

LAVADO DE DINERO Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL URUGUAY

Prof. Dr. Miguel LANGÓN CUÑARRO

Fiscal
Uruguay

Resumen: El delito de lavado de dinero es un delito “nuevo”, creado en 1998, y que no ha dejado de crecer y ramificarse, desarrollándose con ello un aumento de la criminalidad no convencional, de tipo organizada, donde se advierte la construcción de un Derecho penal excepcional, en relación con el Derecho clásico de garantías, liberal y democrático. El presente trabajo revisa el proceso de expansión en la punición de algunos de los principales aspectos del lavado de dinero en el Derecho penal uruguayo, que se presenta como una manifestación más de lo que Jakobs ha denominado un Derecho penal de enemigos, donde se pone en crisis el Derecho penal tradicional, de garantías, liberal y democrático.

Laburpena: Kapitalak zuritzea delitu “berria” da, 1998 sortua eta harrezkero hazi eta adarkatu dena. Berarekin batera, arrunta ez den kriminalitate antolatuaoren goratzea etorri da, eta honekin salbuespenezko zuzenbide penal baten eraikuntza, zuzenbide liberal, bermeduna eta demokratiko baten aurkakoa. Uruguayko zuzenbide penalean kapitalak zuritzearen inguruko zenbait alderdiren zigorrak haunditu dira eta honen azterketa burutzen du lan honek. Zuzenbide penal hau, arerioaren zuzenbide penal moduan har daiteke, Jakobsen arabera eta zuzenbide penal tradizionala, liberal eta demokratikoa, krisian jartzen du.

Résumé: Le blanchiment d'argent est une infraction “nouvelle”, créée en 1998, et qui n'a pas cessé de s'étendre et de se ramifier, en favorisant, de cette façon, une extension du traitement de la criminalité non conventionnelle, la criminalité organisée, où l'on peut remarquer la construction d'un Droit pénal d'exception, par rapport au Droit classique des garanties, libéral et démocratique. Le présent travail révisé le processus d'expansion de la répression de certains des principaux aspects du blanchiment d'argent en Droit pénal uruguayen, ce qui est présenté comme une autre manifestation de ce que Jakobs a dénommé le Droit pénal de l'ennemi, où l'on met en crise le Droit pénal traditionnel, celui des garanties, libéral et démocratique

Summary: Money laundering is a “new” crime, created in 1998, that grows and ramifies. Together with this phenomenon, the non-conventional criminality, the organized one, develops and increase, and all that resulted in the development of an exceptional criminal Law, opposite to the classic, liberal and democratic Law of guarantees. The present study reviews the spreading process in relation to the penalization of money laundering in the Uruguayan penal Law, configured as another sign of the Jakobs' penal Law for enemies, and questioning the traditional, liberal and democratic Penal Law of guarantees.

Palabras clave: Derecho penal, lavado de dinero, política criminal, criminalidad organizada, Derecho penal excepcional.

Gako hitzak: Zigor zuzenbidea, kapitalak zuritzea, politika kriminala, kriminalitate antolatua, salbuespenezko Zigor zuzenbidea.

Mots clef: Droit pénal, blanchiment d'argent, politique criminelle, criminalité organisée, Droit pénal d'exception.

Key words: Penal Law, Money laundering, Criminal Policy, Organized crime, Exceptional penal Law.

1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

El delito de lavado de dinero se tipificó en el Uruguay por primera vez en 1998 (L. 17.016, de 22.10.98¹) en cumplimiento del compromiso internacional asumido en la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena en 1988, que fuera oportunamente ratificada, cuatro años antes, por L. 16.579/94.

Un delito “nuevo”, creado en el año 1998, no ha dejado desde entonces de crecer y ramificarse, desarrollándose con ello un proceso expansivo de la criminalización, de una forma considerada propia de la criminalidad no convencional, de tipo organizada, donde se advierte la construcción, en búsqueda de la eficacia, de un derecho penal excepcional, en relación con el derecho clásico, de garantías, liberal y democrático.

En esta exposición revisaremos el proceso de expansión de la punición en algunos de sus principales aspectos, a saber:

- a) en primer lugar, como es obvio, la propia tipificación del nuevo delito de lavado;
- b) luego, extensión de los delitos precedentes de los cuales derivan los activos objeto del lavado, alcanzando por ahora a un número ya crecido de “delitos graves”;
- c) en seguida, ampliación del alcance de la imputación subjetiva;
- d) aumento del guarismo abstracto de las penas;
- e) expansión del alcance del bien jurídico objeto de la tutela (desde la protección de la salud pública hasta la del orden socio-económico del Estado);
- f) castigo de etapas anteriores al comienzo de ejecución;
- g) parificación de la sanción del delito imperfectamente realizado, con el consumado;
- h) expansión técnica o dogmática (imputación por omisión impropia, responsabilidad del “hombre de atrás”, punición del “auto-lavado”);
- i) régimen de evaluación de la prueba (pruebas prospectivas, indiciarias, inversión del *onus probandi*);
- j) creación de Unidades de Inteligencia Financiera (levantamiento del secreto bancario);
- k) modificaciones al régimen procesal penal tradicional y de los métodos o mecanismos de represión (levantamiento del secreto bancario, responsabilidad penal de las personas jurídicas, entrega vigilada, agentes encubiertos o provocadores, estatuto de arrepentidos);
- l) vinculación con el terrorismo².

1. Se hizo incorporando a la vieja ley sobre tráfico ilícito de drogas de 1974 (DL. 14.294), los artículos correspondientes al lavado de activos que se creó, como digo, recién en 1998. Esta incorporación de los capítulos IX al XIII, comprensivos de los artículos 54 a 80, deriva del art. 5 de la L. 17.016/998.

2. Esta vinculación, muy discutible, está directamente vinculada con la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 28.9.2001 (inmediatamente después del ataque a las Torres Gemelas y otros objetivos en los Estados Unidos) que pidió la tipificación de la financiación del terrorismo como figura autónoma según la Convención de 1999, y que los delitos terroristas sean considerados como precedentes de los de lavado de activos, aunque autores como FRANZINI BATLLE, con acierto a mi juicio, cuestionan

...

Todo ello, particularmente si se lo visualiza en su conjunto, permite afirmar que estamos ante lo que JAKOBS ha denominado un derecho penal de enemigos, donde se pone en crisis el derecho penal tradicional, de garantías, liberal y democrático³.

En esta materia se advierte, y muy especialmente en países como el Uruguay, una dependencia muy grande de lo que da en llamarse fenómeno de la globalización, en que una fuerte presión (no disimulada siquiera en muchas oportunidades) proveniente de los países industrializados⁴ y del “pensamiento políticamente correcto” que supuestamente deriva del prestigio de las instancias en que intervienen las Naciones Unidas, ha llevado a tipificar y prever sanciones sin atender a las específicas situaciones de cada una de nuestras patrias, y a soslayar algunos aspectos que dicen relación con el tema de la libertad de elección entre adultos, la determinación de cuál es el objeto de la protección (el problema del bien jurídico), la cuestión de la creación de delitos “sin víctimas” y por tanto de figuras de mera desobediencia a lo mandado, y la paradoja de establecer leyes penales críminopelentes.

Primero se “demoniza” o “sataniza” una determinada situación, que desde luego es una realidad, para luego desencadenar contra ella todo el arsenal represivo del Estado, avasallando en su camino los principios básicos del derecho sustantivo y adjetivo tradicional.

