incorporó como delitos antecedentes al blanqueo de capitales el crimen de genocidio, crimen de guerra y crímenes de lesa humanidad.

h) La **ley N° 18.362 de fecha 6 de octubre de 2008** creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado.<sup>9</sup>

## **Análisis normativo**

En la presente contribución voy a obviar del análisis normativo, toda referencia a los tipos penales propiamente dichos, es decir, los artículos 54 a 57 del Decreto – Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, incorporados por remisión de los artículos 1° y 8° de la ley N° 18.494, para referirme a las obligaciones y deberes de las personas físicas y jurídicas, las medidas cautelares y demás institutos y/o medios de prueba incorporados por la nueva legislación.

La ley N° 18.494 de 3 de junio de 2009 contiene normas de derecho penal, derecho procesal penal, normas administrativas y normas relacionadas con el funcionamiento del sistema financiero, regulada a través de catorce artículos que en su mayoría sustituyen disposiciones de otras leyes.<sup>10</sup>

**El artículo 1° de la ley N° 18.494** sustituye nueve (9) artículos de la ley N° 17.835.<sup>11</sup>

El artículo primero sustituido establece la obligación que tienen determinadas personas físicas y jurídicas de informar al Banco Central del Uruguay una serie de transacciones, que de acuerdo al uso y costumbre de la respectiva actividad, resulten “...*inusuales, se presenten sin una justificación económica o legal evidente o se planten con una complejidad inusitada o injustificada*...”<sup>12</sup>

Una transacción resulta *inusual* cuando es infrecuente, rara, extraña, particular, es decir, cuando no se realiza con la debida periodicidad como para adjudicarle la nota de regularidad.

Las transacciones *sin justificación económica o legal evidente*, implican la adquisición o desprendimiento de bienes con precio vil, es decir, sin aparentes ventajas para el adquirente o vendedor.

<sup>9</sup> La ley N° 18.362 es de *Rendición de Cuentas y Balance de la Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2007*, y el artículo 414 reza: “Créase en el Poder Judicial a partir del 1° de enero de 2009 dos cargos de Juez Letrado de Primera Instancia en la Capital con destino a la creación de dos nuevos Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado, con sede en la ciudad de Montevideo...”

<sup>10</sup> El proyecto de ley fue elaborado por una comisión de juristas designada por la Prosecretaría de la Presidencia de la República, coordinada por la doctora María Rosa Longone e integrada por los doctores Olga Carballo (ex Fiscal Letrada en lo Penal), Jorge Díaz (Juez Letrado del Juzgado del Crimen Organizado), Leonardo Costa (abogado, ex Prosecretario de la Presidencia de la República) y Gabriel Adriasola (abogado y ex Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal). Carpeta 3293 de 2009 de la Cámara de Representes (<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/fichas/asuntos/AP37860.htm>).

<sup>11</sup> Se sustituyen los artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8, 14, 16 y 19.

<sup>12</sup> En términos generales reitera el texto del artículo 1° de la Ley N° 17.835 de 23.9.2004.

Las transacciones con una *complejidad inusitada o injustificada*, son aquellas que igual se perfeccionan o realizan a pesar de los obstáculos, complicaciones y laberintos que presenta el negocio jurídico.

La obligación de denunciar por parte de las personas físicas y jurídicas no se limita a las operaciones enumeradas taxativamente en el artículo 1º, sino que se extiende a todas las “transacciones financieras que involucren activos, sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud”. La ley no establece un *numerus clausus* de transacciones sospechosas, sino que deja librado al *intérprete* lo que considere puede llegar a ser de “procedencia ilícita” como presupuesto para formular la denuncia. En tal sentido, la norma es de tal amplitud, que no sólo deberá denunciarse la transacción a realizar, sino también la que se haya realizado, conforme al uso y costumbre de la respectiva actividad si esta resulta sospechosa.<sup>13</sup>

Por su parte, la obligación de denunciar ante la sospecha de operaciones de financiamiento del terrorismo es aún más amplia, pues alcanza también a operaciones lícitas, allí donde se sospeche que pueden estar involucradas personas físicas o jurídicas vinculadas a actividades terroristas o a su financiamiento (artículo 16).

Como se advierte, la disposición reposa no sólo en la sospecha de ilicitud (o no) de la operación, sino en la sospecha de la persona (física o jurídica) que interviene.

Se trata de la aplicación de un verdadero derecho penal de autor, donde la conducta en sí misma deja de ser fuente generadora de ilicitud, para serlo también aquellas personas físicas vinculadas a quienes financian organizaciones terroristas.<sup>14</sup>

La obligación de informar también comprende a otros sujetos de derecho, cuyo supervisión queda a cargo del Banco Central del Uruguay: a) las empresas que presten servicios de arrendamientos y custodia de cofres de seguridad, de transporte de valores y de transferencia o envío de fondos; b) los fiduciarios profesionales y c) los asesoramientos en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad.

Es evidente que la ley a querido involucrar en el combate al narcotráfico y lavado de activos a personas físicas y jurídicas que pueden ser utilizadas como medio para lograr los delitos que la ley persigue, asignándole una obligación de hacer (informar), so pena de sanción pecuniaria, y/o eventualmente punitiva.

El artículo segundo sustituido, amplía el espectro de los sujetos obligados (en comparación con la Ley N° 18.835), hacia aquellas personas jurídicas donde normalmente en el giro de sus negocios también circula dinero (*casinos, inmobiliarias, y otros intermediarios en transacciones que*

<sup>13</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción *Artículo 14.- Medidas para prevenir el blanqueo de dinero*1. Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas.

<sup>14</sup> Por ejemplo, cualquier negocio traslativo de dominio en Uruguay, o incluso fuera de fronteras (artículo 16 *in fine*) que sea realizado por un ciudadano de origen musulmán debería ser informado al Banco Central habida cuenta de la eventual vinculación con la organización terrorista AL - QAEDA.

involucren inmuebles), y a personas físicas como los escribanos (en tanto realicen las actividades descritas en la ley), rematadores y, las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compra y la venta de antigüedades, obras de arte y metales y piedras preciosos, los explotadores de zonas francas y las personas físicas o jurídicas que a nombre y por cuenta de terceros realicen transacciones o administren, en forma habitual, sociedades comerciales.

La inclusión de los profesionales escribanos como sujetos obligados a denunciar operaciones irregulares, bien en la medida que intervengan en las actividades descritas en el artículo segundo, III) letras “a” a “f”, implica – en primer lugar – limitar la esfera del secreto, propio de determinadas profesiones, y en segundo lugar, crea un límite impreciso entre el asesoramiento y la complicidad de presuntas operaciones ilícitas.

La sanción por el incumplimiento de informar es la aplicación de severas multas (artículo 2° *in fine*).

El artículo tercero sustituido establece la reserva de la información que los sujetos obligados brindan al Banco Central, extendiéndose la misma a las personas relacionadas contractualmente con él, es decir, se prohíbe al denunciante, a sus socios y empleados – por ejemplo – poner sobre aviso a las personas involucradas en operaciones sospechosas.

Una vez recibido el reporte, la Unidad de Análisis Financiero (U.A.F.I) “podrá instruir” – dice la ley – en un plazo máximo de tres días hábiles el criterio a seguir en la transacción comercial. Transcurrido el plazo, el sujeto obligado queda en libertad de acción para “adoptar la conducta que más estime a sus intereses”.

