

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.4

PRIMEROS COMENTARIOS A LA LEY 17.016 DE 22.10.1998 EN LOS ASPECTOS ATINENTES A LAS NUEVAS TIPIFICACIONES DEL LAVADO DE DINERO Y LAS CARGAS DE VIGILANCIA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

RAÚL CERVINI

SUMÁRIO: 1. Antecedentes – 2. Delito de lavado de dinero – 3. Responsabilidad administrativa de las entidades financieras – 4. Alcance de las cargas de vigilancia de las entidades financieras – 5. Conclusiones sobre la nueva legislación uruguaya.

1. Antecedentes

1. Recientemente el Poder Ejecutivo del Uruguay promulgó la Ley 17.016 por la cual se modifican, amplían y actualizan las disposiciones del anterior Decreto-ley sobre Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas n. 14.294 de 31.10.1974. Entre las innovaciones que trae la nueva ley se encuentra precisamente el delito de lavado de dinero. Es decir, que entre las grandes orientaciones legislativas que se encuentran en el derecho comparado respecto de la ubicación sistemática de las normas sobre lavado de dinero, Uruguay optó por incorporarlas en la ley especial que regula todo lo atinente al tema de los estupefacientes.¹

⁽¹⁾ Existen tres grandes orientaciones legislativas. En la mayoría de los casos el blanqueo o lavado de capitales se sanciona en el Código Penal, ya sea acotando su alcance al caso del narcotráfico, o extendiéndolo a otras manifestaciones delictivas, a vía de ejemplo: Francia, Italia, Suiza, Colombia, etc. Otro posible modelo consiste tipificar estas conductas mediante una ley especial que bien regule íntegramente el problema

Debe recordarse que Uruguay aprobó el 07.09.1994 la ley n. 16.579 incorporando a su legislación interna los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988.² A consecuencia de dicho acuerdo multilateral, contrajo – entre otros – el compromiso internacional de contemplar expresamente en su legislación las actividades del blanqueo, conversión y transferencia de activos y bienes procedentes del narcotráfico (art. 3.2 de la Convención).

de la droga, o contemple en forma exclusiva el tema del lavado; es el caso de Estados Unidos, Alemania, y el mismo Uruguay. Finalmente, México concede a la figura del lavado un tratamiento codificado especial, contemplando el delito dentro de su Código Fiscal. Sobre el tema, in extenso: CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William y GOMES, Lúiz Flávio: *Lei de lavagem de capitais*. San Pablo: RT, 1998, p. 185 *et. seq.*

⁽²⁾ Anteriormente, en la Reunión de Bancos Centrales de Viena 1971, los representantes de la autoridad monetaria del Uruguay manifestaron su adhesión (punto 4) a la Declaración de Principios de Basilea de 1988.

Los convenios y acuerdos multilaterales hemisféricos y muy especialmente las recomendaciones de CICAD-OEA plasmados en los reglamentos modelos, en cuya elaboración Uruguay tuvo muy activa participación técnica y política, predisponían hacia idéntica necesidad de lege ferenda.³

2. En el decurso de preparación de la ley – y ya elaborados sus primeros borradores por técnicos de la Pro-Secretaría de la Presidencia – fueron consultados informalmente algunos profesores de Derecho Penal y ejecutivos de la actividad bancaria. Muchas de las sugerencias realizadas fueron tomadas en cuenta, otras ignoradas. En todo caso, estas opiniones sirvieron para que desaparecieran del texto proyectado algunos errores técnicos y soluciones legales abiertamente inconvenientes o lesivas a la seguridad jurídica, por

⁽³⁾ Esse contexto multilateral fue acompañado de una trama de acuerdos bilaterales de Cooperación Jurídica Internacional en Asuntos Penales, varios de ellos ya ratificados, signados por Uruguay con Estados Unidos, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Bolivia, Paraguay, Brasil y Venezuela. Algunos de estos textos refieren principalmente a instancias de cooperación judicial internacional en la lucha contra el narcotráfico y traducen una estructura de principios que el texto en análisis recoge adecuadamente. Tampoco puede desconocerse la influencia de una copiosa legislación extranjera sobre el mismo tema, dentro de la cual aparecen como referencias necesarias la modificaciones introducidas al Código Penal Suizo (CPS) en los arts. 305 bis y 305 ter, los Estatutos Penales del Código Federal de los Estados Unidos sobre Lavado de Dinero y Normas Conexas de mayo de 1993, las leyes alemanas de julio del '92 y octubre de 1993, la ley chilena de setiembre de 1994, la ley mejicana sobre Regulación de Instituciones de Crédito de diciembre del '94, y otros muchos ejemplos. Baste decir que, según un reciente informe del ICEPS (M. 123-998) en los últimos 10 años 34 países han legislado sobre este tema.

ejemplo: la colaboración eficaz con las autoridades judiciales, delación premiada, posibilidad de que prosperara una solicitud de cooperación judicial penal internacional de relevamiento de secreto bancario en ausencia de doble incriminación, comunicación obligatoria de transacciones financieras consideradas “sospechosas”, el uso de las infelices expresiones como “a sabiendas o debiendo saber” que se traducían en insostenibles tipos de mera responsabilidad objetiva, etc.

Los Capítulos de la Ley vinculados más directamente a la actividad financiera y por ende donde se concentran los artículos que pueden considerarse de mayor interés a los efectos de esta exposición son: el *Capítulo IX* (arts. 54 a 59 y 61, donde se define legalmente la figura base del delito de lavado o blanqueo de activos procedentes del narcotráfico y figuras conexas, se consagran formas de encubrimiento personal y real y se plasma con cierta ambigüedad el principio general de la culpabilidad), *Capítulo X* (arts. 62 a 67 que tratan de las medidas cautelares, decomiso, derechos de los terceros de buena fe), el *Capítulo XII* (arts. 71 a 74 que refieren a la responsabilidad administrativa de las entidades financieras y a las cargas de debida diligencia y de conocimiento del cliente) y *Capítulo XIII* (arts. 75 a 80, la cooperación jurídica internacional en asuntos penales).