2. EL PROCESO DE “SATANIZACIÓN” DEL TEMA DROGAS Y DEL LAVADO EN PARTICULAR

En la Convención de Viena de 1988⁵ se hace referencia, entre otras cosas, a que el tráfico de estupefacientes representa “una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, señalando desde ya como un hecho incontrovertible los vínculos entre tráfico ilícito y “otras actividades delictivas organizadas” a él relacionadas, que genera “grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales

...

que ello sea siempre así. Esta vinculación que se expresa en el acrónimo AML/CFT (Anti-money-laundry y counter-terrorist-financing) también es recomendada por el GAFI en sus Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo. Ver notas siguientes.

3. El mejor trabajo nacional sobre este tema pertenece a ALLER, Germán: “El derecho penal del enemigo y la Sociedad del Conflicto”, ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 2006: 163-270.

4. Me refiero especialmente al GAFI, Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Activos, más conocida por su sigla en inglés FATF, entidad intergubernamental que incluye dos organizaciones internacionales que son la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación de los Estados del Golfo Pérsico cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas para la represión del lavado de dinero, o sea el procesamiento del producto de actividades delictivas a fin de disimular su origen ilícito. Deben citarse además, en este proceso de globalización, las tareas de otros organismos internacionales e intergubernamentales, tales como los Grupos Regionales como el GAFISUR y el Grupo Egmont que reúne a las Unidades Financieras del mundo, en la tarea que les es común.

5. La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, fue aprobada en la sexta sesión plenaria celebrada el 19.12.1988 en Viena, Austria.

y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”, por lo cual deben “eliminarse” los incentivos a desarrollar esas actividades, y en definitiva “suprimirse” las mismas⁶.

La propuesta irreal de “erradicar” el crimen, la búsqueda explícita de la mayor eficacia, la confianza en la vía crudamente represiva, la sugerencia de que se ejerza un “efecto disuasivo” a través de la ley penal (art. 3.6), que los tribunales sean restrictivos en el otorgamiento de libertades a los concernidos por estos delitos; la extensión del plazo de prescripción (art. 3, 7 y 8), la internacionalización de la lucha contra estos delinquentes, la intensificación de la cooperación interestatal, el énfasis en el decomiso y sus consecuencias, la flexibilización de la extradición, el levantamiento del secreto bancario, la propuesta de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y otras sugerencias en el mismo sentido, en suma, la instalación de lo que llamamos políticas de ley y orden, que se caracterizan sustancialmente por la creación de nuevos delitos y por el aumento de las penas, son consecuencia directa de aquella concepción original que describimos para combatir estas formas de delincuencia no convencional.

Esta misma línea de evolución se advierte en el progresivo desarrollo de las Recomendaciones hechas por el GAFI, que aspiran a establecer un marco básico de medidas de aplicación universal que refieren al sistema de justicia penal, al sistema financiero, su reglamentación y la cooperación internacional.

Allí, el GAFI, desde su creación en 1990, postula la tipificación como delito penal del lavado de dinero proveniente de otros delitos graves, además del primigenio referido al narcotráfico⁷.

En la Cumbre de las Américas, llevada a cabo en Buenos Aires, Argentina, en 1995, la Conferencia Ministerial relativa al Lavado del Producido del Delito, partió de una declaración de principios que sostuvo que “la transferencia, conversión e inversión del producido ilícito de la droga y delitos graves...desafían el mantenimiento de la ley y el orden en todo el Hemisferio y amenazan la integridad, credibilidad, estabilidad, soberanía e independencia de los gobiernos, sistemas financieros y comercio”, de cuyo diagnóstico derivan el tipo de medidas, coincidente con lo reseñado *supra* de mayor severidad y control, que se plasmó en el conocido Plan de Acción de Buenos Aires, que planteó una “respuesta hemisférica” coordinada en la “lucha” contra el lavado.

Desde fuera de los parámetros habituales del pensamiento penal dogmático tradicional se busca la creación de un “nuevo derecho penal”, de un derecho penal excepcional donde se busca la mayor eficacia, impulsada no tanto desde los servicios de justicia clásicos, sino desde los propios gobiernos, donde el poder político expresa la política criminal a aplicarse en el área⁸.

6. A esto me referí antes de ahora, en un antiguo trabajo sobre “La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos Modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y psicotrópicos”, Revista del INUDEP, Año IX, N° 12, ed. EMBA, Montevideo, 1992: 25-66.

7. También del año 1990 es el Convenio de Estrasburgo, primer instrumento vinculante que otorga naturaleza autónoma al lavado de activos, destinado a suplir las carencias del resto de instrumentos de la entonces Comunidad Europea en ese ámbito. que se orientó prioritariamente, además, a hacer efectivo el comiso de las ganancias del lavado.

8. FRANZINI BATLLE, Rafael: “El lavado de activos y su relación con el financiamiento del terrorismo”, obra inédita, con cita de Francisco MUÑOZ CONDE, respecto al nuevo derecho penal referido en el texto.

3. EXPANSIÓN DEL TIPO PENAL DE LAVADO

El esquema de expansión del tipo en el Uruguay es el siguiente:

a) L. 16.579, de 1994, aprueba la Convención de Viena de 1988, por la que Uruguay se compromete a crear el delito de lavado de dinero.

b) L. 17.016, de 1998, de creación de los delitos de lavado de activos.

c) L. 17.060, de 1998, tipificación del delito de blanqueo, procedente de corrupción.

d) L. 17.343, de 2001, amplió la figura alcanzando al lavado procedente de delitos graves.

e) L. 17.835, de 2004, amplió el tipo y elevó la pena a guarismos de penitenciaría.

f) L. 18.026, de 2006, ampliatoria de los delitos precedentes del lavado.

A partir de su creación en 1998, los tipos de lavado de activos que aparecen legislados en los artículos 54 y siguientes del DL 14.294/74⁹, se han incrementado enormemente, por lo menos en el papel, ya que, aunque se multiplicaron las formas en que teóricamente se puede dar este delito, en los hechos, en buena medida, integra el llamado derecho penal simbólico, aunque el mes de septiembre del año 2006, en que se efectuó el primer gran procedimiento contra el narcotráfico en el país, todavía sin sentencias de condena, como es natural¹⁰, puede significar un punto de inflexión respecto de la eficacia en la represión de este crimen.

En efecto, en aquel año de 1998 se dictó también la llamada Ley Anticorrupción (L. 17.060, de 23.12.98) cuyo art. 29 tipificó autónomamente el delito de “blanqueo de dinero” procedente de delitos contra la administración pública, tales como el cohecho, la concusión, el tráfico de influencias, la utilización indebida de información privilegiada y otros¹¹.

Como puede verse en un principio se limitó el alcance de la nueva figura, al lavado de activos procedentes del narcotráfico exclusivamente, porque se consideraba que era una norma de carácter excepcional, por las dificultades técnicas que plantea, pero pronto se amplió hacia los activos procedentes de otros delitos, como acaba de verse respecto de la corrupción administrativa.

9. El delito de lavado de dinero *strictu sensu* lo comete, según la norma del art. 54 de la ley: “El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos”, conducta que se castiga con pena de dos a quince años de penitenciaría (L. 17.835/2004, art. 13) lo que señala que para la ley es un verdadero crimen, conforme al actual art. 2 del C.P., que adoptó la clasificación tripartita de delitos, según su gravedad, distinguiendo entre crímenes, delitos y faltas. Ver *infra* nota N° 10.

