

LAS ESPECIALES TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS INTRODUCIDAS POR LA LEY 18.494, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

María Lucía Nogueira D'Argenio*

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo monográfico es analizar las diferentes técnicas de investigación introducidas al ordenamiento jurídico uruguayo por la Ley 18.494, en el marco de la investigación de los delitos de lavado de activos, haciendo especialmente hincapié en la novedosa figura del agente encubierto.

Asimismo, se hará una breve referencia sobre el funcionamiento del crimen organizado, la definición legal y sus caracteres más significativos, y seguidamente se estudiará el funcionamiento general del delito de lavado de activos.

Respecto a las especiales técnicas de investigación, se analizará el por qué de su creación y sus particularidades, así como el cuestionamiento que se les hace en cuanto a que atentarían contra el derecho a la intimidad (en sentido amplio), los principios del proceso penal y postulados esenciales del Estado de Derecho.

Con relación a la figura del agente encubierto, se hará un estudio exhaustivo de la misma, requisitos para que opere esta técnica, diferencias con el agente provocador y el gran debate que se ha generado (sobre todo a nivel doctrinario nacional e internacional) en torno a su aplicación práctica.

1. BREVE RESEÑA SOBRE EL CRIMEN ORGANIZADO

Como muy bien concluye Finckenauer en su libro “Mafia y Crimen Organizado”, controlar al crimen organizado y reducir al mínimo su capacidad de dañar a la sociedad depende no solo del aparato del Estado, desde la perspectiva de las instituciones policíacas, de la justicia aplicada por los jueces y de las leyes

* Con la tutoría del prof. Carlos Álvarez Cozzi, Postgrado de Derecho Penal Económico, Universidad de Montevideo, 2014.

aprobadas por los legisladores, sino también de la movilización de la ciudadanía en contra de esta amenaza, debiéndose exigir públicamente la aplicación estricta de la ley y de la fuerza coercitiva del Estado en contra de esta amenaza, ya que el crimen organizado prospera en el abismo que separa al Estado de la sociedad pero, si se consigue unir ambos, se puede luchar en contra del Crimen Organizado¹.

Asimismo, para que esa lucha sea más efectiva es necesario que los países actúen coordinadamente, de forma ágil y eficaz, de modo de confrontar y reducir las manifestaciones de criminalidad. Y es en este contexto en el que se debe crear una estrategia común, coordinada, organizada y decidida, que se articule a través de orientaciones prácticas que permitan combatir con todos los recursos que se tienen (legales, humanos y económicos) al crimen organizado y en particular el tráfico de drogas, fenómeno del cual ningún país escapa. En efecto, por su evidente naturaleza transnacional se hace indispensable que tanto para la represión como para la prevención se deba acudir necesariamente a mecanismos de cooperación internacional de corte judicial o administrativo.

El Lic. Julio Rivera Clavería en su trabajo “El crimen organizado” expresa que “En el último cuarto del siglo XX la naturaleza del crimen organizado cambió por completo, la ampliación de nuestras ideas sobre lo que es crimen organizado se puede atribuir a una serie de factores: El primer factor es la globalización de la actividad económica. A finales del siglo pasado, las mejoras en el transporte propiciaron que los bienes y servicios traspasaran las fronteras nacionales con mucho mayor facilidad y más importante aún, es que lo mismo ocurrió con las personas, la gente de negocios y los viajeros tenían mucho más contacto con otros países...El segundo factor lo constituye la inmigración la cual aumentó enormemente incluida la de los inmigrantes ilegales, así como el tráfico de personas que los criminales transportaban de un país a otro, hecho ilegal que se ha convertido en forma manifiesta en un crimen transnacional. El tercer factor lo constituyen los grandes avances en la tecnología de la comunicación que hicieron las fronteras permeables y, en algunos casos irrelevantes para impedir o controlar el flujo de las comunicaciones. El uso del teléfono móvil para comunicarse con

¹ Finckenauer, James O., *Mafia y crimen organizado*, 1ª ed., Península, Barcelona, 2010.

otros delincuentes, los ciber criminales, los ladrones de identidad y la transferencia electrónica de dinero ilegal son algunos ejemplos de cómo utilizan las nuevas tecnologías los criminales transnacionales, no existe ya país alguno que pueda estar seguro dentro de su territorio ya que sus fronteras son permeables ante el crimen organizado transnacional².

Sin lugar a dudas la delincuencia organizada es un fenómeno criminal muy complejo que produce daños significativos, y que se vale de una gran cantidad de técnicas y procedimientos que están en continua transformación y perfeccionamiento. Además, no se percibe cual conducta lesiva, sino como un grupo en sí desvalorado³.

Por otro lado, la internacionalización de las tareas a cumplir por parte de la delincuencia organizada exige una estrecha conexión con otras organizaciones de similar naturaleza; así se crean las redes criminales que se expanden tanto horizontalmente (mediante la coordinación de actividades), como verticalmente (o sea, subordinadamente), conformando los llamados “cárteles” que dominan las plazas financieras de distintas naciones. Diversos autores han hablado de una verdadera “industria” del crimen o de la llamada “macrocriminalidad”⁴.

Tal como refiere el Dr. Álvarez Cozzi, los delitos perpetrados por la delincuencia organizada “se presentan vinculados con la corrupción de algunos funcionarios públicos y gobernantes. A la extensión de estos fenómenos de delitos organizados por verdaderas mafias internacionales debe seguir la coordinación estatal interdependiente de la comunidad organizada para el combate efectivo de estos delitos. Los medios previstos por el Derecho Internacional Penal son la asistencia penal internacional (de trámite, probatoria, cautelar) y la extradición”⁵.

² Rivera Clavería, Julio, *El crimen organizado*, publicado en www.comisionadodejusticia.gob.do/.../CRIMEN%20ORGANIZADO.pdf

³ Fleitas Villarreal, Sandra, *Características de la delincuencia organizada*, LJU, Tomo 144.

⁴ Soba Bracesco, Ignacio, *Las particularidades del proceso penal en materia de delincuencia organizada*, LJU, tomo 150.