El *Capítulo X* (cautelares) salvo ciertos detalles de técnica jurídica no ofrece mayores dificultades, siendo particularmente acertada la redacción del *Capítulo XIII* donde se reiteran medulares principios que impulsó Uruguay en varios acuerdos de cooperación penal suscritos con anterioridad. En particular se ratifica el principio de la primacía de la ley procesal y sustantiva de la República, permaneciendo inalterada, por consiguiente, la estructura y garantías del Secreto Bancario nacional con todas las consecuencias que proyecta su estatuto

en el ámbito adjetivo y sustantivo de la entreatyada penal internacional.⁴

2. Delito de lavado de dinero

1. Originalmente, la jurisprudencia uruguaya con el aval de un importante sector doctrinario confluyó en la punición del lavado de dinero ilícito como delito de encubrimiento, aunque en este sentido los antecedentes son escasos.⁵ Y ello por cuanto evidentemente el lavado comporta una ayuda al aseguramiento del beneficio producido por el delito principal.⁶ Por lo demás muchas de las conductas descriptas en el art. 197 del Código Penal Uruguayo son análogas a las figuras de lavado gene-

ralmente previstas en el derecho comparado. Naturalmente esta tesitura obligó a elaborar variados desarrollos jurídicos complementarios, cuyo detalle excede la propuesta de este trabajo.⁷

(4) Los Tratados de Cooperación Judicial Internacional en asuntos penales más modernos y garantizadores, por ejemplo el ratificado entre Uruguay y Estados Unidos, y el Proyecto de Tratado entre Uruguay y la República Federativa de Brasil en el ámbito bilateral, así como el Proyecto de Protocolo de Cooperación Judicial Penal Internacional elaborado para el Mercosul, parten del supuesto de que toda alternativa de cooperación jurisdiccional internacional, cualquiera sea la modalidad delictiva involucrada, se debe estructurar en base a tres planos fundamentales que deben mantenerse en un constante balance dinámico. Esto se debe reflejar en la necesaria tensión entre los intereses e una eficaz cooperación jurídica internacional en equilibrio con el reconocimiento jurídico, formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos nacionales involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el curso de las instancias cooperacionales. Esto se traduce en Principios Funcionales y Principios de Garantía. Sobre el tema: CERVINI, Raúl. *Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales*, en Curso de Cooperación Penal Internacional, Valença. Río de Janeiro : Carlos Alvarez, 1994, Montevideo, 1994, p. 27 y *et seq.*

(5) Cf. L.J.U., casos 11.475 y 11.901.

(6) RETA, Adela. Consideraciones acerca del llamado lavado de narcodólares, en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*.

(7) La doctrina nacional ha analizado el caso del lavado realizado por un integrante de una asociación ilícita dedicada a cometer un número indeterminado de delitos, el cual no participó en la operación concreta originante del dinero, concluyendo en que el concierto previo que menciona el art. 197 del Código Penal debe – para excluir el delito de encubrimiento – “formalizarse con respecto a un acto concreto cuya naturaleza y alcance se conoce cuando se produce el acuerdo criminal. No bastará por consiguiente para excluir la hipótesis del encubrimiento, la simple calidad de integrante de una asociación delictiva”. Esta posibilidad concursal de suyo consulta más adecuadamente las necesidades de la defensa social al par que se arriba a una solución análoga a la estatuida por la legislación argentina. También cabe recordar que en el ordenamiento jurídico de Uruguay el encubrimiento puede serlo con relación a cualquier delito anterior, sin que exista un régimen especial para los actos de encubrimiento de delitos de tráfico de estupefacientes, y esto último sólo a través del sistema nacional de penas derivadas o accesorias (ADRIASOLA, Gabriel. *El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga*. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 66). Mucho más complejo es dar respuesta en derecho positivo uruguayo a si el delito encubierto debe necesariamente ser cometido en el Uruguay o si es punible el encubrimiento cometido en el país de un delito base ejecutado en el extranjero. En la doctrina nacional Rosa Camaño admite solitariamente esta última tesitura pero sin mayor fundamento (CAMAÑO, Rosa. *Tratado de los delitos*. Montevideo : Amalio Fernández, 1967, p. 184). Nuestra jurisprudencia exhibe un antecedente sobre el punto, en el cual el magistrado actuante sostuvo: “De no admitirse tal circunstancia – como lo admite por ejemplo Rosa Camaño, en su *Tratado de los delitos*. p. 184 – la justicia declinará en la represión de los delitos cuyo iter

Seguramente con la tipificación expresa del delito de lavado que realiza la Ley 17.016, muchas de esas elucubraciones dogmáticas y jurisprudenciales perderán cierta trascendencia práctica.

2. Como hemos adelantado, la nueva ley estructura el *tipo base del delito de lavado* dentro del *Capítulo IX* en su art. 54, el cual reza: "Art. 54. El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley, los delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría".

Desde el punto de vista político el texto del art. 54 pretende responder internamente al compromiso de lege ferenda emanado de la recomendación contenida en el art. 3.1.b del Convenio de Viena de ONU de 1988 y en la faz técnica a la tipificación del delito de

criminis se halla internacionalizado, tales como el narcotráfico, el terrorismo o la trata de blancas. Sí debe exigirse – y ello en aras de la incolumidad del principio de legalidad – que el delito encubierto cometido en el extranjero esté también incriminado como delito en el Uruguay (principio de "doble incriminación"), procediendo en infolios con los art. 31 y 32 del Dec.-lei 14.294, ya que la persona objeto de la solicitud de extradición habría manejado fondos e inversiones provenientes de la importación de estupefacientes a terceros estados. Este criterio expansivo de la jurisdicción no vulnera en modo alguno el principio de legalidad al par que también condice con la tendencia actual de la sociedad internacional de modo de universalizar la represión de los delitos vinculados al narcotráfico (Cf. Convención de Viena, art. 4, § 1, inc. b)" (Resolución 934 de 20.03.1992 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal y de Menores de 4to. Turno de Maldonado). Esta tesitura no mereció observaciones por parte del Tribunal de Alzada Penal de Segundo Turno (Resolución 107 de 25.05.1992).

lavado, que con amplio consenso en el hemisferio regional americano, quedara incorporada en el Reglamento Modelo sobre Lavado de la CICAD-OEA (en su art. 2, numeral 1). En realidad, teniendo en cuenta el complejo fenómeno que la norma procura abarcar, puede afirmarse que el concepto base finalmente plasmado en la ley uruguaya supera su fuente y resulta de los más técnicos que pueden encontrarse en el concierto regional.