10. Se trata del auto de procesamiento dictado el 7.9.2006, en el procedimiento más grande ocurrido en la historia del Uruguay en materia de drogas, por el cual se procesó a un total de nueve personas, por considerárselas incurso en delitos continuados de lavado en las hipótesis de los artículos 54, 55 y 57 de la ley 17.016.

11. Este delito, previsto en el art. 29 de la ley, disponía: “(Blanqueo de dinero) El que obstaculizare la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales a sabiendas que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del C.P., o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría”. Este delito se derogó, quedando absorbido en el concepto de lavado de dinero procedente de delitos graves conforme a la L. 17.835/004, art. 8.

Dicho proceso de extensión del alcance del delito de legitimación de activos continuó de inmediato, abarcando rápidamente a otros “delitos graves”, a través de la L. 17.343, de 25.5.2001 (arts. 81 a 83 del DL 14.294/74) que hizo aplicable el delito de lavado a los bienes, productos o instrumentos procedentes de “delitos tipificados por nuestra legislación”, vinculados al terrorismo, contrabando superior a 20.000 dólares, tráficos ilícitos (de armas, explosivos, órganos, tejidos, medicamentos, materiales tóxicos, personas, sustancias nucleares, obras de arte, animales) extorsión, secuestro y proxenetismo¹².

Esta expansión de la represión continuó luego por L. 17.835/2004, que mantuvo la represión por delitos graves antes mencionada, con modificaciones de detalle (incorporación del tráfico de municiones) pero incorporando a los delitos origen de los productos a lavar, las estafas cometidas por personas sujetas al control del Banco Central del Uruguay y fundamentalmente todos los delitos de corrupción, con lo que se vino a derogar tácitamente el delito de “blanqueo de dinero” antes referido, quedando unificadas hasta ahora, con la redacción vista, todas las modalidades del lavado en un texto único¹³.

Continuando con la expansión del tipo antes referida, debemos destacar que en octubre de este mismo año se incorporaron nuevos delitos a esta lista por L. 18.026, de 25.10.2006, que refiere en este aspecto fundamentalmente al lavado de activos provenientes de delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad¹⁴.

12. Ver Nota siguiente.

13. El art. 8 de la L. 17.835/004 decía: “Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.974, incorporados por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.98, se configurarán 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 personas; extorsión, secuestro, proxenetismos; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de sus funciones; y todos los delitos comprendidos en la L. 17.016, de 22.12.998”.

14. El Título V sobre Delitos Especiales, de la L.18.026, de 25.9.2006, art. 28, plasma el número *clausus* de los delitos graves de que pueden provenir los activos que son objeto del lavado: “(Lavado de activos y financiación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra). Sustitúyese el artículo 8 de la L. 17.835, de 23.9.2004, por el siguiente: Artículo 8. Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.74, incorporados por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los EE.UU.); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay, en el ejercicio de sus funciones, y todos los delitos comprendidos en la ley 17.060, de 23.12.98. En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del DL 14.294, de 31.10.1974, incorporadas por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.1998. Las disposiciones del presente artículo regirán aun cuando el hecho antecedente origen de los bienes, productos o instrumentos, hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay”.

En realidad me parece que en el futuro, de mantenerse este delito, su alcance llegará por lo menos a todos los crímenes o delitos graves, según la clasificación tripartita que acaba de incorporar la L. 18.026/06 a nuestro derecho positivo, modificando para ello la redacción del art. 2 del C.P.¹⁵, por cuanto no se ve razón alguna para permitir el disfrute de lo obtenido ilícitamente por parte de los criminales, que es la razón que mueve al legislador a avanzar en la criminalización del lavado que, como mancha de aceite, se va extendiendo sobre el campo por ahora de los delitos graves o verdaderos crímenes, aunque con criterio casuista, porque no incluye a todos (por ejemplo están excluidos los delitos de traición o contra la patria, el copamiento, el latrocinio, etc.) y alcanza a otros que no necesariamente son verdaderos delitos graves (como la exportación de animales, etc.).

4. EL INCREMENTO DE LA PENA Y SU INFLUENCIA EN EL RÉGIMEN DE LA EXTRADICIÓN

La pena del delito de lavado de activos, que en el momento de su creación tenía un mínimo de prisión¹⁶ es ahora de penitenciaría en ambos extremos, y se castiga con privación de libertad de 2 a 15 años (art. 13 L. 17.835/2004)

Esta descripción típica, y este guarismo severo de la pena, tiene por efecto principal, por lo menos a mi criterio, el de permitir la extradición (activa o pasiva) de sujetos condenados o requeridos por tal crimen (extradiciones ejecutorias o indagatorias) lo que señalamos porque es un aspecto que generalmente queda en un cono de sombras, no obstante las consecuencias que, para el interesado, pueda llegar a tener en su oportunidad.

Este delito, como vimos, y con la salvedad importante que acabamos de expresar, tiene por ahora una existencia sólo simbólica en el Uruguay, donde no existe ninguna sentencia de condena por tal figura, en los ya considerables años que han transcurrido

15. Efectivamente la L. 18.026, de 25.9.2006, modificó el artículo 2 del C.P., que quedó redactado del siguiente modo: "(División de los delitos) Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, delitos y faltas. Los crímenes son los ilícitos de competencia de la corte Penal Internacional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de Roma y además todos los que por su extrema gravedad se rijan por leyes especiales, por este Código y las normas de derecho internacional en cuanto le sean aplicables, Los delitos son todos los demás que no revistan la gravedad indicada en el párrafo anterior. Las faltas se rigen por lo dispuesto en el libro III del presente Código".

16. La pena originaria del lavado de activos tenía un mínimo de prisión fijado en los 20 meses de reclusión y un máximo de diez años de penitenciaría, que, para nuestra dosimetría penal era más que adecuado. Sin embargo, debido a las presiones internacionales antes señaladas, sin mayor fundamento, en 2004 se fijó una pena de penitenciaría en ambos guarismos, de 2 a 15 años de duración. Esto tiene graves consecuencias, porque, entre otras cosas, en el Uruguay, obliga a procesar con prisión preventiva y, en principio, impide la excarcelación provisional del sospechoso, el que debe esperar el dictado de la sentencia en régimen de reclusión, lo que pone en crisis el principio de inocencia, y plantea el grave problema latinoamericano del preso sin condena. Estas consecuencias tienen base constitucional, atento al texto del art. 27 de la Constitución que establece: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley". La interpretación tradicional que se ha hecho de este texto conlleva a concluir que, cuando el mínimo sea de penitenciaría, el juez debe procesar con prisión y no puede luego excarcelar al sujeto poniendo fin a la preventiva.

desde su consagración legal, y no obstante la proliferación de leyes que se han sucedido para pretendidamente combatir con eficacia esta modalidad delictiva.

Esto no es una excepción en derecho comparado, donde las dificultades probatorias que encierra el tipo, han hecho excepcionales o lisa y llanamente inexistentes las condenas por este delito.

De modo que la principal utilidad práctica que tiene la tipificación, repetimos, es habilitar la extradición (en especial a los Estados Unidos) por cuanto al tener la figura prevista por delito por la ley nacional, se cumple con el requisito de la doble identidad o doble incriminación exigida por los Tratados y por la ley interna (art. 13 C.P., y 32 lit A) del Código del Proceso Penal) elemento imprescindible para poder otorgar una extradición¹⁷.