⁵ Álvarez Cozzi, Carlos, *La asistencia penal internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción internacional. Hacia formas especializadas de lucha contra el delito transnacional organizado. Breve comentario de las principales soluciones convencionales y de fuente nacional desde 1988 hasta la fecha. Propuestas*, La Ley DOC/357/2011.

La Convención contra el crimen organizado transnacional de Naciones Unidas (Convención de Palermo, año 2000), tuvo que debatir en profundidad el problema de la definición, pero al final se logró un acuerdo sobre lo que significa un grupo de crimen organizado, y además se recomendó a los Estados Parte la adopción de distintos mecanismos de investigación.

Un Grupo de Crimen Organizado es un grupo estructurado de tres o más personas que se mantiene durante un período y cuyos miembros actúan de común acuerdo con el objetivo de cometer uno o más crímenes o delitos graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier otra índole. Dicha definición fue recogida por nuestro ordenamiento jurídico, prácticamente en idénticos términos, por el art. 414 de la Ley 18.362 de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal 2007 y leyes modificativas.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CRIMEN ORGANIZADO

- a) **Número de personas.** es fundamental para identificar a una organización criminal, no sólo porque el tipo penal de crimen organizado es un delito plural sino también porque es una condición inherente al fenómeno y es lo que en verdad genera su enorme poder de amenaza social⁶. El número mínimo de personas que exige nuestra legislación es de tres.
- b) **Estructura jerárquica.** El Crimen Organizado tiene una organización jerárquica (normalmente familiar) o de grandes relaciones de afinidad, que puede adquirir diversas formas (piramidal, colegiado, confederativo), con división de roles y funciones, que les permite tener una estructura jerárquica sólida para planificar, definir y ejecutar sus objetivos delictivos basados en un sistema de tipo empresarial, logrando mayor eficacia en el cumplimiento de los mismos. Según Yacobucci, existe un "*affectio societatis*"

⁶ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen organizado y lavado de dinero en la Ley 18.494*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2010, p. 52.

entre las personas que se encuentran vinculadas en la organización lo cual denota la durabilidad del vínculo y su permanencia en el tiempo⁷.

Asimismo, la estructura tiene la característica de la movilidad⁸, en el sentido económico del término, ya que permite que una persona con pocos recursos económicos que integra la organización pueda enriquecerse gracias a la actividad criminal.

- c) **Su permanencia.** La estructura se construye para que pueda perdurar en el tiempo, pese a que sus integrantes vayan variando, se busca que trascienda la organización, independientemente de quienes la conformen, permitiendo su desarrollo.
- d) **Su finalidad.** Claramente, la finalidad de estas organizaciones criminales es la comisión de delitos graves de índole económica para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o provecho material de cualquier tipo, siempre a través de un comportamiento coordinado.
- e) **Cohesión interna.** La organización está asentada en reglas que garanticen la adhesión y la seguridad, más aún, para lograr un mayor grado de cohesión en su organización, utilizan un sistema interno de normas disciplinarias y de control. Existen férreas normas de adscripción y exclusión la hace más invisible aún al resto de la sociedad.
- f) **Dimensión transnacional.** El Crimen Organizado tiene alta capacidad de adaptación en el nuevo contexto mundial, la creación de múltiples redes y la operatividad de las mismas en redes criminales son resultado del fenómeno de la globalización económica, tecnológica y de comunicaciones, lo que les permite un manejo óptimo en el mundo para cometer diversas acciones ilícitas y a la vez fortalecer y expandir sus organizaciones criminales.
- g) **Rebasa control gubernamental.** Los grupos criminales interfieren en la configuración formal del poder político de modo de desarrollar con mayor fluidez sus actividades delictivas. Constituyendo el clientelismo y la

⁷ Yacobucci, Guillermo, *El crimen organizado*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 96.

⁸ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen organizado y lavado de dinero...*, cit., p. 58.

corrupción las principales formas en que el crimen organizado se vincula con el poder político⁹.

Es decir, por su compleja organización y redes de articulación los grupos criminales se han expandido en gran parte del territorio nacional así como más allá de sus fronteras, tienen estrechos vínculos con el terrorismo y el Estado, ejerciendo influencia sobre la administración pública, la policía, la justicia, especialmente en los servicios de seguridad, creando también sus propios anticuerpos para repeler a las autoridades encargadas de su represión.

3. DEFINICIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Nuestro ordenamiento jurídico define al delito de lavado de activos en el art. 54 del Decreto-Ley 14.294, regulando por primera vez en el Derecho nacional la figura del delito de lavado de activos producto de actividades vinculadas al tráfico de drogas y delitos conexos. Posteriormente, la Ley 17.016 (año 1998) define la figura base del lavado de dinero procedente del narcotráfico y delitos conexos. A su vez, las leyes 17.060 y 17.343 ampliaron considerablemente el elenco de delitos precedentes del lavado de activos.

El lavado de activos es el proceso financiero mediante el cual los recursos provenientes de la comisión de cualquiera de los delitos previstos de forma taxativa en la legislación nacional son convertidos o transferidos con el objetivo de transformarlos, ya sea en bienes o efectivo, de carácter legal, ocultando de esa manera su origen ilícito.

Para lograr el objetivo descrito, se llevan a cabo operaciones complicadas y estratégicas. Se utiliza el sistema financiero, bancario y comercial del país causando severas dificultades para poder ser calificadas de sospechosas por parte de quienes se encuentran obligados a reportarlas. Como se decía anteriormente, a través de la colocación de dinero se busca cambiar su forma y así poder ocultar su origen ilegal y, por otro lado, se busca su integración, es decir, incorporarlo a las

⁹ Fleitas Villarreal, Sandra, *Características de la delincuencia organizada*, cit. LJU, tomo 144.

actividades económicas legítimas (inversiones comerciales, bienes raíces, artículos de lujo, etc.) con la misma intención.

Cabe mencionar que la gran mayoría de las veces quienes cometen estos delitos no poseen bienes a su nombre ya que utilizan variados y sofisticados mecanismos para ocultar su titularidad y su procedencia, lo cual hace tan difícil su constatación, lo que perjudica a empresas sólidas y sanas de la banca y de la industria, distorsiona la economía, erosiona la institucionalidad, promueve la corrupción y por último, favorece la presencia y desarrollo de la criminalidad y de la impunidad.