Es sabido que en sentido amplio todo proceso de lavado de dinero se integra de dos instancias fundamentales: una primera llamada de *mimetización fiduciaria primaria o formal*, por medio de la cual los grupos ilícitos procuran que el gran volumen de dinero caliente originado en sus actividades se disimule entre la masa de dinero lícito o "no crítico" que circula por el mundo y una segunda en la cual, a mediano plazo y por imperio de la propia mecánica de los fenómenos monetarios, se da una *integración material de esos activos financieros*. La clave de toda posible intervención normativa de carácter público (preventiva o represiva) e incluso autorregulatoria de signo corporativo, radica precisamente en la posibilidad de individualizar y neutralizar el flujo de los activos críticos antes de que se produzca su fase de mimetización material, o sea la de blanqueo propiamente dicho. Los especialistas en estas formas de delincuencia coinciden en que técnicamente el eje de la mayor parte de los procesos de lavado se encuentra en dos conductas: convertir y transferir, que son precisamente las que recoge la figura base en la nueva normativa uruguaya.

Recapitulando, el nuevo texto tipifica en el art. 54 como conducta criminal de lavado (tipo base) a los que hagan la conversión o la transferencia de activos que proceden de los delitos previstos en la misma ley o delitos conexos.

La conversión y transferencia son actos que, en definitiva, suponen la transformación de unos bienes en otros, lo

que conlleva la ocultación del ilícito origen de éstos. *Convertir* según Saavedra Rojas es sinónimo de cambio o mutación del dinero obtenido, por bienes o servicios, pero, nos recuerda el mismo autor, la convertibilidad no debe entenderse necesariamente en sentido tan restringido porque puede estar igualmente referida de un bien a otro, sea cual fuere la forma contractual escogida para hacerlo o encubrirlo; en tal sentido, puede tratarse de contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros, es decir los clásicos testaferros.⁸ Por su parte, el verbo '*transferir*', en su sentido literal, significa ceder o renunciar en otro un derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa. Lamas Puccio sostiene que la especialidad del proceso a controlar impone una interpretación en sentido amplio, como movilización jurídica y/o material de un determinado bien de un lugar y/o titular a outro.⁹

Debe resaltarse que la construcción típica del delito base de blanqueo se estructura subjetivamente en función a la intencionalidad y ésta, lamentablemente, no es la orientación legislativa prevalente en el concierto mundial.

Por ello, reiteramos que, pese a que no se trata de una formulación técnicamente perfecta, por ejemplo hubiera sido conveniente moderar su exagerado guarismo punitivo en el contexto de la legisla-

ción penal nacional, debe reconocerse que este texto que contiene incita la intencionalidad del agente, representa un claro avance con relación al proyecto que originalmente manejó el Poder Ejecutivo uruguayo, que apartándose de la intencionalidad aludía "a sabiendas o debiendo saber", habiéndose incluso llegado a considerar una redacción que acudía con mayor prudencia relativa a "(...) elementos denotativos objetivos".¹⁰

3. Complementariamente, la ley también castiga con severidad en su art. 55 *modalidades conexas con el delito base de lavado*, a saber: la adquisición, posesión, utilización, tenencia, o realización de cualquier transacción sobre tales activos procedentes de las aludidas actividades delictivas. Textualmente: "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 esta 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."

Se ha señalado¹¹ que la *adquisición* persigue el castigo de quien incorpora a

(8) SAAVEDRA ROJAS, E.: *Nuevos tipos penales creados por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de diciembre de 1988*. Segundo Seminario Latinoamericano y del Caribe sobre medidas efectivas para el combate de los delitos de drogadicción y mejorar la Administración de Justiça Penal. Ilanud (Instituto Latino Americano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), San José de Costa Rica, 1989, p. 129 *et seq.*

(9) LAMAS PUCCIO, L. *Tráficos de drogas y lavado de dinero*. Lima : Sol Naciente, 1992, p. 46 *et seq.*

(10) En el borrador original del art. 54 se establecía: "El que haga la conversión o la transferencia de bienes, productos o instrumentos a sabiendas o debiendo saber que los mismos proceden de cualquiera de los delitos tipificados por esta Ley, o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría". El texto alternativo un poco más garantizador expresaba: "El que haga la conversión o la transferencia de bienes, productos o instrumentos a sabiendas o teniendo elementos objetivos denotativos de que los mismos proceden (...)".

(11) VIDALES, Catalina. *El lavado de capitales en el ámbito internacional*, en Anales de Seminario sobre Lavado de Dinero organizado por la Asociación de Bancos del Uruguay, Montevideo.

su patrimonio un bien que procede de la comisión de un delito vinculado al narcotráfico, sea cual sea el título por el que dicho bien ha sido obtenido. La posesión por su parte castiga la mera tenencia de dichos bienes, por lo que puede ser realmente dificultoso deslindar fácticamente este concepto del de *utilización*, ya que quien utiliza se encuentra naturalmente poseyendo.

4. Por su parte, en los arts. 56 y 57 la ley consagra *formas de encubrimiento personal y real*.

"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 u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por esta Ley, o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría."

A través de la norma se trata de impedir bajo amenaza penal la realización de un conjunto de conductas tendientes a imposibilitar el conocimiento del verdadero origen, ubicación, destino y movimiento de los bienes previamente convertidos o transferidos. Expresa Lamas Puccio que el comportamiento previsto se perfecciona cuando el actor intencionalmente, a través de diversas modalidades típicas, tiende al desdibujamiento efectivo de los reales orígenes, características y destino de los activos críticos.¹²

"Art. 57: El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en esta 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 disposición se castiga la asistencia para asegurar el resultado o beneficios de tales actividades o tendiente a eludir las consecuencias jurídicas de las acciones del caso, y lo que resulta más discutible el hecho de prestar cualquier tipo de ayuda o asesoramiento a dicha actividad delictiva.