Esta expansión del delito y de la gravedad de su punición viene recomendado por las agencias internacionales que en general se inspiran en el derecho anglosajón, y son un producto de lo que da en llamarse proceso de globalización¹⁸.

En el área latinoamericana este proceso vino recomendado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), que en su Reglamento Modelo de 1992 recomendó tipificar el delito de lavado de dinero procedente del narcotráfico, para luego expandir el consejo respecto de “otros delitos graves”, en la reforma de 1998¹⁹.

5. BREVE REFERENCIA AL TIPO PENAL DEL LAVADO DE DINERO. LA EXPANSIÓN EN CUANTO A LOS POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO

Los delitos de lavado, como es sabido, pueden definirse como las conductas que tienden a ocultar o encubrir la naturaleza de haberes obtenidos ilícitamente, a fin de que parezca que dichos bienes proceden de fuentes lícitas.

Los problemas de autoría y participación, en lo esencial del objeto de esta presentación, tienen que ver con:

- 1) la posibilidad de que el autor del delito precedente pueda incurrir, además, en delito de lavado (el problema del “autolavado”) y,
- 2) expansión del número de copartícipes (en lo que tiene que ver también, el tema de la imputación por omisión y aun por mera imprudencia).

17. Art. 13 inc. 2 C.P.: “(Extradición)...Tampoco es admisible, cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional”; art. 32 C.P.P., “(Régimen de la extradición) Si no existe Tratado, la extradición sólo puede verificarse con sujeción a estas reglas: A) Que se trate de delitos castigados con pena mínima de dos años de penitenciaría”.

18. LANGON CUÑARRO, Miguel, “Criminología de la globalización”, conferencia dictada en las XI Jornadas de Criminología, en Salto.

19. Este proceso se describe con detalle en el trabajo de DELGADO DE MIGUEL, Francisco y RUIZ Oscar Félix, “La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero”, en: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 95, 2005: 9-39.

Se estructuran sobre la base del viejo delito de encubrimiento (art. 197 C.P.)²⁰, realidad que ha llevado a algún sector de la doctrina a sostener que es una figura innecesaria que sólo plantea dificultades nuevas a temas de por sí ya complejos y difíciles, entendiendo el que suscribe que, en realidad lo que se ha dado, en el acierto o en el error, es un movimiento de autonomización de un tipo penal, por diferentes razones, fenómeno que no es extraño al derecho penal codificado.

Tiene dos modalidades esenciales:

a) el lavado *sensu stricto* que consiste en “transferir” o “convertir” beneficios de procedencia ilícita, o “adquirir”, “poseer”, “utilizar”, “tener en su poder” o “realizar cualquier tipo de transacción” sobre ellos²¹, y

b) el lavado *latu sensu*, que estrictamente sería el viejo encubrimiento, que consiste en “ocultar, suprimir o alterar” indicios, “impedir” la determinación de la real naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de dichos productos o derechos, así como el “asistir” a los delincuentes del tipo básico (tráfico de drogas, delitos graves) para asegurar el beneficio o el resultado, para obstaculizar la acción de la justicia o eludir las consecuencias de sus acciones, así como también “cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento” dado a los concernidos²².

De todo ello quiero resaltar dos términos de importancia a los efectos concretos de esta presentación, en lo que tiene que ver con la posibilidad de alcanzar a personas que aconsejan o asesoran a los inversores del dinero de procedencia ilícita:

- 1) la posibilidad de incurrir en delito por “realizar cualquier tipo de transacción” en la que puede, obviamente, participar un profesional universitario (particularmente abogados, escribanos y contadores) y,
- 2) el hecho de “asistir o asesorar”, que es una de las funciones de cualquier profesional, y en especial de los que acabamos de mencionar.

20. Art. 197 C.P.: “(Encubrimiento) El particular o funcionario que, después de haberse cometido un delito y sin concierto previo a su ejecución con los autores, coautores o cómplices, aunque éstos fueran inimputables, los ayudaren a asegurar el beneficio o el resultado del delito, a estorbar las investigaciones de las autoridades, a sustraerse a la persecución de la justicia o a eludir su castigo, así como el que suprimiere, ocultare o de cualquier manera alterare los indicios de un delito, los efectos que de él provinieren o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, será castigado con pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

21. Ver Nota 1.

22. Art. 55: “El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”; art. 56: “El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes o productos y otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría”; art. 57: “El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría”.

En esta presentación no se harán referencias específicas al tema de la conducta de los profesionales dentro de los principios generales de deontología, sino que el interés es informar, lo más clara y exhaustivamente posible, sobre lo que ordena al respecto el derecho positivo nacional, y sobre cuáles podrían ser las interpretaciones jurisprudenciales más probables dentro de la economía del sistema legal uruguayo²³.

Los profesionales universitarios no tienen por ahora la obligación concreta de efectuar ningún tipo de contralor, del posible blanqueo de dinero que pueda esconderse tras cualquiera de las intervenciones que, dentro de sus profesiones puedan realizar.

Sin embargo, como diremos más abajo, es posible que alguna de las tareas que efectúen, por ejemplo como titulares de una inmobiliaria, o como prestamistas de dinero, pueda entrar en alguna de las categorías de los sujetos obligados, no ya como abogados o escribanos, sino en función de ese carácter que reviste su actividad, lo que hace muy sensible la delimitación de zonas entre las que debe controlar y aquellas en que tal deber no le es exigible.

Esto plantea el delicado problema de los límites de la posición de garante que cualquiera de ellos pueda tener, y que, como es sabido, habilita la imputación por omisión impropia o comisión por omisión.

En cuanto a la asistencia y al asesoramiento, tareas propias de todo profesional universitario, debe distinguirse con cuidado las actividades lícitas propias de su profesión, de aquellas que entrarían en la zona de la prohibición, y por lo tanto de la criminalidad.

Se deben aplicar las normas generales de interpretación, de modo que una cosa es asistir al cliente o aconsejarle respecto de la mejor instrumentación de su negocio (que es el lícito) y otra muy distinta asesorar al lavador, de modo que el elemento subjetivo, el conocimiento y la intención del profesional, será determinante en uno u otro sentido.

La posible imputación subjetiva a título de dolo eventual (previsión de un resultado no querido directamente, pero asumido en cuanto dicha previsión no detuvo el accionar del agente) que la ley uruguaya, considera un caso de intencionalidad²⁴, hace

23. Para todo lo referente a la deontología profesional puede verse el excelente y muy completo trabajo, de DELGADO DE MIGUEL, Francisco y RUIZ, Oscar, *“La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero”*, publicado en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 91, N° 1-12, Montevideo, 2005: 9.39.

24. Efectivamente el art. 18 del C.P., define al dolo eventual diciendo: “el resultado que no se quiso pero que se previó se considera intencional”. Puede notarse que se trata de una ficción legal, porque la ley dice que “se considera”, no que sea en sí mismo intencional el acto, y que ese juicio de previsión debe estar en la cabeza del sujeto, no en la de un tercero, como es el juez, que no podría inferir un criterio de razonabilidad, atribuible a un hipotético “hombre medio” o “buen padre de familia”, si es que no puede afirmar concretamente que el individuo sí previó como posible o como probable un resultado que no quiso directamente, pero que asumió, porque la previsión de su acaecer no detuvo su accionar, cumpliéndose con ello la famosa “fórmula de Frank”, que entiende que el individuo se dijo a sí mismo “sea esto así o de otra manera” yo no dejo de actuar, no obstante la posibilidad de la producción de un resultado que no quiero producir directamente, pero que acepto se produzca como consecuencia de mi actuar, ya que anhelo tanto hacer lo que me propongo que no me detengo ante eventuales consecuencias perjudiciales para terceros (caso del cazador que aun pensando que su compañero de cacería pudiera estar en la línea de tiro, hace el disparo con intención de abatir la pieza de caza, asumiendo el riesgo de matar al amigo, considerándose intencional la eventual producción de lesión o muerte de éste) La representación del resultado es plena, la voluntad del mismo indirecta o, como diría Bayardo, “lamiente”.

que pueda incriminarse al profesional que, en el ámbito de la duda o la sospecha, igual instrumentó o se prestó a actuar, aún no sabiendo con certeza, pero debiendo haber sabido que se trataba de lavar dinero de procedencia ilícita con su participación.