Ello opera como una suerte de denegatoria ficta, y a partir de entonces el sujeto obligado no sólo podrá revelar su actuación ante la U.A.F.I. sino – incluso – perfeccionar el negocio postergado o “transacción sospechosa” sin ninguna responsabilidad y consecuencia para él.

El artículo seis sustituido refiere a las potestades de la Unidad de Análisis Financiero (UAFI). Además de *instruir* – a las instituciones sujetas al control del Banco Central para que impidan operaciones que involucren fondos provenientes de origen espurio, hasta por un plazo de setenta y dos horas, deben comunicar al Juzgado Penal competente para que decida si se inmovilizan o no los activos de los partícipes.

La resolución judicial, ya sea disponiendo o denegando debe recorrer el camino inverso, esto es, comunicar a la U.A.F.I, y está al sujeto obligado (en este caso, instituciones sujetas al control del BCU).

Ello forma parte de una política de *retroalimentación* entre los sujetos obligados a informar y el organismo investigador, a los efectos de que aquéllos sientan que sus acciones tienen resultados.<sup>15</sup>

El artículo siete sustituido establece atribuciones al Banco Central del Uruguay en materia de intercambio de información. Sobre la base de la reciprocidad, la ley autoriza a “...intercambiar

---

<sup>15</sup> Comisión Especial del Senado con fines legislativos y de investigación sobre el lavado de activos y crimen organizado. Carpeta N° 3293. Repartido N° 179, junio de 2009.

información relevante para la investigación de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo con las autoridades de otros Estados...”.

La disposición procura remover los obstáculos que en la práctica se presentaban para proceder al intercambio de información a distancia con otros organismos.

El artículo ocho sustituido amplía el elenco de las fuentes de obtención de dinero ilícito, que también pueden derivar en la configuración de los delitos previstos en los artículos 54 a 57 del decreto – ley N° 14.294 de 31 de octubre de 1974.

No hay duda, que la disposición pone de manifiesto que el delito de lavado de activos requiere de un delito antecedente para su configuración.

Ahora bien.

Si bien el legislador siguió las recomendaciones internacionales de incluir nuevas figuras penales como delito antecedente, empero la nómina no contiene todos los delitos que G.A.F.I. recomienda incluir. Por ejemplo, las lesiones graves y el homicidio quedan al margen de nuestra legislación.

Conforme fuera dicho en la Comisión Especial del Senado, el motivo de ampliar la nómina de delitos subyacentes es “...el propósito de incluir las diversas modalidades del fraude financiero o societario y otros delitos de crimen organizado. Se entiende que la exclusiva mención a la estafa cuando es cometida por funcionarios de entidades sujetas al control del Banco Central en el ejercicio de sus funciones es insuficiente para abarcar el amplio espectro de la criminalidad financiera organizada. Por lo tanto, se incluyen como delitos precedentes al de lavado de activos los delitos graves o cometidos por el crimen organizado que son sugeridos por las recomendaciones internacionales. Así se agregan a la lista existente: los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, financiación del terrorismo, estafa, apropiación indebida, delitos de corrupción, la quiebra, la insolvencia fraudulenta y la insolvencia societaria fraudulenta, los delitos cometidos por los administradores de las sociedades anónimas durante el ejercicio de sus funciones, delitos marcarios y contra la propiedad intelectual, las conductas delictivas previstas en el Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley N° 17.815 sobre violencia contra niños y adolescentes; por último la falsificación y alteración de moneda”.<sup>16</sup>

La disposición describe veintidós actividades prohibidas<sup>17</sup> varias de ellas – a mi juicio – su-

<sup>16</sup> Carpeta N° 3293. Repartido N° 179, junio de 2009.

<sup>17</sup> 1.crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad tipificados por la Ley N° 18.026, de 25 de setiembre de 2006; 2.terrorismo; 3.financiación del terrorismo; 4.contrabando superior a US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); 5.tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; 6.tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos;7.tráfico ilícito y trata de personas; 8.extorsión; 9.secuestro; 10.proxenetismo; 11.tráfico ilícito de sustancias nucleares; 12.tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; 13.estafa; 14.apropiación indebida; 15.los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública); 16.quiebra fraudulenta;17.insolvencia fraudulenta; 18.el delito previsto en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (insolvencia societaria fraudulenta); 19.los delitos previstos en la Ley N° 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus modificativas (delitos marcarios); 20.los delitos previstos en la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003 y sus modificativas (delitos contra la propiedad intelectual); 21.las conductas delictivas previstas en la Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley N° 18.250, de 6 de enero de 2008 y todas aquellas conductas ilíci-

peran excesivamente la protección del objeto que se pretende tutelar<sup>18</sup>

Los artículos catorce y dieciséis sustituidos declaran de naturaleza terrorista determinados delitos, y crean un tipo penal autónomo referidos al delito terrorista.

Habida cuenta de la gravedad ontológica que el legislador asigna a estas conductas, se castiga la conspiración y los actos preparatorios.

El artículo diecinueve sustituido establece la obligación de declarar el tráfico de dinero fronterizo superior a U\$S 10.000 u otros bienes de similar naturaleza que superen dicho valor. Las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central lo declararán ante dicha institución y los particulares ante la Dirección Nacional de Aduanas.

El incumplimiento de esta obligación por parte de los sujetos obligados, trae como consecuencia la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo primero de la ley que comentamos N° 18.494, es decir, las "...medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992 y las modificaciones introducidas por las Leyes N° 17.523, de 4 de agosto de 2002 y N° 17.613, de 27 de diciembre de 2002".

En buen romance, se trata de sanciones pecuniarias.

Por su parte, el incumplimiento de los sujetos no obligados ante el Banco Central, es decir, quienes debieron declarar el exceso ante la Dirección Nacional de Aduana y no lo hicieron, son pasibles de una multa "...cuyo máximo podrá ascender hasta el monto de la cuantía no declarada".

En el apartado final de esta disposición, se establece la facultad de la autoridad competente que intervenga en el control del transporte transfronterizo de valores "...de detener los fondos o valores no declarados..." y luego – la ley dice "inmediatamente" – deberá solicitarse la orden judicial de incautación. Es una suerte de competencia de urgencia, previendo la lejanía o imposibilidad inmediata de obtener la orden judicial.

Se establece en el inciso final, el procedimiento a seguir en caso de impugnación de la incautación por el falso declarante.

El **artículo segundo de la ley N° 18.494**, sustituye los artículos 62 y 63 del Decreto – Ley N° 14.294 en la redacción dada por el artículo 5 de la ley N° 17.016 referido a medidas cautelares y el decomiso<sup>19</sup>.

Estas medidas obedecen a la política seguida en esta materia por la última administración de gobierno, donde plantea el combate contra la droga y el lavado de activos, utilizando no sólo las

---

tas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre venta, prostitución infantil y utilización en pornografía o que refieren a trata, tráfico o explotación sexual de personas; 22. la falsificación y la alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal".

<sup>18</sup> Por ejemplo, el numeral 13° refiere a la "ESTAFA". Ello implica, que si un sujeto indujo en error a su víctima para obtener un provecho injusto, y luego "invierte" el dinero en la adquisición de una obra de arte, será responsable – además del delito antecedente de *estafa* – de alguno de los tipos penales previstos en la ley de prevención de lavado de activos. En el mismo sentido, si se tratara de un secuestro (numeral 8), o del delito de *apropiación indebida* (numeral 14).