Merece severas objeciones el tramo final de esta norma. No podemos creer que esa "ayuda" (presumiblemente de carácter técnico) "asesoramiento" o "asistencia" pueda concebirse depurado de toda finalidad, la conducta tiene que estar abarcada por el dolo, por consiguiente hubiera resultado muy útil y así lo sugerimos, a través de opinión legal brindada a la Asociación de Bancos del Uruguay, ajustar la redacción de la siguiente manera: "o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento a los efectos de asegurar el resultado será castigado (...)".¹³ Lamentablemente este cuestionamiento no fue tomado en cuenta en el Palacio Legislativo.

5. Finalmente, en sucesivas normas, el texto legal convierte a través del art. 58, en circunstancia agravante de los referidos delitos la finalidad de procurar un provecho o lucro para sí o para un tercero pudiendo en tal caso elevarse la pena en un tercio. He de señalar que el borrador que manejaba la Comisión Parlamentaria (art. 59 del anteproyecto) lucía la relativizadora expresión "podrá" hoy desaparecida del texto promulgado.¹⁴

(13) Consulta del 24.04.1996.

(14) "Art. 59 del anteproyecto. La finalidad de obtener un provecho o lucro para sí o para un tercero, de los delitos previstos en los arts. 57 y 58 de esta Ley, podrá ser considerada una circunstancia agravante y en tal caso, la pena podrá ser elevada en un tercio".

(12) LAMAS PUCCIO, L. *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Op. cit. ut supra, p. 51 et seq.

“Art. 58. La finalidad de obtener un provecho o lucro para sí o para un tercero, de los delitos previstos en los arts. 56 y 57 de la presente ley, será considerada una circunstancia agravante y en tal caso la pena podrá ser elevada en un tercio.”

Por otra parte se prevé en el art. 59 un aumento significativo de pena cuando el delito se consume mediante participación de una asociación o grupo delictivo organizado, o con uso de violencia, empleo de armas o con utilización de menores o incapaces.

“Art. 59. Cuando la comisión de cualquiera de los delitos previstos por esta Ley se hubiere consumado mediante la participación en el o en los delitos de una asociación o grupo delictivo organizado o mediante el recurso a la violencia o el empleo de armas o con utilización de menores de edad, o incapaces, la pena será aumentada hasta la mitad.”

Esta norma procura diversos objetivos. Uno de ellos, combatir a la empresa criminal o grupos delictivos organizados, los cuales – como ha sido probado empíricamente – utilizan este tipo de delincuencia para blanquear sus ganancias y lo hacen aplicando medios cada vez más sofisticados, modalidades de accionar transnacional frecuentemente ligados a otras actividades criminales como el tráfico de menores, de órganos, la delincuencia que explota la prostitución a nivel internacional, la venta y contrabando de armas, el terrorismo, etc. Pero también, señala en el texto del Mensaje del Poder Ejecutivo, se penaliza con mayor severidad el uso de la violencia o la utilización de menores o incapaces, como maneras de proteger, por una parte, bienes jurídicos esenciales como la paz y la seguridad pública y por otra la integridad moral y física de personas en situación de indefensión jurídica, como son los menores o incapaces.

6. El art. 61, con una redacción un poco ambigua fruto de sucesivos injertos

originados de distintas fuentes, reafirma, a nuestro criterio, la aplicación de los principios generales de la culpabilidad y apreciación de la prueba en estos nuevos tipos creados, constituyendo una importante afirmación garantística tratándose de este tipo de delitos.

“Art. 61. 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.”

La simple observación denota que los dos incisos del artículo obedecen a distintas manos. El segundo inciso tiene su inspiración en el texto proyectado por el Ejecutivo para el art. 69, mientras que el primero, fue elaborado posteriormente a nivel del Parlamento reivindicando la aplicación de los principios generales de la carga de la prueba. Se ha relativizado esta manera de pensar, afirmando que, en realidad, el inciso segundo del art. 61 no consagra la libre convicción, sino la convicción moral, y que además, la fórmula no traduce sino una objetivación de la intención a través de las circunstancias del caso. En todo caso, ante la aparente o posible contradicción que contienen ambos incisos, se impone naturalmente la interpretación más acorde a la vigencia de los principios generales.

Como dijimos, a nivel del Parlamento se suprimió el antiguo art. 69 que contenía el proyecto. Esta norma establecía “la falta de buena fe del tercerista podrá inferirse por el juez, según la convicción que se forme al respecto de acuerdo e las circunstancias del caso. En este caso o cuando existan indicios o razones suficientes para deducir, según la convicción del Juez, que no existe buena fe por parte del tercerista, este deberá probarla”. Pues

bien, la redacción proyectada era por cierto polémica. En su momento sostuvimos que tampoco configuraba en último análisis un reconocimiento de la libre convicción, sino que aludía a un criterio de distribución de la carga de la prueba, bajo el entendido de que el tercerista, como toda persona que alega un hecho (en el caso su buena fe), tenía la carga de probarlo. En todo caso la supresión de esta norma resulta satisfactoria y diluye toda discusión al respecto.

7. Finalmente es de resaltar que el art. 62 del anteproyecto se ocupaba de la forma tentada de los delitos previstos en la ley estableciendo que el juez podía elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado, ello, con base en similar criterio acogido en la reciente Ley 16.707 de 12.07.1995 sobre Seguridad Ciudadana.¹⁵ Esta solución no se encuentra recogida en el texto finalmente aprobado.

3. Responsabilidad administrativa de las entidades financieras

1. Probablemente es en este ámbito donde se plantean las mayores divergencias entre el proyecto que envió el Ejecutivo y el texto finalmente promulgado.

El texto proyectado generó cierto debate en torno a la posible compatibilización jurídica entre los textos de sus arts. 55 del Capítulo IX¹⁶ y 74 del Capítulo XII.¹⁷

(15) "Art. 62 del anteproyecto. Tratándose de la forma tentada de cualquiera de los delitos previstos por esta Ley, el juez podrá elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado".