Ya he destacado dos aspectos, estrechamente vinculados entre sí, que deben ser tomados en consideración muy seriamente:

a) la “demonización” que se ha hecho del lavado de activos, que se considera parte de la macro criminalidad y al que refieren con insistencia varios instrumentos elaborados por la comunidad internacional, al punto de elaborarse verdaderas “listas negras” de países no colaboradores en su represión, considerados como “paraísos fiscales”, que resultan gravemente afectados por tal calificación, de la que dichos Estados pretenden escapar ampliando el ámbito de la punición. Se ha constituido así en parte de lo que la moderna doctrina alemana (JAKOBS) ha definido como “derecho penal del enemigo”, y

b) como consecuencia de ello, la “expansión” de los mecanismos de represión, que van desde postular la libre convicción como elemento de valoración de la prueba, la inversión de la carga de la prueba y la consecuente negación en el caso del principio de inocencia, y sobre todo, la pretensión de castigar por dolo eventual, por culpa y especialmente por omisión impropia, lo que a veces se hace especificando claramente que determinados profesionales (contadores, abogados y escribanos) tienen “posición de garante” respecto de la protección del bien jurídico involucrado, que no es otro, nada menos, que el “orden socio-económico” del Estado.

Es cierto que estructuralmente es muy difícil lograr con los medios tradicionales de que dispone el derecho sustantivo y adjetivo, el castigo efectivo del delito de lavado de dinero, y ello resulta en una verdadera impunidad como afirmamos antes.

Y ello porque para poder tipificar este delito se requiere:

a) la existencia (y la prueba) de un delito de los expresamente referidos en las leyes (“delitos graves” taxativamente considerados por el legislador)

b) que originó ganancias (dinero, bienes, productos o instrumentos)

c) que esas ganancias (producidas en el exterior o en el propio país) son las que se intentan lavar en el Uruguay,

d) que el actor conocía tanto la existencia del delito originario, como que el dinero que maneja es producto de aquél delito.

En el caso antes citado, tanto la Fiscal como la Juez que dispuso el procesamiento, dejaron expresa constancia de que la investigación que duró unos dos años, incluyó entre otras pruebas, “escuchas telefónicas y vigilancias electrónicas”, métodos que aunque legalmente ordenados por un juez, suponen una fuerte penetración en la intimidad de varias personas, por lapsos prolongados, mecanismos duros pero que son los únicos que pueden permitir, como resulta del caso, efectividad en la actuación policial (a cargo de una Dirección General de Tráfico Ilícito de Drogas) y judicial, enfrentada a una verdadera red organizada del crimen, que actuaba tanto a nivel nacional como internacional.

En el caso no fueron indagados, por lo menos hasta ahora, profesionales universitarios y particularmente escribanos (aunque evidentemente actuaron en compraventa de inmuebles, y posiblemente en la constitución de varias sociedades anónimas a cuyo

nombre se ponían los efectos de delito, maniobra con que los sospechosos al parecer intentan ocultar el origen ilícito del dinero) pero sí algunos contadores y un abogado, por su calidad de eventuales “asesores técnicos” de los asociados para delinquir.

6. LA EXPANSIÓN DEL TIPO SUBJETIVO

En cuanto al elemento subjetivo es necesario destacar que en la Convención de Viena de 1988, origen de esta figura, se especificó claramente que el delito se cometía sólo por el que “a sabiendas” del origen ilícito de los bienes, y “con el objeto” específico de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos bienes o de ayudar a cualquier partícipe procediere a transferirlos o convertirlos, etc.²⁵

El requisito de la intencionalidad probablemente deriva de los términos ya utilizados en la Convención de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1.2.71, que la exigía en su art. 22.1^a.

Como se sabe²⁶, esta expresión legal (el requisito normativo del saber) permite el castigo sólo a título de dolo directo, esto es conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo, pleno conocimiento del origen espurio de los bienes, y voluntad no obstante ello de convertirlos o transferirlos.

Quedaba pues excluida a texto expreso la imputación a dolo indirecto, de segundo grado o eventual, lo que rápidamente se superó por ejemplo a través del reglamento del Lavado de Activos de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas) que en su Modelo recomendó la punición no sólo para el que supiera efectivamente, sino también para el que “debiera saber”, el que “no pudiera ignorar” o actuare “con ignorancia intencional”²⁷, que pune como vemos el dolo eventual, pero en un sentido diferente al legislado en el Uruguay, por cuanto de estas expresiones resulta claro que el juicio de previsión está “en la cabeza del juez”, que es quien hace la inferencia, según parámetros del hombre medio, racional, del buen padre de familia, de tipo estandarizado, y no de lo que previó o dejó de prever el individuo concreto objeto de juzgamiento.

25. Efectivamente el art. 3 de dicha Convención dice: “1. Cada una de las Partes adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente... b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo... con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencia jurídicas de sus acciones”. La expresión “a sabiendas” se repite en todos los delitos modelícos propuestos por Viena b) ii), c) i) y ii).

26. Aunque hay opiniones contrarias a este aserto, como la de nuestro amigo el Dr. Rafael Franzini Batlle, asesor de la OEA.

27. En la reforma introducida en 1998 en el art. 2 se reitera la fórmula del que cometiera delitos de lavado “a sabiendas”, “debiendo saber” o “con ignorancia intencional”, que amplían incluso la tradicional comprensión del dolo eventual en nuestro medio, donde se exige que ese juicio de previsión se encuentre el “la cabeza del delincuente”, para transformarse en un juicio hipotético, de racionalidad del hombre medio, que se encuentra en la cabeza del juzgador, de modo que pueda considerarse intencional una conducta que realmente no se previó, pero que se debió de prever, o que no pudo dejarse de prever, en concepto del juez. Esto puede ser razonable pero va mucho más allá de la fórmula legal de nuestro viejo artículo 18 C.P.

La fórmula legal uruguaya, que no incluye ninguna expresión de intencionalidad o de finalidad (como el “a sabiendas”, “maliciosamente”, “para”, “con el fin”, etc.) permite entonces, al no requerir ningún elemento subjetivo del tipo (o dolo específico) la imputación a dolo eventual, conforme a las normas generales, siempre que se pudiere probar que el sujeto actuó previendo el resultado, aun cuando no lo hubiera querido directamente, pues tal previsión del resultado como posible o como probable no le hizo detener su acción, sino que en tal tesitura igual actuó, comprometiendo con ello su responsabilidad penal por dolo eventual, delito que entonces la ley considera intencional (art. 18 C.P.)

Ese juicio de previsión efectiva (el ámbito de la duda o la sospecha) convierte al delito en intencional, no obstante que sea una intencionalidad degradada o de segundo grado, por asunción o aceptación de un resultado no querido directamente, pero aceptado.