<sup>19</sup> Se sigue en general el criterio de las medidas cautelares contenidas en el Código General del Proceso.

herramientas o recursos del Estado, sino también los propios bienes utilizados en la comisión de los delitos. Las medidas tienen un plazo máximo de duración de dos años, so pena de caducar de pleno derecho, si para entonces no se ha solicitado el enjuiciamiento.

## Las Medidas Cautelares

El artículo 62 sustituido refiere a las medidas cautelares.

El criterio de adopción sigue el principio general, esto es, el peligro de lesión o frustración del derecho del Estado de disponer de bienes una vez decomisados, por la demora del proceso.

Si bien el instituto de las medidas cautelares se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico aquí se presentan con ciertas peculiaridades.

En primer lugar, se trata de medidas cautelares a adoptar "...para asegurar la disponibilidad de los bienes sujetos a eventual decomiso". De esta expresión, se desprende que sólo pueden disponerse respecto de bienes (muebles o inmuebles).<sup>20</sup>

En segundo lugar, se asiste a una inocultable injerencia por parte del Poder Ejecutivo en asuntos de competencia exclusiva del Poder Judicial. Se faculta a un órgano administrativo – la Junta Nacional de Drogas – "...de requerir al Ministerio Público...la adopción de medidas cautelares sobre los bienes y productos del delito que le pudieran ser adjudicados por sentencia".

En puridad, no resulta razonable que el mismo órgano encargado de la investigación administrativa, sea al mismo tiempo quién solicita la medida, y posteriormente adjudicatario de los bienes.

La ley autoriza a la Junta Nacional de Drogas (que no es *parte* en el proceso) no sólo a solicitar una medida cautelar, sino que además puede hacerlo como resultado de una investigación administrativa, esto es, fuera del marco de una investigación judicial.

Única hipótesis viable de considerar, pues – aún pecando de ingenuidad – legalmente la *Junta* no podría estar en conocimiento de las actuaciones presumariales, en consecuencia cualquier solicitud de adopción de medidas cautelares se cimienta sobre el desarrollo de su propia investigación.

El artículo 63 sustituido refiere al **decomiso** de bienes.

El artículo 63.1 define al decomiso como "...la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita".

El decomiso procura contrarrestar la motivación y el objetivo del sujeto activo respecto del delito cometido. Cuando ya se obtuvo la ganancia del delito precedente (droga, tráfico, corrup-

<sup>20</sup> No sería legal que se dispusiera una medida cautelar con cualquier otra finalidad que no sea para asegurar bienes "sujeto a eventual decomiso", por ejemplo, si se adoptara como medida cautelar la prohibición de salir del país. Esta resolución podría llegar a adoptarse, aún con la existencia de una redacción confusa, invocando las "MEDIDAS ESPECÍFICAS" (Artículo SEGUNDO en la nueva redacción dada al artículo 62 y 63 del decreto ley N° 14.292).

ción pública, etc.), el nuevo objetivo es la colocación del dinero en la plaza financiera, de allí que la incautación opera como factor desmotivador, pues no sólo el infractor se enfrenta a la sanción punitiva de la privación de libertad, sino también a la amenaza de perder la inversión realizada.

En tal sentido, se vuelve igual o más importante que el castigo punitivo.

Ahora bien.

La ley es de tal amplitud con relación al decomiso que termina desnaturalizando el propio instituto. Si el decomiso es la privación con carácter definitivo de los bienes o productos del delito, no debería extenderse más allá de lo relacionado con el hecho ilícito. Sin embargo la ley lo transforma en una herramienta de resarcimiento del daño eventualmente provocado que no tiene límites al derecho de propiedad, de lo contrario no tendría explicación la configuración del *decomiso por equivalente* (artículo 63.3), habida cuenta que viene a “sustituir” aquellos bienes ‘...que no pudieron ser decomisados...’. Siendo así, se convierte en una medida meramente resarcitoria. Si el fundamento del *decomiso* fuera erradicar únicamente el producido material del delito, o sus instrumentos, el tribunal penal competente no tendría porque disponer ‘...el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor’ (artículo citado *in fine*).

En similar sentido, se orienta el “decomiso de pleno derecho” (artículo 63.4). Este opera como una suerte de responsabilidad objetiva por el mero hecho de no comparecer ante el Tribunal, pues quién fuera requerido por la justicia, y no fuera habido en el término de seis meses, caducará su derecho a los bienes que cautelarmente se le hubiere incautado. Se trata de un verdadero atropello contra el derecho de propiedad. Ni el instituto más avieso de la prescripción postula semejante despojo. Se trata de una disposición muy próxima a la inconstitucionalidad, allí donde deja de lado el derecho al debido proceso.

Se presume la responsabilidad por el mero hecho de la ausencia, como un castigo anticipado de una sentencia de condena que tal vez nunca llegue. Sólo el arbitrio del poder, puede convertir la ausencia del citado en una nueva forma de traslación de dominio.

Este modelo de persecución va camino de lo que Gunter Jakob denomina *el derecho penal del enemigo*.

Otro tanto ocurre con la inmovilización de activos (artículo 63.4 *in fine*), donde se altera flagrantemente el criterio de la carga de la prueba, dejando en manos del indagado – titular de la cuenta - acreditar el origen lícito de los activos depositados e inmovilizados. Si transcurridos seis meses desde la inmovilización y el indagado no pudo probar la licitud de su capital, también se produce el “decomiso de pleno derecho”, es decir, se le priva el bien “con carácter definitivo de su patrimonio”.

Conforme a los principios generales del proceso inquisitivo es el Juez quién debe recolectar la prueba de cargo, coadyuvado con el Ministerio Público en las etapas respectivas del proceso, y no el indagado quién debe probar su inocencia.

Reflexión aparte merece analizar lo que la ley considera “ÁMBITO SUBJETIVO” (artículo 63.5).

En primer lugar porque recoge un criterio de imputación hasta ahora vedado por el ordenamiento jurídico. Eleva el “indicio” a la categoría de plena prueba habida cuenta del giro gramatical empleado en la disposición, “...los indicios recogidos en la acusación...”. La doctrina ha sido conteste en considerar el “elemento de convicción suficiente” o la “semi plena prueba” como respaldo de garantía suficiente para dictar el auto de procesamiento, empero para dictar la sentencia de condena es necesaria la plena prueba, donde el *indicio* no tiene lugar.

En segundo lugar, la norma postula una suerte de “expropiación *sine die*” ya que habilita al juez, no sólo a decomisar los bienes del condenado producto del delito, sino también “...los bienes y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquél en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo...” aunque luego la norma aclare que “siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva”.

Conforme a lo que viene de expresarse, va de suyo, que se asiste a una nueva modalidad del ejercicio del derecho penal, donde los principios y los institutos tradicionales, dan paso a una nueva forma de imputación en detrimento de las garantías del justiciable.

El **artículo tercero de la ley N° 18.494** autoriza a extender el tiempo de reserva del presumario más allá de un año, variando el criterio seguido por el legislador en el artículo 113 del Código del Proceso Penal.