(16) "Art. 55 del anteproyecto. El que estando legalmente obligado, omitiere cumplir la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay referida a los delitos tipificados en el presente capítulo de esta Ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

En el mensaje del Poder Ejecutivo al Parlamento se expresaba en forma vaga que el Capítulo XII refería al dispositivo de control administrativo y jurisdiccional del sector financiero. No obstante ello, nosotros siempre pensamos que el art. 74 del Capítulo XII reglaba, en lo sustancial, la eventual sanción administrativa de las entidades financieras por omisión a los deberes de debido cuidado.

El art. 74 del anteproyecto coincide con el actual art. 71 estableciendo expresamente: "Art. 71. Las instituciones o em-

Este delito se castigará a denuncia del Banco Central del Uruguay mediando resolución fundada del precitado Ente".

(17) "Art. 74 de anteproyecto. Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.-ley 15.322 del 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de 12.09.1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central 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 esta 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 Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982, con la redacción dada por la Ley 16.327 de 11.11.1992.

Lo anterior, es sin perjuicio de la facultad del juez, de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en esta 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 1.º".

presas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de setiembre de 1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995 y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia y 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 podrán determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Dec.-ley 15.322 de 17.09.1982 con la redacción dada por la Ley 16.327 de 11.11.1992.

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 haber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que se refiere el inciso primero."

Esta norma parte del criterio tradicionalmente admitido de que las personas jurídicas (en el caso, entidades financieras) no son pasibles de punición de naturaleza penal conforme al principio "societas delinquere non potest" y por ende las transgresiones a las reglamentaciones que dicta el Poder Ejecutivo y el Banco Central son sancionadas exclusivamente en vía administrativa. En este aspecto el texto se aparta sustancialmente del art. 14.3 del Reglamento Modelo sobre Delito de Lavado preparado por

CICAD-OEA que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, el texto en análisis agrega en su segundo párrafo que la aludida responsabilidad (administrativa) procederá "según los casos y cuando correspondiera", flexibilización conceptual que representa también evidentes ventajas respecto de otras fórmulas legales existentes en el derecho comparado.

Esta sanción administrativa será sin perjuicio de la facultad del Juez de apreciar "cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en esta ley, la eventual responsabilidad que pudiera haber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones...", o sea, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las personas físicas, la que se disciplinaba, en el anteproyecto principalmente, por lo que disponía el art. 55 y ahora con una orientación más garantista, por los arts. 54 y siguientes.

El art. 55 tal como aparecía en el anteproyecto fue eliminado del texto finalmente aprobado. Nosotros habíamos sido especialmente críticos con su redacción proponiendo incluso una fórmula sustitutiva del mismo. El texto actualmente eliminado del Capítulo IX se ocupaba de las personas físicas que dirigen a las entidades financieras y penalizaba el simple defecto en la vigilancia de aquéllos que estando legalmente obligados, omitían cumplir normativa establecida por el BCU..., quienes eran, de acuerdo al reenvío del y a visto del art. 71 *in fine* (ex. art. 74 *in fine*) "los directores, gerentes, administradores, mandatarios síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades (...)"

Esta norma pretendía punir la mera omisión formal reglamentaria, sancionando el mero defecto de vigilancia en forma abstracta, desvinculado de la afectación al

bien jurídico, tal como lo prevé el art. 305 ter del Código Penal Federal Suizo.

La formulación confrontaba abiertamente al principio de culpabilidad, plasmando una hipótesis de responsabilidad penal objetiva por la mera inobservancia de una normativa administrativa que naturalmente podría verse ampliada en el futuro. Por otra parte, también se lesionaba el principio de legalidad ya que consagraba la sustitución del directa del legislador por el administrador. El texto avanzaba mucho más allá del principio de presunción de conocimiento de la ley (art. 2 del C. Civil), presumiendo en forma absoluta el conocimiento del Reglamento. Se delegaba la definición de tipo penal en el administrador y el único límite de esa tarea se encontraba en la referencia a "los delitos tipificados en el presente capítulo de esta ley o delitos conexos".

El delito así proyectado bien podía configurarse aunque no existiera lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Formalmente se daría el tipo penal con independencia de que la operativa bancaria cuestionada involucre o no fondos procedentes del negocio de la droga. Basta con omitir el cumplimiento de la normativa impuesta por el Banco Central. Este abanico de posibles inobservancias justifica los guarismos de la pena prevista entre 20 meses a cinco años de penitenciaría, con el aditivo del requisito que seguidamente veremos.

Este texto que vulneraba tan radicalmente los principios de legalidad y culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado se presentaba con un fusible legal casi inédito en el derecho comparado. Los autores procuraban mitigar los efectos de una punición tan extravagante por medio de una condición de procedibilidad ya que el delito se castigaba "a denuncia del Banco Central del Uruguay mediando resolución fundada del precitado Ente". Es probable que el Banco Central hubiera realizado

un uso criterioso de esa facultad. En todo caso su participación constituía una garantía dentro de una norma cuestionable desde el punto de vista de un dogma penal garantizador.

En su momento sugerimos que esta fórmula de simple omisión reglamentaria podía ser sustituida con grandes ventajas dogmáticas y prácticas y sin alterar mayormente la intención de los autores de la iniciativa por un tipo de responsabilidad por omisión impropia. En tal sentido propusimos eliminar el art. 55 y agregar un nuevo artículo final al capítulo que expresara: "Es equiparado al autor de los delitos tipificados en el presente capítulo todo aquél que estando legalmente obligado omitiere dolosamente cumplir con la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay que tenga por objeto colocarlo en posición de garante respecto del impedimento de alguna de las conductas tipificadas en este capítulo. En tales casos el juez estará facultado a reducir la respectiva pena de la tercera parte a la mitad".¹⁸

2. Naturalmente que la eliminación del art. 55 no excluye de por sí otros potenciales ámbitos de responsabilidad penal de las empleados de las entidades financieras. Eventualmente éstas podrían incurrir, en tales casos abarcadas por el dolo, como copartícipes, a título personal o por cuenta y orden de la entidad por la que actúan, en alguna de las conductas tipificadas en los arts. 54 a 59 inclusive, por ejemplo, adquiriendo, poseyendo, utilizando o realizando cualquier tipo de transacción sobre bienes o productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por esta ley ocultando, suprimiendo, o alterando los indicios o impidiendo la determinación real de la naturaleza, el origen, ubicación, destino, movimiento

(18) Consulta a la Asociación de Bancos del Uruguay cit. ut supra.

o la propiedad real de tales bienes o productos y otros derechos (art. 57), prestando asistencia o asesoramiento o cualquier tipo de ayuda (art. 58).