4. ORIGEN Y PARTICULARIDADES DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

La lucha contra el crimen organizado requiere medios especiales de investigación que permitan hacer frente al desafío que representan estas organizaciones por su dimensión transnacional y por su operativa compleja y sofisticada.

Son técnicas o herramientas que permiten la obtención de elementos o medios probatorios con el objeto de combatir la delincuencia organizada, tal y como disponen: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (“Convención de Viena” de 1988), y la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (“Convención de Palermo”) y que, posteriormente, fueron recogidas por “*Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales*”¹⁰ y a nivel nacional por la Ley 18.494.

El riesgo de penetración de las organizaciones criminales en importantes sectores del sistema financiero, riesgo al que no proporcionaban adecuada respuesta los instrumentos existentes, dio lugar a una política internacional coordinada, cuya más importante manifestación fue la creación en 1989 del Grupo de Acción Financiera (GAFI). Aprobadas en 1990 y completadas en el año 2001, las

¹⁰ Álvarez Cozzi, Carlos, *La Asistencia Penal Internacional y la Extradición en los Delitos de Narcotráfico y Lavado de Activos*, Ediciones del Foro, 2001, p. 9 y 253.

Recomendaciones del GAFI pronto se convirtieron en el estándar internacional en la materia, y se han constituido como un modelo que debe ilustrar a los Estados en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, brindando entre varias directivas para una regulación y uso eficiente de las técnicas especiales de investigación.

De acuerdo con las disposiciones previstas en estos instrumentos internacionales y las experiencias recogidas de la práctica, las técnicas especiales de investigación más eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada y, en particular contra el tráfico de drogas y sustancias químicas, son: la intervención de las comunicaciones, la entrega vigilada o controlada, el agente encubierto, el informante o colaborador y el agente revelador, ello sin perjuicio de disponer de instituciones procesales que permitan garantizar la protección de testigos, la reserva de identidad cuando procediere y cualesquiera otras que garanticen la celeridad y éxito de las investigaciones desarrolladas para tal efecto. Además, resulta necesario contar con nuevas herramientas que permitan acceder de manera plena a la información relacionada con estados patrimoniales y financieros de los investigados, ello con la finalidad de no centrarse exclusivamente en el descubrimiento, incautación o secuestro de las sustancias ilegales sometidas a control por la legislación, sino también con las actividades de “blanqueo de dinero”.

Asimismo, es necesario enunciar las actividades a desplegar por los investigadores que permitirán obtener información, entre otros, de Oficinas Públicas recaudadoras de Impuestos, Bancos e Instituciones Financieras, Dirección Nacional de Aduanas, Migraciones, etc.

También se hace indispensable acceder de manera rápida y oportuna a semejantes registros con la finalidad de obtener información tributaria, comercial, financiera, laboral, etc.

Sin embargo, las técnicas especiales de investigaciones fueron y al día de hoy siguen siendo resistidas, sobre todo desde el ámbito académico, por argumentos vinculados a la Ética del Estado y a las intromisiones en el derecho a la intimidad de los ciudadanos, argumentos que más adelante se desarrollarán.

Compartiendo la postura del Dr. Adriasola, para evitar que el uso de estas técnicas se transforme en una indebida injerencia en la intimidad, sólo deben validarse en casos de real delincuencia organizada, debiendo ser sometidas a estrictos controles legales y judiciales. Es decir, no es posible la utilización de estas técnicas especiales para la investigación de la delincuencia convencional sino únicamente en aquellos casos en los cuales exista un verdadero grado de amenaza social¹¹.

En consecuencia, cuando se acuda a estas técnicas especiales se debe exigir que estas sean proporcionales, de exclusividad judicial (previa solicitud fiscal), con total ausencia de otras alternativas y cuyo único contexto de operación sea la delincuencia organizada.

5. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS REGULADAS POR LA LEY 18.494 Y ESPECIAL ÉNFASIS EN EL AGENTE ENCUBIERTO

a) La entrega vigilada

"Artículo 4º.- Sustitúyanse los artículos 9º a 12 de la Ley N° 17.835, de 23 setiembre de 2004, por el siguiente:

"ARTÍCULO 9º. (Entrega vigilada).- 9.1. Con fines de investigación, a requerimiento del Ministerio Público, 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, o cualquier otro bien que pueda ser objeto de un delito que sea de competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado, por resolución fundada, bajo la más estricta reserva y confidencialidad.

9.2. Para adoptar estas medidas el Juez deberá tener en cuenta en cada caso concreto su necesidad a los fines de la investigación, según la importancia del delito, las posibilidades de vigilancia y el objetivo de mejor y más eficaz cooperación internacional.

¹¹ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, p. 91.

9.3. Por entrega vigilada se entiende la técnica de permitir que remesas ilícitas o sospechosas de los bienes o sustancias detalladas en el inciso primero entren, transiten o salgan del territorio nacional, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, con el propósito de identificar a las personas y organizaciones involucradas en la comisión de los delitos referidos o con el de prestar auxilio a autoridades extranjeras con ese mismo fin.

Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado, podrán ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente las sustancias ilícitas que contengan".

Se encontraba ya prevista por ley 17.835 del año 2004 (Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo), tratándose de un método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de autoridades¹².

Se utiliza para descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación de las personas que intervienen en una transacción y facilitar la detención de los responsables principales y no sólo de los traficantes callejeros. Sin embargo, la vigilancia de la entrega a menudo es difícil porque la policía del país de destino suele enterarse del envío ilegal cuando este ya está en tránsito o ya ha llegado a territorio nacional. Además, la información sobre la ruta prevista puede ser escasa e incluso puede cambiar inesperadamente. Para que esta técnica dé resultados se debe tener el apoyo de las autoridades del país, y llegado el caso, prestar auxilio a autoridades extranjeras para estos mismos fines (acudiéndose a Tratados Internacionales).