En tal sentido, se restringe el caro derecho adquirido del indagado y su abogado de tomar conocimiento de las actuaciones en forma inmediata una vez iniciado el presumario. Reza el artículo 3: “En los procesos de competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado, la reserva no registrará el plazo de un año que establece el artículo 113 del Código del Proceso Penal”.

Ello significa volver al antiguo sistema de instrucción, donde el juez y el fiscal actúan mancomunadamente, y una vez diligenciada la prueba y solicitado el enjuiciamiento del indagado, recién se “abre” el proceso para la defensa donde poco o nada queda por hacer, y su intervención no pasa de ser una presencia simbólica donde en la mayoría de los casos la suerte del indagado ya fue decidida.

Es cierto que hay determinadas medidas que si previamente se dieran a conocer pueden frustrar el objetivo de la investigación, empero de allí a establecer *sine die* el plazo de reserva implica tanto como desconocer los innumerables instrumentos jurídicos que proclaman la igualdad de las partes en el proceso y el derecho del indagado a conocer en tiempo y forma el motivo de su imputación.<sup>21</sup>

El **artículo cuarto de la ley N° 18.494** sustituye los artículos 9 a 12 de la ley N° 17.835 que se refieren al instituto de la entrega vigilada y su aplicación.

La **entrega vigilada** es un procedimiento de investigación e inteligencia que se utiliza para perseguir, vigilar y controlar las actividades ilegales cometidas, autorizando el traslado de remesas de un lugar a otro (incluso fuera de fronteras) a los efectos de identificar la ruta de acceso y

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, Convención Interamericana de DDHH (Pacto de San José de Costa Rica),.....

su destinatario<sup>22</sup>

Generalmente en un procedimiento que se utiliza para combatir el crimen organizado<sup>23</sup>

Por su propia naturaleza son operaciones reservadas.

Va de suyo, que las definiciones conceptuales a nivel del derecho internacional de los tratados, y los compromisos de cada Estado de legislar en la materia, han hecho que estos nuevos institutos se fueran incorporando al ordenamiento jurídico interno.<sup>24 25</sup>

Al principio, la entrega vigilada sufrió el embate de numerosas críticas, habida cuenta que se trataba de un instituto con evidente proliferación de antivaleos donde se promovían actos basados en el engaño, la deslealtad y la traición; así como por implicar la participación deliberada y activa en la provocación o ejecución de conductas delictivas.

Con el tiempo se atemperó el descontento de este medio probatorio, pero su conformidad dista de ser pacífica.

Técnicamente significa la autorización por parte del juez de la circulación de bienes (dinero, metales preciosos), sustancias prohibidas (estupeficientes) o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal, de alguno de los delitos de competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado, bajo la supervisión de las autoridades competentes y con el objetivo de identificar a las personas responsables de la comisión de dichos delitos.

El **artículo cinco de la ley N° 18.494** refiere al instituto de la vigilancia electrónica.

La **vigilancia electrónica** es un medio tecnológico utilizado en la investigación de los deli-

<sup>22</sup> Por ejemplo, la autoridad aduanera a sabiendas que un vehículo transporta drogas, franquea su paso a los efectos de seguirlo, investigar como se introduce en el mercado, y quien es el adquirente. Si la droga se hubiera incautado en el paso fronterizo, el último tramo queda sin conocerse.

<sup>23</sup> La expresión "crimen organizado" se utiliza modernamente para referirse a grupos de poder económico con determinada estructura jerárquica, y dominio funcional de los demás integrantes, fundamentalmente vinculados a delitos no tradicionales (trata de personas, lavado de activos, estupeficientes, explotación de la prostitución), etc.

<sup>24</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, (Convención de Viena), donde se establecen las condiciones de aplicación de ese procedimiento. ARTÍCULO 11 - ENTREGA VIGILADA 1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas. 2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas. 3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupeficientes o sustancias psicotrópicas que contengan.

<sup>25</sup> **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25 Artículo 20.- *Técnicas especiales de investigación*1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

tos. La expresión *vigilancia electrónica* es el género de un medio de prueba, que se construye con diversas especies de investigación, donde la interceptación telefónica (comúnmente llamada *escucha*) es sólo una de ellas.

También incluye la interceptación de correos electrónicos, mensajes de texto, intervención de teléfonos satelitales, cámaras de video, micrófonos ocultos, etc.

Es un medio de prueba que genera resistencia – particularmente la *escucha* – porque atenta contra el derecho a la intimidad y privacidad de las personas. Nuestro ordenamiento jurídico no la prohíbe, a diferencia de otros países como Bolivia que se encuentra vedado constitucionalmente.<sup>26</sup>

De todas formas es discutible hasta que esfera de intimidad puede llegar el Estado para obtener los fines que se propone.<sup>27</sup>

La incorporación de la vigilancia electrónica – contenida en el artículo 5 – fue prevista para un proceso acusatorio, pues sólo procede a “requerimiento del Ministerio Público”, lo que revela un origen foráneo, no advertido por el legislador.

El Juez tiene el deber de supervisar el desarrollo y la recolección de la prueba, y es el encargado de la selección del material a utilizar en la causa.<sup>28</sup>

A los efectos de “validar” la prueba recolectada, la ley establece que deberá someterse “el material al indagado para el reconocimiento de voces e imágenes”.

Ello significa que previo o durante el interrogatorio judicial se necesita el reconocimiento de que la *escucha* le pertenece. Esta instancia, que generalmente coincide con la designación del *defensor*<sup>29</sup> es donde la ley establece que las actuaciones serán puestas a disposición para “su control y análisis”.

El “control” consiste en la inspección o fiscalización respecto de la legalidad de la prueba a incorporar y el “análisis”<sup>30</sup> es el examen que se hace de la obra, escrito, o cualquier realidad susceptible de estudio intelectual.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> La nueva Constitución política del año 2009, reza en el Título II, Capítulo III, Sección I, artículo 25, III. “Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”.

<sup>27</sup> Hasta la aprobación de la ley N° 18.494, la legalidad de la interceptación telefónica se fundaba en el artículo 212 C.P.P. (Interceptación de correspondencia y otras comunicaciones).- Si existen motivos graves para creer que la interceptación de la correspondencia postal o telegráfica o toda otra forma de comunicación en que el imputado intervenga, aun bajo nombre supuesto, pueda suministrar medios útiles para la comprobación del delito, el Juez la ordenará y en su caso, dispondrá su secuestro, por resolución fundada, librándose los oficios correspondientes. Tratándose de tercero, podrán dictarse las mismas medidas siempre que el Juez tenga motivos seriamente fundados, que se harán constar, para suponer que, de las mencionadas comunicaciones, pueda resultar la prueba de la participación en un delito (Artículo 28 de la Constitución de la República).

<sup>28</sup> La ley no determina la reglamentación o la selección de criterio por parte del Juez en la selección de material. En la práctica se ha visto que los técnicos encargados de reproducción son los que suprimen de la “escucha” todo aquello que es de orden *social*, es decir, lo que implica cuestiones personales ajenas al objeto de la investigación.

<sup>29</sup> Porque puede no ser la primera actuación presumarial, y haberse ya designado con anterioridad al Defensor.

<sup>30</sup> Concepto gramatical más amplio.