4. Alcance de las cargas de vigilancia de las entidades financieras

1. Debida Diligencia. El ya analizado art. 71 de la Ley consagra como principio de portada general el de la debida diligencia de las entidades financieras, que en la sistemática de la ley se explicita en el art. 72 (conocimiento del cliente) y en el art. 73 (obligación de resguardo documental).

En general se admite que las cargas de debida vigilancia o diligencia como política activa de las instituciones financieras se integran por tres tipos de obligaciones a cargo de las mismas, a saber: la carga de conocimiento del cliente, la carga de seguimiento operativo de sus actividades y, finalmente, la obligación de debido resguardo del soporte documental de sus operaciones.

El próprio art. 71 señala el ámbito de aplicación de estas obligaciones se encuentra en "Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Dec.ley 15.322 del 17.09.1982, los Bancos regulados por la Ley 16.131 de 12.09.1990, las Casas de Cambio a que refiere el art. 56 de la Ley 16.696 de 30.03.1995 y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay (...)". A vía de mayor entendimiento el art. 72 sintetiza este concepto expresando: "(...) las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera (...)".

2. Conocimiento del cliente. Este principio está recogido en el art. 72.

"Art. 72. De conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, las instituciones de

intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera, no podrán mantener cuentas sin la debida identificación de sus titulares.

Las instituciones a las que refiere el inciso precedente deberán registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social – según los casos – de las personas físicas y jurídicas que sean titulares de cuentas en las mismas, de conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay."

Esta norma¹⁹ tiene como fuente inmediata el art. 10, numerales 2 y 3 – atemperado – del Reglamento Modelo CICAD-OEA,²⁰

(19) "Art. 75. De conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo – y en lo pertinente – desarrollen actividad financiera, no podrán mantener cuentas sin la debida identificación de sus titulares.

Las instituciones a las que refiere el inciso precedente deberán registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social – según los casos – de las personas físicas y jurídicas que sean titulares de cuentas en las mismas, de conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay."

(20) "Artículo 10 del Reglamento Modelo CICAD-OEA: '2. Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el

pero indudablemente la fuente más remota puede rastrearse en el ámbito autorregulatorio de las entidades financieras, específicamente en el art. 6 bis. Add. 2 a la Convención de Basilea del '88.

La carga de conocimiento del cliente comprende el más gravoso deber de verificación de los extremos identificatorios del cliente y su actividad, el que, según la ley uruguaya, debe implementarse por "medios eficaces". El uso de esta terminología no es casual. Es más, puede decirse que la legislación uruguaya ha sido muy prudente y moderna al momento de determinar el alcance exigible para esa corroboración del "conocimiento" alcanzado. Hasta diciembre de 1994 las sucesivas Addendas a las Convenciones de Basilea referían a "medios fehacientes", al igual que lo hace el Reglamento Modelo CICAD-OEA en su art. 10.2 y recoge fielmente la citada ley paraguaya 1.015 (art. 14).

La antigua normativa suiza requería una "fidedigna identificación y confirmación", la recomendación del GAFI "razonable identificación" y el anteproyecto que actualmente se elabora a nivel del Banco Central de Bahamas, siguiendo la línea del ICEPS,²¹ hace mención a

arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

3. Las instituciones financieras deberán adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio."

(21) ICEPS: opinión consultiva preparada para esa organización para la Junta de Gobernadores de Bancos del Grupo de los Diez (abr. 1994).

una "identificación razonablemente corroborada con los medios a disposición de la entidad".

En todo caso la terminología que emplea la ley uruguaya ("medios eficaces") hace referencia a un nivel de exigencia ponderado y razonable, que alude, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, a medios que logran hacer efectivo un intento o propósito. En cambio la expresión "fehaciente" que usa la CICAD-OEA tiene un contenido mucho más riguroso, es aquello que hace fe en juicio. Al respecto ha señalado Aubert, procurando flexibilizar el alcance del término "fehaciente" contenido en el art. 6 bis de Ad. 2 de la Convención de Basilea, "los medios idóneos o suficientes como para implementar el principio del debido conocimiento del cliente son aquéllos que razonablemente, en un espacio y momento dados, puedan utilizar las instituciones financieras en un marco de legitimidad. Constituyen un costo de funcionamiento y una obligación positiva de hacer dentro de parámetros de una responsable y razonable diligencia, más no puede pedirse ni menos aún exigirse".²²

La ley uruguaya, siguiendo el criterio generalmente empleado en otras legislaciones, se limita a establecer el elenco de ítems básicos a registrar y verificar por los aludidos medios eficaces por parte de las instituciones. Ellos son: la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social, según se trate de personas físicas o jurídicas. La misma norma se encarga de aclarar que los procedimientos puntuales de registro y verificación se realizarán de conformidad con una reglamentación que oportunamente dicte el Banco Central del Uruguay. Seguramente esa reglamentación especificará también el alcance de dichos registros. Es de

(22) MAURICE, Albert. "Le Secret Bancaire et le Fisc", en *Revue Internationale Bancaire* 5/VIII, Berne, 1991.

esperar que dicha regulación se elabore con ponderación y racionalidad. La experiencia de otros lugares enseña que un exagerado detallismo tiende inevitablemente a afectar el negocio financiero o a inviabilizar su control eficaz.