¹² Rivera Clavería, Julio, *El crimen organizado*, cit.

b) Vigilancias electrónicas

“Artículo 5º. (Vigilancias electrónicas).- En la investigación de cualquier delito se podrán utilizar todos los medios tecnológicos disponibles a fin de facilitar su esclarecimiento.

La ejecución de las vigilancias electrónicas será ordenada por el Juez de la investigación a requerimiento del Ministerio Público. El desarrollo y la colección de la prueba deberán verificarse bajo la supervisión del Juez competente. El Juez competente será el encargado de la selección del material destinado a ser utilizado en la causa y la del que descartará por no referirse al objeto probatorio.

El resultado de las pruebas deberá transcribirse en actas certificadas a fin de que puedan ser incorporadas al proceso y el Juez está obligado a la conservación y custodia de los soportes electrónicos que las contienen, hasta el cumplimiento de la condena.

Una vez designada la defensa del intimado, las actuaciones procesales serán puestas a disposición de la misma para su control y análisis, debiéndose someter el material al indagado para el reconocimiento de voces e imágenes.

Quedan expresamente excluidas del objeto de estas medidas las comunicaciones de cualquier índole que mantenga el indagado con su defensor y las que versen sobre cuestiones que no tengan relación con el objeto de la investigación.”

Consiste en la interceptación, grabación y reproducción con autorización judicial, previo pedido fiscal, de las comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares, cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos de lavado de activos, teniendo presente las formalidades que se exigen y las dos limitaciones que surgen al final del artículo que revela el espíritu garantista de la disposición.

Tal como refiere el Dr. González, es un medio tecnológico utilizado en la investigación de los delitos. La expresión *vigilancia electrónica* es el género de un medio de prueba, que se construye con diversas especies de investigación, donde la interceptación telefónica (comúnmente llamada escucha) es solo una de ellas

pero también incluye la interceptación de correos electrónicos, mensajes de texto, intervención de teléfonos satelitales, cámaras de video, micrófonos ocultos, etc.¹³

Es un medio de prueba que genera resistencia, particularmente la escucha porque atenta contra el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, revelando las debidas tensiones que existen entre el derecho a la intimidad y las necesidades de investigación.

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

A los efectos de “validar” la prueba recolectada, la ley establece que deberá someterse “el material al indagado para el reconocimiento de voces e imágenes”. Ello significa que previo o durante el interrogatorio judicial se necesita el reconocimiento de que la escucha, o material que se le exhiba, le pertenece al indagado. Esta instancia, que generalmente coincide con la designación del defensor es donde la ley establece que las actuaciones serán puestas a disposición para “su control y análisis”. El “control” consiste en la inspección o fiscalización respecto de la legalidad de la prueba a incorporar, y el “análisis” es el examen que se hace de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual.

c) El agente colaborador

“Artículo 6º. (Del colaborador).- 6.1. El Ministerio Público, en cualquier etapa del proceso penal, podrá acordar con una persona que haya incurrido en delitos que sean competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado, la reducción de la pena a recaer hasta la mitad del mínimo y del máximo o aun no formular requisitoria según la circunstancia del caso, si:

A) Revelare la identidad de autores, coautores, cómplices o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que

¹³ González, José Luis, *Control y prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo*, en www.galileo.edu/ies/files/2011/04/EL_CRIMEN_ORGANIZADO-IES.pdf.

permitan el procesamiento de los sindicados o la resolución definitiva del caso o un significativo progreso de la investigación.

B) Aportare información que permita incautar materias primas, estupefacientes, dinero, sustancias inflamables o explosivas, armas o cualquier otro objeto o elemento que pueda servir para la comisión de delitos, planificarlos e incluso recuperar objetos o bienes procedentes de los mismos.

A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización, grupo o banda dedicada a la actividad delictiva de referencia.

La reducción o exención de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación.

6.2. Será condición necesaria para la aplicación de esta ley que el colaborador abandone la actividad delictiva o la asociación ilícita a la que pertenece.

6.3. La declaración del colaborador deberá prestarse dentro de los 180 días en que manifestó su voluntad de acogerse al beneficio. En esa declaración el colaborador deberá revelar toda la información que posea para la reconstrucción de los hechos y la individualización y captura de los autores.”

Es la famosa figura del arrepentido, aquella persona que investigada, imputada o condenada por un delito cuya competencia corresponda a los Juzgados Letrados de Crimen Organizados, coopera de manera voluntaria, oportuna y eficaz, con la autoridad en la persecución penal de delitos a fin de obtener la reducción de la pena a recaer o a que no se le formule requisitoria.

Siguiendo al Dr. González, esta figura jurídica tiene una resistencia cultural pues se le asocia con determinados desvalores sociales, como la traición, la deslealtad, etc. Más precisamente, se premia la delación. Empero, sus adeptos sostienen que tales críticas ceden ante la importancia de los bienes jurídicos tutelados como el orden socioeconómico, la administración de justicia, etc.¹⁴

¹⁴ González, José Luis, *Control y prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit.

Lo primero que corresponde señalar, es que no debe confundirse la figura del colaborador con la del testigo protegido. Si bien la ley no define al colaborador sino que se refiere a él indirectamente, cuando menciona el aporte que puede realizar a la instrucción, se puede apreciar que, claramente, no es un testigo, es más, puede decirse que es aquella persona que perteneciendo a la organización criminal brinda información relevante, significativa, trascendental, en el curso de un proceso penal que sirve para poder conocer a los integrantes de la organización delictiva, su funcionamiento, y los elementos y objetos con que cuenta.

Tal como expresa el Dr. Villegas, esta disposición permite el “acuerdo” entre el miembro de la organización criminal y el Ministerio Público el cual puede realizarse en cualquier etapa del proceso sin requerir homologación judicial¹⁵.

El colaborador debe aportar información que permita recolectar pruebas que configuren los elementos de convicción suficientes que necesita el Juez para procesar a los partícipes de los hechos delictivos. Los datos que aporte deben dar lugar a un “significativo progreso de la investigación”, o sea, que se obtenga un marcado y notable avance en la instrucción, de lo contrario no obtendrá beneficio alguno.