<sup>31</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

En el caso que nos ocupa ambas son formas de proteger los derechos del indagado respecto de la prueba de cargo que lo incrimina, empero es necesario reglamentar o determinar un protocolo de actuación para mayor garantías de las partes.<sup>32</sup>

Ahora bien.

Para el caso que la vigilancia electrónica consista en la *escucha telefónica*, ésta tiene una limitación establecida en la propia ley.

A texto expreso se excluyen aquellas “comunicaciones de cualquier índole que mantenga el indagado con su defensor” (artículo 5 *in fine*).

¿Quién es “defensor” en nuestro ordenamiento jurídico?

Según el Título IV, Capítulo III, artículo 75 y ss, CPP el término ‘defensor’ se emplea para designar al abogado que ejerce el patrocinio en materia penal. Así se infiere del contexto de las disposiciones referidas.<sup>33</sup>

Por el contrario, cuando el legislador ha querido indicar un representante en materia no penal se ha referido al “abogado” no al ‘defensor’.<sup>34</sup>

En consecuencia, el defensor es quién ejerce el patrocinio penal, y se adquiere dicha condición, o a partir de la designación “al tiempo de la declaración ratificatoria” (art.78 CPP), o desde la primera consulta jurídica independientemente que sea o no en los estrados.

Aquí - en la ley N° 18.494 - el término *defensor* debe considerarse en **sentido amplio**, es decir, *defensor* es todo aquel profesional del derecho que asuma el patrocinio letrado de su cliente, ora asesorándolo previo a cualquier instancia formal, ora desempeñando la actividad técnica en los estrados.

De allí, que cuando la disposición se refiere a la exclusión de las comunicaciones “de cualquier índole que mantenga el indagado con su defensor” deberá prescindirse todas aquellas donde surja probada la relación cliente – profesional.

En otras palabras, las comunicaciones que están expresamente excluidas son las que tiene el abogado con el indagado en su calidad de “defensor”, y la condición de “defensor” se adquiere a partir de la primera consulta.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Si bien en la práctica se suele entregar en la misma audiencia una copia a la Defensa y puede ejercerse cierto control sobre la *escucha* y su transcripción, en puridad, recién se tiene un efectivo control cuando se obtiene copia del soporte electrónico a los efectos de cotejarlo con la fidelidad de la transcripción. Generalmente ello ocurre luego de dictado el auto de procesamiento. Se ha podido observar que no todas las transcripciones son el fiel reflejo del contenido del soporte electrónico.

<sup>33</sup> “Sólo podrá constituirse defensor en un proceso penal el abogado con título hábil expedido....(art.75). El imputado no podrá ser representado y defendido por más de dos defensores (art.76). Todo defensor podrá representar y defender a más de un imputado en la misma causa (art.77), etc.

<sup>34</sup> Código General del Proceso.- Artículo 37.1 La parte deberá comparecer a todos los actos del proceso asistida por abogado... 37.6 El tribunal rechazará de plano los escritos que no lleven firma de abogado, salvo el caso de existir expresa dispensa al respecto. Art.38.- Apoderado.- La parte podrá actuar en el proceso representado por apoderado -abogado o procurador...

<sup>35</sup> Por ejemplo, si el defensor mantiene una conversación telefónica con el indagado, donde le da órdenes a seguir para

La interpretación amplia que se postula, en modo alguno significa la impunidad de la conducta para el profesional abogado actuante, pues su participación en los hechos investigados puede recolectarse a través de la propia interceptación telefónica (excluyendo la de sus clientes), y cualquier otro medio probatorio permitido, que van desde la confesión de un indagado, la incautación de documentos en su despacho, la prueba por seguimiento personal o electrónica, la flagrancia, los careos, etc.

Por lógica consecuencia si la actividad del profesional encaja típicamente en alguno de los verbos nucleares de los delitos tipificados en la ley de estupefacientes y/o de lavado (artículos 54 a 60 de la ley 17.016) su conducta será punible, pero no por la prueba recolectada a través de vigilancias electrónicas que “mantenga el indagado con su defensor”, sino por los demás elementos de convicción suficientes, indicios, o semi plena prueba que gobiernan las actuaciones presumariales.

En tal sentido, todos los verbos nucleares de las figuras penales emergentes están referidos a la participación en el delito de los sujetos activos, cualquiera sea está la condición que ostenten, incluso la de profesional.

No debe confundirse la “asistencia”, “el asesoramiento” o “cualquier ayuda” (artículo 57) desde el punto de vista técnico, con cualquier otra conducta que se aparte de los protocolos de actuación profesional del abogado interviniente.

El **artículo seis de la ley N° 18.494**, se refiere a la figura del *colaborador*.

Esta figura jurídica (artículo 6) tiene cierta resistencia cultural pues se le asocia con determinados disvalores sociales, como la traición, la deslealtad, etc.

Más precisamente, se premia la delación.

Empero, sus adeptos sostienen que tales críticas ceden ante la importancia de los bienes jurídicos tutelados como el orden socio – económico, la administración de justicia, etc.

En rigor, más allá de que la figura se encuentra en el derecho comparado, y en las convenciones internacionales, el antecedente más cercano en nuestra legislación se encuentra en el numeral 13 del artículo 46 del código penal, que opera como circunstancia alteratoria de la pena cuando se colabora con la autoridad judicial.<sup>36</sup>

Lo primero que corresponde señalar, es que no debe confundirse la figura del *colaborador* con la figura del testigo protegido. El *colaborador* no es un testigo.

Si lo fuera no podría realizar *acuerdos* con el Ministerio Público porque su situación procesal no lo compromete penalmente.

La ley no define al *colaborador*, sino que se refiere a él indirectamente, cuando menciona el

---

evitar que otros integrantes del grupo sean descubiertos. Esa prueba a través de la vigilancia electrónica sería ilegal, porque pese al contenido ilícito que manifiesta, integra la categoría de “conversaciones de cualquier índole” que deben ser excluidas, que refiere el artículo 5.

<sup>36</sup> Artículo 46, CP “12). (Colaboración con las autoridades judiciales).- El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito.

aporte que puede realizar a la instrucción (Números “A” y “B” del artículo 6 de la ley).

Puede decirse que el *colaborador* es aquella persona que brinda información relevante en el curso de un proceso penal que sirve para el esclarecimiento de un delito.

Por información relevante debe entenderse la siguiente:

NUMERAL “A”.-

a) revelar la identidad de personas vinculadas a los hechos investigados proporcionando “...datos suficientes que permitan el procesamiento”, pj. No es suficiente con el dar el nombre, sino que debe acompañar otros datos, como el lugar que ocupó en el conato, su grado de participación, el beneficio obtenido, etc., es decir, se requiere que el dato que se aporta sirva como “elemento de convicción suficiente” para solicitar su enjuiciamiento.

b) aquella que permita la “resolución definitiva del caso”, por ejemplo, encontrar documentos que relacionan una determinada transacción inmobiliaria.

c) datos que reflejen un “significativo progreso en la investigación”, pj. Proporcionar la ruta de acceso donde ingresan determinadas sustancias a los efectos que la autoridad puede efectuar un seguimiento de personas o bienes.