Claro que en la formulación uruguaya, este juicio debe encontrarse “en la cabeza del criminal”, debe haber una previsión efectiva hecha por él, porque la norma así lo exige (el resultado que no se quiso “pero que se previó”, dice el inc. 3 del art. 18 del C.P.)²⁸.

No cabe entonces un juicio de razonabilidad hecho por un tercero, sobre lo que el individuo concreto debió prever, o no pudo no prever, o lo que hubiera previsto en su lugar un hombre medio y razonable, si bien esta cuestión deriva en un asunto de prueba y de valoración de la “objetivación” de la intención, de modo que por razonamientos lógicos se pueda llegar a poner en la cabeza del criminal incluso lo que no podemos saber con certeza que estuviera allí.

Debe advertirse, sin embargo, que conforme a nuestra ley el dolo “se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales”, conforme a la “convicción moral” que el juez del caso se haya formado al respecto²⁹.

Esta referencia a las condiciones o circunstancias “objetivas” del caso, es lo que permite la imputación a través de prueba indiciaria o racional, lo que pone en buena medida la resolución del caso en la interpretación que de ellas haga el juzgador, transformando de tal modo lo aparentemente objetivo en un elemento de enorme subjetividad, totalmente normativo o valorativo, de difícil contradicción (salvo una distinta subjetividad) ante el tribunal.

En cambio, así como admitimos la imputación a dolo eventual del lavado, no es posible en nuestro país imputar la figura a título culposo porque a ello se opone tajantemente el art. 19 del C.P., que establece la punición excepcional de la imprudencia, exigiendo una ley que así lo determine, norma que aún no se ha dictado entre nosotros.

28. Art. 18 inc.3 C.P.: “El resultado que no se quiso pero que se previó, se considera intencional...”. Como se advierte se exige la previsión por parte del delincuente, y no la mera posibilidad de prever.

29. En efecto, el art. 61 de la L.14.294/974 en su redacción actual dispone: “El dolo en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales. El juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decreta, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria”.

Los delitos culposos son un número *clausus*, y sólo la ley puede permitir imputar un delito a quien no previó un resultado previsible (art. 18 y 19 C.P.³⁰)

También en este punto existe fuerte presión en los ámbitos internacionales, para que las legislaciones particulares de los diferentes países penalicen las conductas meramente imprudentes, por lo cual no se puede *a priori* descartar que por esta vía haya en el futuro alguna expansión complementaria de la punición.

Pero si hubo previsión del daño por parte del profesional, pero no se asumió el resultado, sino que el mismo se consideró de “imposible” producción, respondería sólo por culpa con previsión o conciente en los términos del art. 18 inc. 4 parte final, imposible de imputar por la razón expuesta anteriormente, respecto de la no previsión del tipo culposo en delitos de lavado, todavía³¹.

De ello resulta que sólo la falta absoluta de previsión exonerará (por no haber previsto o por haber previsto como imposible), salvo modificación legal que no se prevé por el momento en el Uruguay, del tipo subjetivo, imputando la culpa, al actor de lavado de dinero.

Pero como el extremo indicado es exquisitamente subjetivo, y está dentro de la esfera de la intimidad del actor, la diferencia práctica entre culpa y dolo eventual, dependerá en buena medida, una vez más, de lo que al respecto entienda el tribunal, que en realidad, en el fondo, no puede nunca saber si el sujeto previó o no una situación, sino que debe inferir ese extremo de lo que resulte de la causa, es decir, de la prueba acumulada, que puede no favorecer al indiciado e inclinar la balanza en su contra.

Al no existir ningún delito de omisión propia establecido por la ley, es decir, al no haberse puesto a cargo de los escribanos o profesionales en general una obligación o mandato de actuación determinada, por ejemplo de efectuar controles de procedencia del dinero con que se adquiere una propiedad en escritura por él autorizada, no es delito omitir dichos controles, ni es obligatorio que estos profesionales realicen ninguna indagación complementaria sobre el acto en que intervienen de alguna manera, más allá de los aspectos formales propios de cada operación, no pudiendo entenderse que tengan obligación de denunciar operaciones sospechosas, injustificadas desde el punto de vista económico o legal, de complejidad inusitada o inusual, ni van a incurrir en responsabilidad penal por ello.

No pueden los profesionales, por lo menos a mi juicio, atento al tenor de la ley nacional, participar de ningún modo en un delito de lavado por omisión impropia (denominada también delitos de comisión por omisión), ya que no tienen “posición de garante” respecto del orden socio-económico del Estado, que se supone es el bien jurídico objeto de la protección.

30. Art. 19 C.P.: “(Punibilidad de la ultraintención y de la culpa). El hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley”.

31. Al respecto la parte final del inc. 3 del art. 18 del C.P. establece que: “el daño que se previó como imposible se considera culpable”, lo que la doctrina interpreta como una forma de culpa con previsión o conciente.

Su actividad profesional se encuentra amparada, además, por el secreto profesional, no sólo por una razón deontológica y de preservación de la fidelidad con el cliente, sino porque de no cumplir con esa obligación, puede cometer delito precisamente de revelación de dicho secreto (art. 302 C.P.³²).

No sólo tiene el derecho, sino el deber de guardar el secreto profesional.

En un solo caso existe obligación de revelación, dispuesta por la ley, y es aquél en que el profesional realice transacciones financieras, o administre en forma habitual sociedades comerciales, situaciones en que está obligado a informar, como todo administrador, si actuase en transacciones de activos cuya procedencia sea sospechosa de ilicitud (art. 1 y 2 L. 17.835/2004)

Pero el incumplimiento de esta obligación está sancionado expresamente sólo a nivel administrativo (con multa de mil a veinte millones de unidades indexadas) por lo que vemos muy remota la posibilidad de que todo ello sirva de base a una imputación que sería siempre a dolo eventual y por comisión por omisión de un delito de lavado de dinero.

La única norma que los podría eventualmente alcanzar es el art. 2 de la L. 17.835/2004, que establece la obligación de informar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay (BCU) sobre transacciones sospechosas cuando se tratare de “personas físicas o jurídicas que, a nombre y por cuenta de terceros, realicen transacciones financieras o administren en forma habitual, sociedades comerciales cuando éstas no conformen un consorcio o grupo económico”.

Estas informaciones, reservadas, no configuran por expresa disposición legal violación del secreto de la profesión (art. 4 de la Ley citada)

De los términos de la ley no resulta que la actividad del profesional quede comprendida en esta obligación salvo que integrara una “inmobiliaria”, o realizara “transacciones financieras” o de “administración de sociedades comerciales”, lo que excluye claramente la intervención en compraventa de inmuebles, formalización de hipotecas, documentos de adeudo, etc.

El D. 86/05, de 24.2.2005, reglamentario de la L. 17.835/2004, no incluye expresamente a los profesionales universitarios, dentro del círculo de personas o sujetos alcanzados por el referido régimen de información hacia la UIAF, respecto de transacciones inusuales, sin justificación económica o legal evidente, de complejidad inusitada o injustificada, o que involucren activos sospechosos de procedencia ilícita.