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

d) El agente encubierto:

“Artículo 7º. (Agentes encubiertos).- 7.1. A solicitud del Ministerio Público y con la finalidad de investigar los delitos que ingresan en la órbita de su competencia, los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado podrán, mediante resolución fundada, autorizar a funcionarios públicos a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos de

¹⁵ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, cit., p. 146.

delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará por el órgano judicial competente”.

Se trata de una actividad ciertamente riesgosa cuya aplicación se acota a aquellos delitos que son de exclusiva competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado. La disposición cumple con la regla de la excepcionalidad y acotamiento a delitos de delincuencia organizada.

Restringe el campo de la designación a los funcionarios públicos, definidos por el artículo 175 del Código Penal, excluyendo a los particulares, sin que sea necesario que la figura del agente encubierto recaiga en un funcionario público policial (a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones), puede recaer en un funcionario público de cualquier repartición siempre que ostente las condiciones para el desempeño del cargo.

La identidad falsa es lo que legitima a la figura para actuar, no sólo funcionalmente sino también a intervenir en la vida social y jurídica con el nombre asignado, apócrifo. Más aún, su declaración es realizada bajo la identidad supuesta sin que esté autorizado el testimonio oculto o la figura del testigo anónimo. La información que obtiene se vuelca íntegramente al proceso y “es valorada por el órgano judicial competente”.

Como refiere el Dr. González, la ficción jurídica se extiende hasta los estrados judiciales, donde los agentes encubiertos “podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido”. Se asiste al binomio: eficacia – sistema de garantías¹⁶.

Se le asigna al agente encubierto un lugar en el marco de las causas de justificación (cumplimiento de la ley, artículo 28 del Código Penal), habida cuenta que “quedará exento de responsabilidad criminal” por el desempeño funcional en cumplimiento de su deber.

La ley expresamente circunscribe la actividad del agente encubierto a la investigación que derive del caso concreto. Esto significa que el agente encubierto buscará información mediante la observación directa del fenómeno delictivo, pudiendo utilizar para su recolección cualquier medio de prueba no prohibido por la ley (artículo 173 del C.P.). En caso de exceso, cuando las actuaciones no “guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”; el agente encubierto deberá responder conforme al régimen general de la culpabilidad (artículo 18 del C.P.), y/o a los presupuestos de la coparticipación delictual (artículos 59 y ss. del mencionado cuerpo normativo). Es decir, se consagra una impunidad “a medias” del agente encubierto ya que la impunidad se le otorgará únicamente en aquellos delitos que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, y siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito. Por lo tanto, si por ejemplo, el agente encubierto se encuentra infiltrado en una organización terrorista y debe participar en delitos contra la vida para poder descubrir el lugar y momento de un atentado planificado, dicha situación extrema deberá analizarse y solucionarse bajo las reglas del estado de necesidad justificante o aún disculpante.¹⁷

A juicio de los Dres. Adriasola, Díaz y Villegas, la solución que brinda la ley uruguaya “es una verdadera excusa absolutoria y no una causa de justificación, aunque no es descartable que estas entren a jugar en algún momento. Y ello

¹⁶ González, José Luis, *Control y prevención de lavado de...*, cit.

¹⁷ Adriasola, Gabriel, *Técnicas de investigación judicial en materia de crimen organizado y blanqueo de capitales bajo la legislación uruguaya*, LJU, tomo 135.

porque la impunidad del agente encubierto responde a razones de política criminal. Debido a ello...la excusa absolutoria le alcanza sólo en aquellos casos en que el delito es “consecuencia necesaria” del desarrollo de la actuación encomendada”¹⁸.

Respecto a esta novedosa técnica de investigación, parte de la doctrina cuestiona la validez probatoria de la información que se obtiene cuando el accionar del agente encubierto vulnera derechos fundamentales como la intimidad, el domicilio, las comunicaciones privadas, entre otros, nunca quedarían legitimados.

En la misma línea el Dr. Florencio Macedo refiere que el valor probatorio de las pruebas recogidas mediante el engaño al sujeto activo, mediante la colaboración en el delito por parte del agente encubierto, deberá ser nulo, por cuanto su utilización en definitiva estaría violando el derecho que tiene todo indagado a no autoincriminarse frente a las autoridades que lo van a juzgar¹⁹.

6. DERECHO A LA INTIMIDAD VS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental reconocido tanto por la Constitución de la República como por diferentes instrumentos internacionales ratificados por Uruguay, lo que no significa que el derecho a la intimidad deba considerarse una valla infranqueable en el contexto de una investigación sobre crimen organizado.

A nivel constitucional, se encuentra recogido por el Art. 28 de la Carta que dispone la inviolabilidad de los papeles de los particulares y su correspondencia de cualquier tipo, y la prohibición de registro, examen o interpretación, salvo que se dispusiera por ley establecida por razones de interés general.

Además, posee tutela penal en los arts. 296, 297 y 298 del Código Penal, siendo las distintas modalidades de la libertad individual y la intimidad los bienes jurídicos protegidos.

¹⁸ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, cit., p. 141.

¹⁹ Macedo, Florencio, *El delito de lavado de dinero: primeras críticas*, LJU, tomo 144.

Según el Dr. Cairoli, muchas veces ocurre que aunque una comunicación o documento no sea secreto, puede haber interés por parte de alguien de que su contenido no trascienda al público en general²⁰. En los citados artículos se tutela distintas modalidades de la libertad individual.

Se debe destacar que el hecho de que el derecho a la intimidad se encuentre penalmente protegido no significa que las técnicas especiales de investigación sean esencialmente conductas típicas. Si las mismas responden al **interés general** asistimos a un caso de atipicidad pues las mismas buscan proteger un bien jurídico y no vulnerarlo²¹ y, en consecuencia, al carecer de uno de los elementos objetivos del tipo (la tipicidad) la conducta no puede ser delictiva.