NUMERAL “B”.-

a) aportar información que permita la incautación de materias primas, estupefacientes, dinero, armas o cualquier objeto análogo que sea instrumento del delito, pj. Indicar el lugar donde se encuentra almacenada la droga, el cobre fort de una institución donde se encuentra escondido el dinero, etc.

b) la recuperación de objetos o bienes procedentes de la comisión de delitos, pj. Informar sobre inmuebles adquiridos con dinero espurio (su ubicación, nombre de los titulares, etc.).

La contrapartida de esta información, es decir, el beneficio que se recibe por parte del Estado simboliza lo que la ley denomina el “acuerdo”.

El **acuerdo** es técnicamente un contrato, donde las partes por mutuo consentimiento pactan recíprocas concesiones.

La concesión del colaborador implica la entrega de información, y la concesión del Estado refiere a dos posibilidades:

a) la “reducción de la pena”; que implica el compromiso del Fiscal en aplicar determinada pena, o el compromiso que dicha pena no sobrepasará determinado guarismo, por ejemplo, hasta cierta cantidad de años.

b) la **no formulación de requisitoria**, que implica técnicamente proceder al sobreseimiento de la causa. He escuchado de alguno de mis colegas decir que también podría proceder al *archivo* de la causa (no al sobreseimiento), empero si el Ministerio Público considera no formular requisi-

toria es porque la información brindada es muy importante. Siendo así, optar por el archivo dejaría latente siempre la posibilidad de reapertura, y eventualmente la asignación de responsabilidad.

Quién brinda información relevante pretende que el proceso se cierre “definitiva e irrevocablemente” con relación a su causa (artículo 235CPP), y no que subsista la duda si en algún momento volverá a investigarse.

Distinto es el caso del *indagado*, quién debido a instancia procesal en que interviene (presumario), resulta técnicamente más adecuado proceder al archivo de las actuaciones.

Ahora bien.

Más allá que no formular requisitoria implica el sobreseimiento del encausado, ello no impide formular una crítica respecto del alcance del instituto en el marco de la ley que comentamos.

Partiendo de la base que el sobreseimiento “es una sentencia que se dicta durante el sumario” o en la oportunidad que refieren los artículos 233 y ss, CPP (demanda acusatoria y en “cualquier estado del proceso” si no hay delito, no hay prueba o existe alguna causa de justificación), y que “clausura el proceso por falta de prueba o de responsabilidad del imputado” (artículo 89, CPP), entonces optar por esta solución en vía de **acuerdo desnaturaliza** el instituto del sobreseimiento, pues éste se produce no por las causales legales referidas (falta de prueba o no responsabilidad del imputado), sino por el *arbitrio* del órgano acusador que pondera favorablemente el beneficio otorgado al Estado.

Por su parte, la ley establece que el **acuerdo** podrá realizarse con “**una persona que haya incurrido en delitos**”. Se trata de un giro gramatical infeliz porque técnicamente ninguna persona incurre en delitos mientras dura el proceso penal, gozando a su favor del principio de inocencia. Siendo así no debería prosperar ningún acuerdo, empero como forma de armonizar la disposición legal con el derecho de formalizarlo, “incurrir en delitos” debe interpretarse como *presunto responsable* de un delito.

Ahora bien.

Acordada la voluntad de perfeccionarlo ¿el Ministerio Público debe limitarse a *acordar* los beneficios que la ley le otorga en sus numerales A y B, o – por el contrario – puede interpretarse la disposición en sentido amplio, otorgando otros privilegios?

En otras palabras: ¿Puede formar parte del *acuerdo*, además de la reducción o exoneración de pena también la devolución de bienes incautados, la mejora de beneficios penitenciarios, la concesión de salidas transitorias, salidas laborales, etc.?

En materia de interpretación de leyes el Código Civil postula diversos criterios (artículos 12 a 20). El artículo 17 *in fine* refiere a la posibilidad de recurrir al “espíritu” de la ley, claramente manifestado en ella. Si bien la norma refiere a casos de expresiones “oscuras de la ley”, en el caso que nos ocupa una forma de integrar otros beneficios, transita por recurrir a la “historia fidedigna de la sanción” o a su “espíritu”.

De ambos surge que el legislador pretendió perseguir objetivos concretos en beneficio del

Estado a cambio de concepciones como estímulo para la colaboración.

En tal sentido, un *numerus clausus* en materia de beneficios limita las metas que procura la legislación.

Por su parte, la exigencia al colaborador de que renuncie a reclamar indemnizaciones contra el Estado, y acepte divulgar el contenido del *acuerdo* si fuera necesario para fundar la imputación - sólo aceptable mediando acuerdo de voluntades - coadyuva para integrar beneficios a favor del encausado.

En mérito a lo expresado; a razones de equidad y a la naturaleza jurídica del *acuerdo*, puede sostenerse sin hesitación que el marco del espíritu de la ley admite nuevas concesiones a favor del colaborador.

El procedimiento para la formalización del acuerdo no está previsto en la norma, pero puede indicarse el siguiente:

El defensor del colaborador debe manifestar al Ministerio Público la voluntad de su representado en colaborar. La declaración del colaborador debe efectuarse dentro del plazo de 180 días (artículo 6 *in fine*). La ley no lo dice pero se realiza en audiencia, precedida por el Juez.

En la reunión previa con el Ministerio Público se asientan las bases sobre el alcance de la colaboración y el alcance del beneficio. Luego, se procede a convocar la audiencia donde el colaborador brinda la información previamente anunciada. Allí, se labra un acta que integrará un presuntorio nuevo, pero aún no hay formalmente *acuerdo* porque el Ministerio Público deberá verificar la exactitud de lo informado.

El plazo de verificación no está previsto, pero se entiende que se trata de un plazo razonable conforme a la complejidad o no de la información brindada. Si por el contrario, si la información es verificable *in situ*, por ejemplo, con la entrega de determinada documentación el acuerdo puede formularse en la misma instancia.

No siendo así, pero finalmente verificada la información, se procede a FORMALIZAR EL ACUERDO. Se fija fecha para la celebración de nueva audiencia. Allí están presentes el Juez, el Fiscal, el colaborador y su abogado. Se repite la información brindada para que se consigne en un acta que adquiere el carácter de RESERVADA, donde se deja constancia de lo expresado por el colaborador y los beneficios que el Ministerio Público concede.

El acta es firmada por todos los que forman parte del *acuerdo*, incluyendo al juez, fiscal y abogados. La ley no prevé la homologación por parte del juzgado, pero la firma conjunta del juez en el *acuerdo* opera como si lo fuera. Se entrega una copia a cada parte, y el original queda depositado en la caja fuerte del juzgado.

Entre las particularidades que se recogen en el acta, es la de exigir al colaborador que renuncie a reclamar indemnizaciones contra el Estado en el caso que fuera beneficiado con el sobreseimiento, así como recabar la voluntad de que dicha acta puede incorporarse al sumario en caso de ser necesario.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Ello es a los efectos de fortalecer la demanda acusatoria incorporando la declaración del colaborador como prueba de cargo.

Por su parte la ley establece la condición que “el colaborador abandone la actividad delictiva o la asociación ilícita a que pertenece” (artículo 6 *in fine*). Dicha fórmula suele incluirse en el contenido de los *acuerdos*, empero, no debe aplicarse en el caso del sobreseimiento, pues éste implica inexistencia de prueba, de delito o causa de justificación, de allí que mal podrá obligarse al colaborador a apartarse de una actividad que teóricamente no realizó, ni una asociación que nunca integró.