No me parece que ellos tengan, en el sentido del tipo, una obligación concreta de “conocer a su cliente”, bastando que se informe de su identidad a los efectos de instrumentar los negocios en que intervenga, pero no tienen obligación de conocer su proceder en general, sus antecedentes morales, su solvencia económica, el origen de los

32. Art. 302 C.P.: “(Revelación de secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientos unidades reajustables)”.

activos de que dispone, etc., y mucho menos, como vimos, tienen el deber de informar a la UIAF, con lo cual las responsabilidades emergentes se diferencian claramente de las que por ejemplo tienen establecidas las entidades financieras, como los bancos.

El control de la legalidad de los actos en que participa el escribano no parece exigirles por ahora, por ejemplo, la averiguación de si los actos otorgados bajo su autorización son o no efectuados por testaferreros, ni cuáles son los verdaderos titulares de las sociedades de cuyos intereses se ocupa (¿cómo podría saberlo?, ¿de qué manera debería averiguarlo?)

No creo que en el Uruguay tengan los profesionales en general ni los escribanos en particular, una obligación de informar de las citadas operaciones sospechosas, al Banco Central, a través de la citada Unidad de Inteligencia Financiera, ni, con mayor razón, a la Dirección General Impositiva (DGI), ni al Banco de Previsión Social (BPS), salvo en los casos en que ello fuera ordenado especialmente por la ley, o cuando, conforme a derecho, ello sea exigido por mandato de juez competente.

Sólo si cumplieran los profesionales alguna de las actividades a que refiere el art. 1 del decreto 86/05 estarían obligados a informar, por tanto debe verse si actúan como “inmobiliarias” o si son “otros intermediarios de inmuebles” o si se han dedicado a la compra venta de antigüedades, obras de arte o metales preciosos, o si realizan por cuenta de terceros transacciones financieras o administran en forma habitual sociedades comerciales que no conformen un consorcio o grupo económico según art. 79 de la L. 16.060.

Si estuvieran dentro de tales categorías deberán además registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social, según el caso, de las personas físicas o jurídicas con las que realicen transacciones por un monto superior a los U\$S 15.000 o su equivalente en otras monedas.

7. OMISIONES PUNIBLES A CARGO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

El Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD) en su artículo 14 estableció como posible delito a cargo de las instituciones financieras el que “deliberadamente” no cumplan con las obligaciones establecidas en el mismo Reglamento, introduciendo así un delito de omisión propia, derivado del incumplimiento de mandatos expresamente establecidos por la ley.

En su formulación original, al exigirse el deliberado incumplimiento, queda excluida toda posibilidad de omisión culposa o por negligencia o imprudencia grave o derivada de un error inexcusable.

Se postula por la Comisión de la Organización de los Estados Americanos (OEA) la exigencia de un incumplimiento intencional de obligaciones, de lo que resultaría que las figuras criminales podrían ser, entre otras:

- mantener cuentas innominadas, anónimas o bajo nombre ficticio (art. 10.1)
- no verificar la identidad de los clientes (art. 10.2)
- no mantener registros por el plazo legal (art. 10.4, 5 y 6)

- no brindar información a la autoridad (art. 11.1)
- no guardar secreto sobre informaciones solicitadas por la autoridad (art. 11.2)
- no comunicar operaciones sospechosas (art. 13), e incluso
- no cumplir con las normas banco-centralistas establecidas.

Los delitos a cargo de las Instituciones Financieras, postulados por la CICAD, serían delitos propios de omisión, ya que, formalmente están previstos expresamente por la ley u porque materialmente el injusto se agota en la no realización de la acción esperada y exigida por la ley, dado la posición de garante que ella ha establecido a su respecto.

Por ello, como el deber de actuar está dentro del tipo penal de que se trata, más que responsables por un eventual delito de lavado de activos, debería castigárseles por el delito autónomo que correspondiera, de incumplimiento de obligaciones, de forma y modo que la institución no responderá por lavado de activos propiamente dicho, sino por ese delito específico de mera desobediencia que indicamos.

Este delito debería llevar la denominación genérica de crimen de violación de las disposiciones banco-centralistas reguladoras de las actividades de las entidades financieras.

Asistiríamos a un delito autónomo, de peligro abstracto, en el cual ni la Institución como tal (para los que postulan la responsabilidad penal de los entes morales) ni sus gerentes, administradores o responsables, tendrían obligación de evitar el resultado del blanqueo de activos, ni de disminuir el riesgo de que ello se produzca, ni tendrían tampoco obligación de proteger el bien jurídico de que se trata (el orden económico financiero del Estado) sino simplemente, cumplir con lo ordenado.

El delito consiste en la no realización de la acción requerida por la ley, en no cumplir con lo mandado, admitiéndose la imputación culposa en la medida en que, en derecho uruguayo, ello sea exigido por la ley.

En el Uruguay, según el sistema del número *clausus* de delitos imprudentes³³, la culpa sólo puede atribuirse cuando el legislador expresamente así lo determine lo que no ha hecho en el caso concreto hasta ahora.

El Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas (PNUFID) preparó una legislación Modelo, en 1995, que, en lo que interesa ahora, agregó a la fórmula originaria del saber y del debiendo saber, la expresión “sospechando”, que a nuestro juicio no introduce la modalidad culposa del lavado de activos, sino que nos mantiene en el ámbito del dolo eventual o indirecto, pues la culpa propiamente dicha, es la culpa sin previsión o inconsciente, donde lo que se reprocha es la infracción del deber de cuidado, de mantener despierta la inteligencia para no vulnerar el bien jurídico, ni ponerlo en riesgo, en razón de la mera imprudencia, negligencia o impericia profesional.

Algunos países de gran influencia en la legislación uruguayo han venido en los últimos tiempos imputando la mera culpa, como es el caso de España, que imputa

33. España adoptó este sistema recientemente, en 1995, art. 12 C.P.

la “imprudencia grave”³⁴; Alemania, que refiere a “negligencia grave”³⁵, Luxemburgo que trata de la comisión del delito por “desconocimiento de las obligaciones profesionales”³⁶, y, dentro del área del MERCOSUR, sólo Paraguay castiga el lavado por imprudencia o culpa³⁷.

La Ley argentina que castiga al lavador no sólo cuando hubiere conocido el origen delictivo de la inversión o negocio en que intervenga, sino cuando “lo hubiera sospechado”³⁸, no llega a mi juicio a castigar la culpa, por cuanto esa expresión supone, en mi opinión, sólo imputación por dolo eventual o indirecto.

En el Uruguay, donde se mantiene incólume el principio *societas delinquere non potest*, se ha previsto la eventual responsabilidad penal a cargo de los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las instituciones financieras, empresas o sociedades determinadas por la ley, que pueden incurrir en delito de lavado de activos³⁹.

La Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que es una unidad de inteligencia financiera, que fue creada primero administrativamente (Circular 1722, de 22.1.2000 del BCU) y luego se legalizó, en 2004 (Ley 17.835, de 23.9.04)⁴⁰.

Se determinó la obligación de informar de toda transacción que, “en los usos y costumbres de la respectiva actividad, resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente, o se planeen con una complejidad inusitada o injustificada”, o que existan “sospechas” de procedencia ilícita.

En general se entiende que se ha puesto a cargo de determinados sujetos (instituciones financieras y otros) una doble obligación que se resume en: a) conozca a su cliente, y b) dé cuenta de las operaciones sospechosas.

34. Art. 301.3 C.P.

35. Parágrafo 261 C.P. de 22.9.92.

36. Art. 6 Ley de 7.7.89.

37. Ley 1015, de 3.10.96. La L. 1.160/997, art. 196.5 determina que “El que en los casos de los incisos 1 y 2 y por negligencia grave desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico será castigado con pena de hasta dos años o con multa”.