Por otro lado, hay en doctrina autores que entienden que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental no absoluto porque puede ser restringido, limitado, por ley, y esos límites deben ser interpretados de forma restrictiva, en el sentido más favorable de la eficacia y esencia de esos derechos. Es así que el derecho a la intimidad en la vida privada y familiar puede ser objeto de restricciones por **ley** en función de un interés general, con excepción de las comunicaciones abogado-cliente, por ejemplo, ya que se trata de un derecho absoluto que en caso de ser menoscabado afecta las garantías del debido proceso. Sin embargo, se debe tener presente que si el abogado es un copartícipe del delito y sujeto de investigación, al no existir legitimidad del sigilo profesional no hay una afectación al derecho a la intimidad.

Sumado a la limitación del derecho a la intimidad por ley en razón de un interés general, debe reclamarse una segunda exigencia: **la motivación**. Significa que el juez debe explicitar los motivos que lo lleva a tomar la decisión de intrusión o relevamiento de secretos, de lo contrario la prueba obtenida estaría viciada de nulidad y se atentaría contra el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. Los fallos judiciales deben ser motivados, fundados, es un requisito esencial de

²⁰ Cairoli, Milton, *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Parte especial*, tomo III, FCU, 2004.

²¹ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, cit., p. 30.

toda decisión debiendo ser la nulidad de lo actuado la sanción a la ausencia de esa garantía.

En tercer lugar, el criterio de **la excepcionalidad**: la medida intrusiva sólo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales que los que inciden sobre la intimidad personal. O sea que la medida debe estar justificada y ser necesaria, sin que sea válido acudir a ella si se puede obtener igual resultado por otra vía que no afecte derechos fundamentales de las personas.

En la misma línea el Tribunal Constitucional de Perú en Fallo de 9 de Enero de 2009 en Exp. 04750-2007-PHC/TC, refiriéndose a la actuación del agente encubierto, expresa su carácter de **método subsidiario y necesario**, y limita su actividad a la infiltración de organizaciones criminales. La subsidiaridad implica que se acudirá a él cuando no existan otros métodos de investigación convencional que posibiliten la detección del delito o la identificación de sus autores, o sea, cuando los medios de prueba no puedan ser obtenidos por los llamados “métodos tradicionales de investigación”. Esto no implica el agotamiento previo de todas las alternativas investigativas para luego acudir a dicha técnica, sino que la autoridad competente deberá evaluar si no cuenta con otras técnicas que aseguren el éxito de la investigación. Por otro lado, la necesidad significa que la herramienta con especial ponderación, atendiendo a los fines de la investigación en relación con la gravedad del delito²².

Por último, otra característica de una norma intrusiva es que debe ser **de exclusividad jurisdiccional**, o sea, emitida obligatoriamente por un juez. Ello debido a que de acuerdo al Art. 23 de la Constitución los jueces son los custodios de las garantías individuales. En otro orden, todas las medidas probatorias en un proceso criminal que afecten derechos individuales pasan por una decisión judicial, aún en aquellos países que tienen un marcado proceso acusatorio. En un

²² Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, cit., p. 92.

Estado Democrático de Derecho, esas intromisiones que serán fuente de pruebas en un proceso penal deben ser necesariamente ordenadas por un tribunal²³.

7. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL AGENTE ENCUBIERTO

Compartiendo la posición emitida por los autores Adriasola, Díaz y Villegas, la figura del agente encubierto opera como una técnica de investigación que al entrometerse en la intimidad de personas únicamente una ley de interés general puede restringir dicho derecho fundamental²⁴.

Sin perjuicio de ello, a criterio del Dr. Risso Ferrand, no basta con la mera etiqueta legislativa de interés general, sino que esto deberá ser controlado por la Corte,²⁵ a fin de determinar si se justifica la restricción de derechos fundamentales (especialmente el derecho a la intimidad, domicilio, imagen, entre otros).

Al tratarse de una técnica de investigación extraordinaria y limitativa de derechos fundamentales, debe existir una ley que regule las condiciones y requisitos del agente encubierto. Sin embargo, esto no significa que deba ser obligatorio disponer el “modus operandi” de su accionar ni las técnicas de inteligencia a llevar a cabo ya que ello podría frustrar las investigaciones al conocerse la forma del accionar.

8. DIFERENCIAS ENTRE EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL AGENTE PROVOCADOR

Expresa Martínez Doncel que “mientras el agente provocador incita con engaños a un tercero para que cometa un hecho delictivo, el agente encubierto actúa sólo cuando está convencido de la existencia de una actividad delictiva consumada o que se está cometiendo y cuyo descubrimiento pretende”²⁶.

²³ *Ibíd.*, p. 42.

²⁴ Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro, *Crimen Organizado y lavado...*, cit., p. 43.

²⁵ Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, FCU, p. 466.

²⁶ Martínez Doncel, Rafael, *El agente encubierto*, publicado en http://iugm.es/uploads/tx_iugm/TRABAJO_FINAL_DE_RAFAEL_MARTINEZ_DONCEL.pdf.

Mientras que el agente encubierto se aprovecha de una oportunidad favorable para involucrarse en el ámbito íntimo del sospechado y de esa manera investigar y prevenir un delito que no podría haber interceptado de otra forma, el otro actúa instigando, generando en el autor la propia voluntad delictiva (dolo), determinándolo a realizar la conducta con el fin ulterior de someterlo a un proceso judicial.

Claramente, si bien la citada ley no prohíbe expresamente la figura del agente provocador o instigador, en caso de que las actuaciones judiciales realizadas por un agente provoque, de manera de instigar, determinar o crear la actividad delictiva en la cabeza del delincuente, las mismas deberán ser declaradas nulas ya que no resisten el menor análisis constitucional.

Citando Jurisprudencia extranjera, el Tribunal Supremo de España en la Sentencia Nº 835/2013 del 6 de Noviembre de 2013, Sala de lo Penal, Rec. Nº 349/2013 señala que: *“Hay agente encubierto cuando el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesorio, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes. La Sala ha rechazado el calificativo de agente provocador en este caso para el agente infiltrado ya que la provocación delictiva es una inducción engañosa, que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica.”*

9. CUESTIONAMIENTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

Luego de estudiar y analizar de cerca esta innovadora técnica, es inevitable preguntarse sobre su constitucionalidad.