El artículo 6.3 establece que la “declaración del colaborador deberá prestarse dentro de los 180 días en que manifestó su voluntad de acogerse al beneficio”, pero no dice cual es la consecuencia en caso de incumplimiento. Si la declaración se brindara luego de transcurrido el plazo, pero la demora fuera debidamente justificada, el *acuerdo* puede celebrarse válidamente.

Con relación a la competencia de los juzgados la ley establece la legitimidad del acuerdo con “una persona que haya incurrido en delitos que sean competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en Crimen Organizado”.

También es posible celebrar acuerdos en las sedes que instruyen causas con anterioridad a la vigencia de la ley N° 18.494, habida cuenta de la Acordada de la Suprema Corte que así lo autoriza.

El **artículo siete de la ley N° 18.494** se refiere a la figura de los **agentes encubiertos**

El agente encubierto es el funcionario público autorizado por el juez competente – a solicitud del Ministerio Público - a cumplir sus funciones bajo una identidad que no es la suya, adquiriendo o transportando “objetos, efectos e instrumentos de delito” a los efectos de obtener información del caso concreto que se le asigna (artículo 7.1).

Los motivos que llevan a la creación legal del agente encubierto se circunscriben básicamente a la eficacia de la investigación, y a dotar de un respaldo jurídico a una práctica inveterada e informal de las agencias policiales.

El instituto fue reglamentado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 20).<sup>38</sup>

No debe confundirse la figura del agente encubierto con la del agente provocador, pues ambos tienen cometidos y funciones diferentes: el agente provocador incita a la comisión de delitos, de allí que si el tercero lo comete la ley lo exonera de responsabilidad<sup>39</sup> y el agente encubierto actúa incorporándose a las organizaciones delictivas para detectar los delitos y obtener las pruebas.

---

<sup>38</sup> **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25 *Artículo 20.- Técnicas especiales de investigación*1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

<sup>39</sup> **Código Penal - Artículo 8.** (Del delito putativo y la provocación por la autoridad). No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el Juez facultado en tales casos, para adoptar medidas de seguridad.

Por su parte, en cuanto al desempeño de la función, la ley N° 18.494 se refiere a “funcionario público” (artículo 7.1), lo que acota el campo de la designación a quienes están comprendidos en esta categoría (artículo 175,CP) - excluyendo a los particulares - empero no necesariamente tiene que recaer en un funcionario público policial, como si surge a texto expreso en otras legislaciones<sup>40</sup> sino que puede serlo un funcionario público de cualquier otra repartición si ostenta las condiciones para el desempeño del cargo.

La identidad supuesta lo legitima para actuar, no sólo funcionalmente sino también a intervenir en la vida social y jurídica con el nuevo nombre asignado o apócrifo. La información que obtiene se vuelca íntegramente al proceso y “es valorada por el órgano judicial competente”.

Ahora bien.

La ficción jurídica se extiende hasta los estrados judiciales, donde los agentes encubiertos “podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido” (artículo 7.2).

Nuevamente el binomio eficacia – sistema de garantías enfrentado.

En este marco, ¿puede el agente encubierto vulnerar preceptos constitucionales? Evidentemente el legislador no la ha considerado así, ni siquiera lo ha planteado como hipótesis.<sup>41</sup>

Sin embargo el artículo 22 de nuestra Carta Magna establece que “...todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas” (el subrayado me pertenece).

¿Qué otra cosa son las funciones asignadas al agente encubierto si no son “pesquisas secretas”? Por su propia naturaleza, al ser “encubierta” necesariamente se transforma en secreta.

Y sí es secreta es inconstitucional.<sup>42</sup>

En otro orden, y desde el punto de vista dogmático, la ley N° 18.494 se le asigna al agente encubierto un lugar en el marco de las causas de justificación (*cumplimiento de la ley*, artículo 28,CP), habida cuenta que “quedará exento de responsabilidad criminal” (artículo 7.4) por el desempeño funcional en cumplimiento de su deber.

La ley prohíbe a texto expreso que su actuación “constituya una provocación al delito” lo que circunscribe su actividad a la investigación que derive del caso concreto.

Esto significa que el agente encubierto busca información mediante la observación directa del fenómeno delictivo, pudiendo utilizar – para recolectarla - cualquier medio de prueba no prohi-

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, en Chile la ley N° 20.000 de 2.2.2005 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes se refiere expresamente a la potestad del Ministerio Público, quien “podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos” (Párrafo 3, artículo 25).

<sup>41</sup> Al menos no surge de las actas parlamentarias.

<sup>42</sup> La pesquisa es sancionada legislativamente por el artículo 287,CP. “El funcionario público, que con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por la ley, ordenare o ejecutare una inspección o registro personal, será castigado con tres a doce meses de prisión”.

bido por la ley (artículo 173,CP).

En caso de exceso o – como dice el artículo 7.4 - cuando las actuaciones no “guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”, el agente encubierto deberá responder conforme al régimen general de la culpabilidad (artículo 18, CP), y/o a los presupuestos de la coparticipación delictual (artículos 59 y ss,CP).

El **artículo ocho de la ley N° 18.494** se refiere a la protección de las víctimas, testigos y colaboradores.

La protección contemplada en la ley es la contrapartida necesaria para armonizar el sistema de garantías. El objetivo que se persigue es salvaguardar la integridad física y/o la vida de las personas que optan, de una manera u otra, por colaborar con la justicia. Si bien el acápite de la disposición sólo refiere a “víctimas, testigos y colaboradores” también incluye a los peritos (artículo 8.1 y 8.3). Se trata de una medida potestativa (...*podrá...*) dice la ley, adoptarse protección sólo si “existen sospechas” que se encuentren en riesgo los bienes jurídicos referidos, respecto de la personalidad física y moral del hombre. Alcanza también a los familiares de los sujetos amparados.

La protección que se ofrece abarca diversos aspectos, desde la custodia de la autoridad policial, pasando por mecanismos que impidan el reconocimiento de la persona (ser transportada en vehículos oficiales, determinar zonas de exclusión para recibir su declaración, prohibición de tomar fotografías o similares, recibir el testimonio a través de medios audiovisuales, el cambio de nombre y paradero), hasta la ayuda económica en casos de reubicación.<sup>43</sup>

La solicitud de protección la puede pedir el Ministerio Público, la víctima, testigo, perito o colaborador, siendo extensible no sólo a familiares sino también a todas aquellas “personas cercanas que la resolución judicial determine” (artículo 8.3 *in fine*).

Habida cuenta del objetivo que se persigue con la medida, la protección puede solicitarse en cualquier etapa del proceso. En el caso del colaborador, si la protección se solicita como parte del *acuerdo* (artículo 6.1), corresponde verificar previamente si el Estado estará en condiciones de brindarla, conforme a las pretensiones puestas de manifiesto.

El **artículo nueve de la ley N° 18.494** refiere a la prohibición dirigida a los funcionarios públicos que revelen la ubicación o la identidad de personas que están bajo medidas de protección secretas.