Sin perjuicio de lo expuesto existe consenso de que toda política de debida diligencia debe empezar por adoptar prácticas orgánicas y sistemáticas de conocimiento del cliente, y esse conocimiento exigido en toda buena política de prevención se debe extender bastante más allá de la mera identificación formal.

Es necesario que la entidad financiera cuente con un patrón cuantitativo fehaciente fidedigno del perfil de sus clientes. En tal sentido, se expresa en la Propuesta de Autorregulación de la Asociación de Bancos de la República Argentina de abril de 1996 que “es recomendable obtener antecedentes comerciales en cuanto a los volúmenes y operatorias en las otras entidades, empresas o personas dadas por el cliente como referencias, las que deberán ser verificadas sin excepción. En caso de clientes de otras áreas o clientes que inician una actividad, se debe solicitarles al ingreso al Banco una estimación de los volúmenes con que operará y el tipo de servicios que requerirá de la entidad. El patrón establecido por alguna de las formas referidas permitirá apreciar desviaciones respecto del comportamiento standard (de actividades lícitas declaradas) en forma más rápida y eficaz, justificando un requerimiento de explicación al cliente.”

En opinión consultiva del ICEPS de diciembre de 1996²³ su Consejo Consultivo se refirió exhaustivamente al alcance que la doctrina internacional otorga al llamado paradigma del “conocimiento del cliente”, principalmente en lo que refiere

a los procedimientos de apertura de nuevas cuentas. Se expresó en esta oportunidad, que desde el punto de vista del control del riesgo corporativo, la relación operativa banco-cliente más sensible comienza cuando se recibe la información de apertura de una cuenta en los libros del banco.²⁴ El papel que se desempeña el empleado de la entidad en ese momento resulta vital. Por ello, sin perjuicio de otros resortes preventivos que pudiera establecer la institución en consonancia a la normativa nacional e internacional, se hace imperioso y prioritario perfeccionar las políticas activas tendientes al más acabado conocimiento del cliente y sus actividades²⁵ e instrumentar el entrenamiento

(24) A diferencia de lo que sucede con el secreto bancario cuya efectiva protección comienza desde el instante en que el banquero recibe cualquier información en carácter de confidente necesario.

(25) ICEPS: DM 36-96. Entre las principales pautas de conocimiento del cliente:

— *Para personas físicas o naturales*, debe asegurarse que el contrato de apertura de cuenta está correctamente cumplimentado y firmado por una persona cuya presentación no de lugar a duda alguna. La identidad del titular o apoderado podrá establecerse mediante pasaporte, documento de identidad nacional ou cualquier documento similar que sea aceptado normalmente dentro de la comunidad bancaria como medio de identificación fehaciente. Se indica como aconsejable exigir la presentación de la menos dos documentos oficiales. El documento o documentos de presentación deberá contener nombre del cliente, su dirección, fecha de nacimiento, ciudadanía, fotografía y firma claras. A efectos de facilitar el chequeo de antecedentes y ulteriores resguardos es aconsejable exigir el domicilio anterior, si este existiera. Este requisito se vuelve imprescindible tratándose de clientes residentes en el extranjero. Es necesario en todos los casos que el cliente informe sobre su estado civil, debiendo constar en su legajo la filiación completa y ocupación de las personas que con él viven.

(23) ICEPS: Opinión consultiva, DM 36-96, redactores DE CARLO, Luigi, CERVINI, Raúl. Nova Iorque, 1996.

permanente de todo su personal en clave del mismo paradigma.²⁶

Debe recordarse que de conformidad con el Art. 72 de la ley los operadores bancarios deberán siempre verificar por medios eficaces la autenticidad de todos los extremos de esta declaración de apertura. Ello podrá implementarse por medio de una dependencia especial de su

– *Para personas jurídicas* deberá establecerse su identidad, conformación, actividades y apoderados mediante copia certificada de estatutos de constitución registrados. En casos que no se refieran a organizaciones conocidas, nacionales o multinacionales resulta además necesario establecer la identidad de sus principales propietarios reales, consejeros y altos ejecutivos.

– *En todos los casos* el número del Apartado de Correos podrá emplearse solamente para dirigir la correspondencia. También, deberá figurar claramente individualizado el negocio o profesión actual del cliente (aconsejable agregar la anterior). No deberán emplearse expresiones o frases vagas (tales como “comercio” “industria” o “importaciones”). Los clientes bajo relación de trabajo subordinado deberán hacer constar su cargo y el nombre y dirección del empleador, y aquellos que tengan profesión o negocio independiente deberán hacer constar claramente la índole o giro del mismo, agregando relación de actividades o balance a efectos de permitir el monitoreo eficaz de sus operaciones con el banco.

(26) A este respecto la nueva ley uruguaya tiene una norma expresa:

“Art. 74. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Banco Central del Uruguay, coordinará programas de capacitación del personal que corresponda, relacionados con las actividades a que refiere la presente ley en el Capítulo XII y, en lo que refiere a las materias de que se ocupa el Capítulo XIII, coordinará programas de capacitación en materia de cooperación jurídica internacional con el asesoramiento de la Dirección de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia del Ministerio de Educación y Cultura.”

propia organización o a través de asesores externos, agregándose en la Carpeta del cliente el informe original de riesgo, sus eventuales ampliaciones y actualizaciones periódicas.

Hasta que no se hayan concluido satisfactoriamente todas las formalidades de apertura de la cuenta, no se expedirán talonarios de cheques; se denegarán servicios de custodia y cajas de seguridad; se retendrá el pago del producto de partidas de abono, en especial cheques provenientes de bancos extranjeros, cheques de viajero u otros instrumentos monetarios significativos.²⁷

Sobre este tema corresponde finalmente recordar un pensamiento de Bernard Bailot, Presidente de la Comisión de Delitos Económicos de la Asociación Americana de Abogados, quien ya en 1989, tres años después de la primera Ley Federal contra el Lavado de Dinero en Estados Unidos, sostuvo que “las políticas de conocimiento del cliente sirven fundamentalmente a tres propósitos: En primer lugar, la mera adopción de una política de conocimiento del cliente frecuentemente disuade a los potenciales clientes que pretendan usar el banco con fines ilícitos. Segundo, la investigación de un cliente potencial permitirá conocer aspectos que pueden llamar la atención sobre la buena fe del cliente. Tercero, la investigación... dará a la entidad información suficiente como para poder comparar las futuras operaciones del cliente y notar si son consistentes con las actividades legítimas del cliente (...).”²⁸

3. Carga de seguimiento operativo de las actividades del cliente. Este monitoreo

(27) Conf. Asoc. Internacional de Seguridad Bancaria, Recomendación 127/95, Toronto, 1995.