38. Ley 23.737, de 10.10.89, art. 25.

39. Art. 71 de la ley especial: “Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el DL 15.322, de 17.9.82, los Bancos regulados por la L., 16.131, de 12.9.990, las Casas de Cambio a que refiere el artículo 56 de la L. 16.696, de 30.3.995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay (BCU) deberán sujetarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado BCU con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley. Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrá determinar según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el DL 15.322 de 17.9.82, con la redacción dada por la L. 16.327, de 11.11.992. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero”.

40. Esta ley se reglamentó por D. 86, de 24.2.2005.

La omisión de cumplir este mandato se resuelve en sanciones administrativas, y eventualmente en la comisión del delito de lavado de activos del art. 71 de la L. 17.016/998 citando anteriormente.

8. MODIFICACIONES AL RÉGIMEN ADJETIVO

En cuanto al sistema procesal se pueden señalar, en síntesis, las siguientes características del sistema uruguayo de lucha contra el lavado de activos, que indican una línea de mayor severidad y búsqueda de eficacia en la represión:

1) Ya indicamos que la fijación de una pena mínima de dos años de reclusión (que se denomina pena de penitenciaría) tiene consecuencias en el régimen procesal, en cuanto impone que junto al auto de procesamiento se imponga la prisión preventiva del sospechoso, y que luego el juez ordinario no pueda concederle la libertad provisional.

2) Por esa misma razón (la imposición de condena de penitenciaría en todos los casos) las personas no podrán ser beneficiadas por la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que es entre nosotros una forma de extinguir el delito⁴¹.

3) Otra consecuencia de que la pena sea de penitenciaría se refleja en el hecho de que la Suprema Corte de Justicia no le podrá conceder la libertad anticipada hasta que no haya cumplido por lo menos la mitad de la condena (art. 328 Código del Proceso Penal según redacción de L. 16.349/93 y art. 11 de L. 17.897/05).

4) Excepcionalmente, por tratarse casi con seguridad de casos de delincuencia organizada, la ley autoriza el empleo de agente provocador para lograr su represión⁴², imponiéndosele medidas preventivas de seguridad.

5) A mi juicio son aplicables a los delitos de lavado de activos, las disposiciones previstas en la ley de drogas, en cuanto al castigo de la tentativa con la misma pena que la consumación y a la punición, excepcional entre nosotros de los actos preparatorios, que se punen con las dos terceras partes de la pena, pero que el juez puede elevar hasta la mitad según “la gravedad del hecho cometido y la personalidad del agente” (art. 37 ley especial).

41. Art. 126 C.P.: “(De la suspensión condicional de la pena). Se extingue el delito cuando el juez, al dictar sentencia, resuelve suspender la condena, siempre que el beneficiado, además de cumplir las obligaciones que le fueren impuestas por la ley o judicialmente, se abstuviere de cometer delitos, durante un período de cinco años. Para que la condena pueda ser suspendida se requiere: 1. Que se trate de penas de prisión o de multa, cuando por defecto de cumplimiento, deba ésta transformarse en pena de prisión. 2. Que se trate de delinquentes que en el pasado no hayan cometido otros delitos y que el juez prevea, por el examen de sus antecedentes, que no han de cometerlos en el provenir”.

42. Art. 8 C.P., inc.2, según redacción dada por art. 74 de L. 17.243/2000: “(Del delito putativo y la provocación por la autoridad)...El hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso que el juez competente autorice, por escrito, la provocación por razones fundadas. Esta autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento”.

6) Se prevé un régimen especial de evaluación del elemento intencional, permitiéndose inferir el dolo “de las circunstancias del caso”⁴³, autorizando al juez a fallar por “convicción moral”, que, además, se viene admitiendo por la jurisprudencia que puede formarse sobre la base de una “prueba de carácter indiciario”⁴⁴, o prueba racional⁴⁵, lo que es de capital importancia al momento de determinar la prueba del conocimiento por parte del agente del origen ilícito de los efectos que maneja.

7) Se adoptó el sistema de la “entrega vigilada”, preconizado en la Convención de Viena⁴⁶, por L. 17.835/04⁴⁷, y se creó una cierta pesquisa reservada o secreta, que pone en cuestión los límites de la relación institución-cliente y el secreto bancario, a través del régimen de la UIAF analizado *supra*, lo que, de alguna manera, nos acerca, además, peligrosamente a la conculcación de los principios de inocencia y de incolumidad, y a la inversión de la carga de la prueba.

43. El art. 61 del DL.14.294/74, según norma agregada en 1998, dice: “El dolo en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales. El juez interviniente deberá fundamental la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decrete, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria”.

44. Así por ejemplo en Sentencia N° 356/1998 del Tribunal Supremo español. Sala de lo Penal, Ponente Sr. D. Eduardo Móner Muñoz, Vista 04.03.98. Ver también Sentencia N° 755/997 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

45. Naturalmente que este tipo de prueba es legal y está previsto en el Código del Proceso Penal, como prueba lícita, aunque se es estricto en la contabilización de sus elementos, visto la discrecionalidad o subjetividad que tal tipo de juicio conlleva: multiplicidad de indicios, importancia intrínseca de cada uno de ellos, congruencia, concatenación, causalidad, etc. El art. 160 CPP dice: “Concepto de indicio. 160.1. Indicios son las cosas, estados o hechos, personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho que es objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto. 160.2. Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial deberán estar plenamente probados, ser inequívocos y ligar lógica e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria”.

46. El art. 11 de la Convención establece: “ENTREGA VIGILADA.1. Si lo permiten los principios fundamentales 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...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 estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan”. En el art. 1 de definiciones se lee: “g) Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexas a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entre en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención”.

47. Arts. 9-12 L. N° 17.835, de 23.9.2004, que siguen prácticamente sin fisuras las recomendaciones internacionales que resultan de la Convención, colocando la decisión en manos de un juez. El art. fundamental, el 9, dice: “Con fines de investigación, a requerimiento del Jefe de Policía Departamental que corresponda o el Ministro del Interior, el Juez Penal competente podrá autorizar la circulación y entrega vigilada de dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios, sustancias tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos, precursores u otra sustancia prohibida, por resolución fundada, bajo la más estricta reserva y confidencialidad”.

8) Se flexibilizó el régimen del embargo preventivo y del decomiso, estableciéndose incluso normas sobre la caducidad de los derechos que se pudieran tener sobre ciertos bienes⁴⁸, lo que determina la definitiva confiscación.

48. Art. 63 de la ley en la redacción dada por art. 67 L. 17.930/2003, que agregó el siguiente texto: “Sin perjuicio de lo expresado, el juez o tribunal en su caso, podrá disponer el decomiso aún durante la sustanciación del proceso y antes del dictado de la sentencia de condena, cuando los bienes, productos o instrumentos de que se trate fuesen, por su naturaleza, perecederos o susceptibles de deterioro que los torne inutilizables. Si en definitiva el propietario de los mismos fuese eximido de responsabilidad en la causa, o cuando sean de aplicación los artículos 64 y 65 de esta ley, el interesado podrá solicitar la reparación por parte del Estado por los daños y perjuicios resultantes del decomiso. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o el imputado no fuere habido, se libraré la orden de prisión respectiva y transcurrido seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubieren cautelarmente incautado operando la confiscación de pleno derecho procediéndose conforme al art. 67 de la citada norma”.