Se trata de fortalecer las medidas de protección dispuestas legislando la fuga de información que se pretende evitar. La prohibición expresa es necesaria para la aplicación de una pena (principio de legalidad: artículo 10, Constitución).<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ello será de cargo de las partidas especiales prevista con fondos provenientes de la ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del año 1987. El artículo 464 numeral 3 de la ley N° 15903 de 10 de noviembre de 1987 dispone “3) Cuando acontecimientos graves o imprevistos requieran la inmediata atención del Poder Ejecutivo o de las Intendencias Municipales en sus respectivas jurisdicciones. El monto de los créditos que, anualmente se podrá autorizar en uso de esta facultad, no podrá exceder al 1% (uno por ciento) del Presupuesto Nacional o Departamental (artículos 214 y 222 de la Constitución de la República), respectivamente.”

<sup>44</sup> Nadie será obligado a ser lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El **artículo diez de la ley N° 18.494** crea un nuevo delito, castigando a quienes atentan contra las partes, denunciantes, abogados, procuradores y auxiliares de la justicia, para que no colaboren. El legislador se aparta del principio de *última ratio* del derecho penal creando disposiciones innecesarias y sobreabundantes, pues la intimidad mediante violencia, puede perseguirse a través del tipo penal de violencia privada, y/o amenazas.

El **artículo 11 de la ley N° 18.494** habilita la extradición de determinados delitos establecidos en leyes de estupefacientes y lavado de activos.

El **artículo 12 de la ley N° 18.494** sustituye disposiciones de la ley N° 18.401.

Se trata de modificaciones de la ley Orgánica del Banco Central del Uruguay que refieren a la información que deberá recibir relacionado con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

El **artículo 13 de la ley N° 18.494** deroga artículos e incisos de leyes y decretos – leyes que directa o indirectamente se oponen al contenido de la ley N° 18.494.

## Conclusiones

La ley N° 18.494 es el corolario de compromisos internacionales que firmó el Estado uruguayo. En tal sentido, la norma recogió fielmente la iniciativa del legislador internacional (convención de la ONU contra la delincuencia organizada) y plasmó figuras delictivas, institutos de derecho, y técnicas especiales de investigación, muchas de ellas, foráneas y ajenas a nuestra cultura jurídica tradicional como por ejemplo, entrega vigilada, vigilancia electrónica y otras operaciones encubiertas.

El legislador incurrió en el error de importar modelos legales de otras realidades y culturas jurídicas, a tal punto que debido a la idiosincrasia de nuestro país, puede ya afirmarse el fracaso de algunos institutos creados, por ejemplo, las normas que disciplinan la protección del colaborador y la reserva de las actuaciones, siendo que los medios de prensa publican con lujo de detalles el nombre de los informantes, y los temas colaterales que refieren a la causas.

Es una ley proyectada para un proceso acusatorio, ya que en varias de sus disposiciones se otorga iniciativa al Ministerio Público cuando se trata de la investigación de un delito.

Habida cuenta de la restricción de derechos que refiere la ley respecto de la persona del imputado, la persecución de los delitos de lavado de activos va camino a transformar el proceso penal en un juicio secreto, que rememora los oscuros laberintos de los procesos inquisitivos medioevales.

El objetivo de la búsqueda y obtención de prueba, no debe transformarse en un proceso a espaldas del indagado.

Como dice WINFRIED HASSEMER “*las capacidades de los sistemas técnicos de vigilancia óptica y acústica de las habitaciones, del control telefónico y de la observación policíaca sistemática de largo plazo, el uso de personas de confianza y la investigación de rastros, se orientan, en virtud de las herramientas tecnológicas con las que cuentan, a un verdadero proceso oculto*”.

Por su parte, la intervención formal de los órganos dependientes del poder político (poder ejecutivo) como la secretaria antilavados en el interrogatorio del indagado; la potestad de solicitar la incautación de bienes, y su participación (aún en grado de consulta) con el Ministerio Público; y el Juez durante la instancia de negociación para arribar a los acuerdos previstos en la ley, desdibujan aún más la igualdad de las partes en el proceso.

El binomio Juez – Ministerio Público contra defensa, se incrementa con un tercero a favor del Estado.

La ley no logra el equilibrio deseado entre la necesidad de nuevas técnicas de investigación y la garantía del indagado, por el contrario, deja en evidencia, el malogrado principio de que el fin justifica los medios.

La introducción del instituto del *acuerdo* como método para estimular la cooperación, pone en riesgo el sentido natural de justicia, y cuestiona la eficacia del instructor.

Tras la persecución penal del lavado de activos, se encuentra directamente relacionado (aunque no necesariamente relacionado), el negocio de la droga, o como modernamente se le conoce: el *narcotráfico*.

Sin embargo, el más exacerbado despliegue de fondos de inversión, las condecoraciones, el presupuesto millonario en tecnología y salarios, y el proceso de implementación de leyes, no ha logrado el objetivo de evitar la conjugación de los múltiples verbos nucleares que engrosan los tipos penales de la legislación antidroga, ni mucho menos disminuir el consumo.

Por el contrario, así planteada como hasta ahora, la lucha contra la droga ha generado más consecuencias negativas, que logros: inestabilidad institucional (principalmente en países centroamericanos) grandes costos sociales en materia de vida humana, desconfianza en las instituciones, y lo que es peor no ha disminuido el consumo ni evitado la comercialización.

América Latina, sigue siendo la principal exportadora de cocaína del mundo, el llamado crimen organizado se ha perfeccionado, las redes de traficantes se multiplican a diario, y cada vez hay más y peores formas de violencia.

Es suficiente con recordar el número de homicidios por año en México, las sangrientas irrupciones del ejército brasilero en la *favelas* brasileras, los enfrentamientos entre los propios *carteles* colombianos, y las mafias, o entre los *carteles* y la policía, etc.

Como se ha expresado en el XVIII Congreso Iberoamericano, la política de guerra contra la droga es ineficaz.<sup>45</sup>

Así y todo, se insiste en la creación de conductas punibles que prohíben, menos el consumo

---

<sup>45</sup> Los ex presidentes de Brasil, **Fernando Henrique Cardoso**, Colombia, **César Gaviria**, y México, **Ernesto Zedillo**, piden la despenalización de la tenencia de marihuana para uso personal y el “cambio de paradigmas” en el combate a las drogas. Los presidentes lanzaron esta propuesta en calidad de líderes de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, un grupo integrado por 17 personalidades de la región que pretende impulsar un nuevo tratamiento del problema del narcotráfico que sustituya a la “ineficaz” estrategia de “guerra” a los estupefacientes.

Vide: [http://www.infolatam.com/entrada/cumbre\\_iberoamericana\\_insta\\_a\\_romper\\_el\\_-10946.html](http://www.infolatam.com/entrada/cumbre_iberoamericana_insta_a_romper_el_-10946.html).

personal, casi cualquier comportamiento o actividad vinculada a las sustancias psicotrópicas.

Quizás llegó la hora de descriminalizar ciertas conductas vinculadas al consumo, cambiando el paradigma de la represión por políticas de salud, considerando al adicto como un enfermo y no como un delincuente.

Ello sin duda, impactaría favorablemente en el abordaje del problema consumo – drogadicción- lavado de activos.

Así puede resumirse el espíritu del legislador en la creación de leyes para combatir la incursión de capitales de origen espurio en el sistema financiero, y particularmente, en cuanto a nuestro derecho corresponde el contenido de la ley de “*Control y Prevención de Lavado de Activos y Terrorismo*” (Ley N° 18.494).