Al introducir en una organización criminal a un agente encubierto, a fin de que investigue y detecte la actividad delictiva desplegada por esta, ¿el Estado se aprovecha de la condición de ignorante de los investigados para adelantar un proceso penal a sus espaldas, vulnerando los principios de igualdad entre las partes, de presunción de inocencia y, por ende, del debido proceso penal?

Además, el Estado legitima al agente encubierto a actuar con deslealtad y traición con el resto de los miembros de la organización criminal quienes le otorgan su confianza y acceso a sus espacios más íntimos, y con esto ¿no se vulnera también la dignidad humana?

Para responder estas preguntas, se debe dejar en claro que para que la presente técnica no resulte contraria a los principios, derechos y garantías constitucionales que se reconocen a todo imputado, la actuación del agente encubierto se debe mantener siempre dentro de los límites del Estado de Derecho, sin que sea el instigador o creador de la ofensa criminal a los investigados.

En efecto, si lo mencionado supra se respeta en su totalidad, entonces no estaremos frente a una técnica tachada de inconstitucional, y en consecuencia las pruebas y evidencias obtenidas serán legales.

10. JURISPRUDENCIA NACIONAL

A nivel nacional, al día de hoy, no hay sentencia en la cual se recoja la figura del agente encubierto, no obstante hubo intentos. En el año 2011 se proyectó utilizarlo en una investigación de Crimen Organizado habiéndose, incluso, elegido un funcionario policial, pero en definitiva no se pudo emplear la referida técnica.

Conspira para su utilización las escasas dimensiones territoriales y la disminuida población del país, en el que vale el dicho “todos nos conocemos”.

11. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En países como Argentina, España, Chile, Ecuador, Perú y Colombia, existe una vasta base de jurisprudencia en la cual para las investigaciones de lavado de dinero se utilizó la figura del agente encubierto.

Para darle un cierre al desarrollo de la presente monografía, cito extractos de una Sentencia, a mi juicio muy interesante, del Tribunal Constitucional de Perú del 23 de Octubre de 2012, en una demanda de habeas corpus, (Exp. N.º 03154-2011-PHC/TC):

“(el recurrente) Señala que el Ministerio Público formuló denuncia en contra del beneficiario por el presunto delito de tráfico ilícito de drogas, y que posteriormente se abrió instrucción en su contra. Aduce que la sanción impuesta por los jueces emplazados se ha basado en lo actuado mediante el procedimiento especial de “agente encubierto”, razón por la que, en el transcurso del proceso, solicitó la concurrencia de los policías que intervinieron como agentes encubiertos, denegándose su pedido sin mayor fundamento. Asimismo, expresa que solicitó la apertura del cuaderno de procedimiento especial denominado “Agente Encubierto” a efectos de que dicha documentación sea objeto de contradictorio, desestimándose finalmente su pedido. En tal sentido considera que se ha encontrado en estado absoluto de indefensión, puesto que no pudo confrontar la referida documentación, que es el medio probatorio en que se basa la sentencia condenatoria. Finalmente reitera que se ha encontrado en estado absoluto de indefensión, no pudiendo interrogarse a testigos de cargo, ni contradecir los documentos instrumentales contenidos en el cuaderno de procedimiento especial de “agente encubierto”, siendo estos actuados la columna vertebral del enjuiciamiento y la sentencia...11. Precisamente, una de las medidas legislativas diseñadas por el Estado peruano para sancionar el tráfico ilícito de drogas ha sido el Decreto Legislativo N.º 824º, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que entre otras cosas regula los procedimientos especiales de investigación policial, tales como el de agente encubierto y la remesa controlada, cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, según sea el caso, al Ministerio Público o a la autoridad judicial. 12. Esta técnica especial de investigación también ha sido

recogida por el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (de vigencia progresiva en el país), al establecer en su artículo 341º que el Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a la Policía Nacional (agente encubierto), mediante una disposición y teniendo en cuenta la necesidad de los fines de la investigación, sin actuar con una identidad supuesta...en la STC N.º 04750-2007-PHC/TC ha considerado respecto del agente encubierto que “En concreto, el empleo del agente encubierto es una técnica de investigación eficaz para la obtención de evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito, toda vez que el agente, al lograr infiltrarse de manera clandestina a la escena misma del crimen, observa in personam los hechos delictivos practicados por los autores y partícipes de la organización criminal.” Asimismo, en dicha sentencia se ha establecido que la actuación del agente encubierto puede ser objeto de control, expresando que “El uso de esta técnica especial de investigación requiere necesariamente la autorización de la autoridad competente ante la existencia de indicios razonables de la comisión de un delito por la persona vinculada al crimen organizado, o que continúa realizando dicha práctica criminal (cuyo descubrimiento se pretende); es decir, supone el conocimiento de hechos que revistan las características de delito y suficientes circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia; a partir de ello el agente encubierto tiene la facultad para actuar con identidad supuesta, entre otras actividades, en el tráfico jurídico y social, participar en las reuniones de trabajo y desarrollar las demás actividades vinculadas al delito de que se trate.

Desde luego la autoridad que autorizó es quien tiene la obligación de señalar el período de duración y los límites de actuación del agente (el respeto a los derechos fundamentales), efectuando para dicho efecto la supervisión y control de sus actuaciones y, eventualmente, dar por concluido su empleo. Se concluye pues que el agente encubierto no tiene el libre albedrío para desarrollar sus actuaciones, sino que se encuentra bajo la supervisión y control de la autoridad que la autorizó, a quién está obligado a proporcionar la información obtenida”...impone al Estado la obligación constitucional de sancionar el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado

plasmado en el Código Penal y en las leyes especiales en los cuales se criminaliza el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen; evidentemente, que para llegar a dicho cometido se impone la necesidad de adoptar procedimientos de investigación eficaces, siendo uno de ellos, sin duda, el del agente encubierto...En definitiva, el agente encubierto es un procedimiento auxiliar indispensable para superar las dificultades que se presentan en las formas ordinarias de recabar información en esta clase de delitos (crimen organizado) y constituye una medida legislativa destinada a combatir eficazmente el tráfico ilícito de drogas...el recurrente pretende que este Tribunal Constitucional disponga la realización de un nuevo juicio oral, alegando esencialmente que no se le permitió ni interrogar al agente encubierto ni abrir el cuaderno de Procedimiento Especial de Agente Encubierto, medios probatorios que sustentan su condena y contra los que no ha podido ejercer su derecho de contradicción, por lo que se ha vulnerado su derecho constitucional al debido proceso, más específicamente a la defensa, relacionado con la libertad individual. 17. Revisados los actuados –tanto lo actuado en el proceso penal ordinario como lo presentado en esta sede– se advierte que el juicio oral seguido contra el recurrente se ha desarrollado respetando las garantías del debido proceso, evidenciándose que el rechazo a su pedido de interrogar al agente encubierto como la apertura del cuaderno del procedimiento especial per se no puede ser considerada arbitraria, a menos que no exista justificación alguna, lo que no ha ocurrido en el proceso penal que dio origen a este proceso constitucional, puesto que de la sentencia de fecha 6 de enero de 2006 (fojas 326 del cuaderno acompañado) se aprecia que la condena impuesta al recurrente en su condición de miembro de la organización internacional de tráfico ilícito de drogas denominada “Los Boliches” no se ha fundado exclusivamente en el cuaderno del procedimiento de agente encubierto ni en la versión del agente encargado de dicha función, a los que hace mención el demandante, sino en otras pruebas de cargo autónomas, válidas e independientes que llevaron a la Sala emplazada a adoptar dicha decisión, tales como testimoniales, pericias, el alquiler del inmueble en el que se encontró el lugar de procesamiento de la droga –de cuyo recibo se constata que fue el favorecido quien alquiló el inmueble, habiendo sido reconocido por el propietario–, pruebas documentales (antecedentes

del favorecido, movimiento migratorio, referencias internacionales, informe de Bellsouth, acta de constatación domiciliaria realizada en la ciudad de Huamanga, etc.), entre otros, es decir que la versión del efectivo que actuó en calidad de agente encubierto no ha sido la prueba determinante para que la Sala emplazada llegue a tal determinación, sino que han existido otros medios probatorios que en conjunto han creado convicción en los juzgadores, razón por la que expresamente señalan en la sentencia cuestionada que "Para tales efectos debe tomarse en cuenta que la actividad del agente encubierto no constituye la prueba, en tanto solamente sirvió de guía para llevar a cabo la intervención y lograr la recolección de pruebas (...)". Asimismo se observa que tal decisión fue impugnada con argumentos y fundamentos similares a los ahora invocados [en este proceso constitucional de la libertad], habiendo sido oportunamente confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante ejecutoria suprema de fecha 21 de diciembre de 2006 (fojas 395, cuaderno acompañado), que dio debida respuesta a los cuestionamientos realizados por el favorecido. En tal sentido se advierte que el beneficiario ha podido contradecir los medios probatorios, habiendo los emplazados adoptado la decisión de condenar al favorecido con un conjunto de medios probatorios, y no solo con los referidos por la demandante". Como es de esperar, el fallo no hace lugar a la solicitud del recurrente.

CONCLUSIONES

El crimen organizado es un fenómeno muy dañino que no escapa a ningún país, siendo resultado de una serie de factores, tales como el avance de la tecnología, los movimientos migratorios y la globalización. En consecuencia, debe existir una lucha mancomunada a fin de combatir la delincuencia organizada, no sólo de cada país en particular con leyes exigentes sino entre los propios países, mediante una labor coordinada y la cooperación internacional, herramienta tan importante.

La ley N° 18.494 se aprueba como consecuencia de compromisos internacionales que firmó el Estado uruguayo, recogiendo fielmente la iniciativa del legislador internacional: figuras delictivas, institutos de derecho, y técnicas especiales de

investigación, muchas de ellas, foráneas y ajenas a nuestra cultura jurídica tradicional.

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

El objetivo de la búsqueda y obtención de prueba, no debe transformarse en un proceso a espaldas del indagado que marque una desigualdad entre las partes en el proceso, restringiendo derechos del imputado.

Esto se debe a que por más que se busque una mayor efectividad en la investigación y castigo de la delincuencia organizada, ello no justifica la utilización de técnicas de investigación que puedan violentar las garantías esenciales del Estado Democrático de Derecho, entregándose a métodos de un Estado Totalitario. La preservación de los mencionados principios, derechos y garantías exige que, toda vez que haya conflicto el mismo se deberá resolver a favor de estos últimos porque ellos constituyen el verdadero fundamento del sistema democrático.

Además, las mencionadas técnicas deben respetar los principios básicos del proceso penal: el debido proceso, el principio de inocencia, la igualdad procesal y la imparcialidad e independencia del Poder Judicial, salvo justificadas excepciones. En caso de excepciones, las mismas se deberán interpretar con carácter estricto y al alcance de las normas de la Ley 18.494, armonizándose con el resto de las normas que componen el sistema procesal penal, en especial, con las de rango constitucional o supra legal. Es decir, no se puede olvidar el marco procesal que brinda el Código del Proceso Penal con relación a la prueba en el proceso penal (arts. 172 a 174 del C.P.P.).

Asimismo, las especiales técnicas de investigación deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales. Sin perjuicio de ello, Jueces y Fiscales han reconocido que en la gran mayoría de los procesamientos por delitos se utilizan escuchas telefónicas, de modo que la excepción con que se fundamentaba la necesidad pasó a ser la regla.

En la Jurisprudencia nacional no existen casos de investigaciones con la intervención de agentes encubiertos, pese a que hubo intentos que luego fallaron. Esto responde al problema de importar institutos de derecho ajenos a la idiosincrasia uruguaya, lo cual los hace inaplicables, ya sea por la falta de posibilidades reales (como ocurre en Uruguay), o por la resistencia en la cultura jurídica dominante.

Finalmente, si bien la lucha contra el crimen organizado no es para nada fácil, ya que en, general, se trata de redes criminales con muchísimo poderío económico, político y social, vinculadas a las altas esferas del poder, no por ello se deben bajar los brazos y no investigar. El trabajo es arduo pero con prevención, con un compromiso común internacional y con buenas técnicas de investigación, empleadas eficazmente, se puede lograr.