(28) Fuente BULIT GOÑI, Roberto. Lavado: La importancia de conocer al cliente, en *Revista los Bancos en el Mundo*. Buenos Aires : ABRA, mar. 1997, p. 49.

operativo está dirigido a observar la debida correspondencia entre la actividad declarada del cliente y el resultado de sus operaciones con la institución, forma tal que ésta última esté en condiciones de presumir responsablemente la procedencia legítima de los fondos involucrados en sus movimientos.

Esta obligación no está recogida a texto expreso en la legislación uruguaya, entendiendo con fundamento los abogados del Banco Central del Uruguay que la misma se encuentra implícita y constituye una derivación natural de un acabado conocimiento del cliente. A nivel internacional algunos técnicos ven conveniente la ausencia de regulación pública y positivo que el diseño de las políticas activas de monitoreo se realice en lo interno de cada institución, de conformidad al tipo de operaciones en que esta se especializa. Esto es acertado, pero refiere a la faz de implementación de una carga de vigilancia, que a nuestro modo de ver, hubiera sido conveniente enunciar explícitamente en la ley.

De cualquier modo, estas tareas representan las mayores salvaguardas contra las implicaciones involuntarias, tanto por parte de las instituciones, como de sus empleados, en las actividades ilegales de sus clientes reales o potenciales. Por ello, muchos sindicatos o asociaciones bancarias nacionales han previsto en forma expresa un conjunto de "manueles de riesgo corporativo" o "indicadores para seguimiento de operaciones críticas" describiendo algunas situaciones que deben funcionar como un llamado de atención, una virtual luz roja frente a los empleados de las entidades respecto al "carácter" del cliente o finalidad encubierta de sus operaciones. Resulta que el personal de los bancos tengo las herramientas informáticas (programas de cruce de información) y convencionales necesarias para poder detectar con una certeza razonable eventuales actos sospechosos indicativos de actividades de lavado de dinero. Al respecto, resulta bastante satisfactoria la categori-

zación de operaciones críticas acordada en el marco de la Asociación de Bancos de Argentina, siguiendo en grandes líneas, y de modo simplificado, las propuestas formuladas en su momento por el CCIET e ICEPS a la Secretaría Permanente de la Junta de Gobernadores de Bancos Centrales del Grupo de los Diez y al Gobierno de Canadá.

4. *Deber de resguardo operativo.* El art. 73 se inspira directamente en el art. 10 del citado Reglamento Modelo de CICAD-OEA.²⁹ Su fuente mediata se

(29) "Art. 10. (Identificación de los Clientes y Mantenimiento de los Registros).

1. Las instituciones financieras deberán mantener cuentas nominativas. No podrán mantener cuentas anónimas ni cuentas que figuren bajo nombres ficticios o inexactos.

2. Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

3. Las instituciones financieras deberán adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio.

encuentra también en las criticadas Addendas a la Convención de Basilea. Refiere al llamado "deber resguardo operativo", o sea, a la obligación de las entidades de llevar y mantener sin límite de tiempo aquellos registros y soportes documentales que permitan de ser el caso, la reconstrucción total de transacciones financieras realizadas. La mayor parte de las legislaciones especiales contienen una norma similar. Sin perjuicio de ello, por simple aplicación de las normas del Código de Comercio, las entidades financieras suelen tener la obligación de conservar, por plazo extenso pero limitado, sus registros contables.

"Art. 73. Las instituciones a que refiere el artículo anterior deberán llevar y mantener, en las condiciones que establezca la reglamentación del Banco Central del Uruguay, registro y correspondencia comercial que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen el monto que establezca dicha reglamentación y una base de datos que permita acceder rápidamente a la información sobre operaciones financieras."

5. Conclusiones sobre la nueva legislación uruguaya

1. La ley aprobada refleja una tendencia irreversible a involucrar a las entidades financieras – dentro de su ámbito

profesional y aún más allá en ciertos casos – en la lucha contra el negocio de las drogas. Partiendo de esa constatación, sólo cabe aspirar a que en su aplicación diaria administrativa y jurisdiccional los actores institucionales se muevan con prudencia, procurando salvaguardar la seguridad jurídica, el orden público nacional e internacional del país, la natural actividad de las entidades y el sentido común.

A esta altura cabe reconocer que el texto aprobado – si bien dista bastante de ser perfecto – supera con cierto ingenio jurídico gran parte de los defectos, incongruencias técnicas y prácticas que se ven consagradas legalmente en los países del llamado primer mundo y, lo que es más importante, esto lo hace sin afectar mayormente el ordenamiento interno.

2. Las obligaciones de debida diligencia y conocimiento del cliente en sus manifestaciones exacerbadas constituyen un discutible desplazamiento de cargas de vigilancia. Pese a ello son admitidas como tales cargas por los operadores financieros de las plazas más sofisticadas. En todo caso la tarea de nuestro tiempo es la de racionalizar su alcance conforme a Derecho y en tal sentido el texto finalmente aprobado no luce exorbitante, muy por el contrario denuncia en ciertas áreas sensibles una loable independencia de criterio por parte del Poder Legislativo uruguayo.

4. Las instituciones financieras deberán mantener durante la vigencia de una operación, y por lo menos cinco años a partir de la finalización de la transacción, registros de la información y documentación requeridas en este artículo.

5. Las instituciones financieras deberán mantener los registros de la identidad de sus clientes, archivos de cuentas y correspondencia comercial, según lo determine la autoridad

competente, por lo menos durante cinco años después que la cuenta haya sido cerrada.

6. Las instituciones financieras deberán mantener además registros que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después de la conclusión de la transacción".