

BLANQUEO DE CAPITALES Y COOPERACION INTERNACIONAL EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

JOHN VERVAELE*

Fecha de entrada: 24/06/2010.
Fecha de publicación: 30/06/2010.

Resumen: El autor aborda su objeto de estudio desde el punto de vista fenomenológico e histórico, analizando su influencia en la política criminal de numerosos países; luego centra su análisis del lavado de activos en los aspectos que atañen al Derecho penal continental y del common law, las cuestiones vinculadas al Derecho procesal, la cooperación internacional y, finalmente, los Derechos Humanos.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y fases del lavado de activo. 3. Historia. 4. El GAFI. Recomendaciones. 5. Tipificación penal del Lavado de Activo. 6. Derecho procesal. 7. Derechos Humanos y Cooperación.

1. Introducción. Fenomenología

Pues señoras y señores nos toca un tema un poco complejo; pero a mí, claro, me toca hacerlo transparente. ¿Por qué complejo? Carlos Lascano ya ha dicho varias cosas sobre él en su introducción. El tema es complejo, no solo porque hay todo este desarrollo de internacionalización y globalización, sino porque también es un tema transversal: toca el derecho penal, toca el procesal penal, toca el derecho administrativo (sustantivo y procesal), toca el derecho financiero, y toca el derecho internacional público.

Algunos de ustedes están familiarizados con los conceptos de lavado de activos pero algunos quizás un poco menos. Además aquí en Argentina todavía no hay mucha experiencia con la lucha penal contra este fenómeno; hay muy pocos casos. Pues por ese motivo, para decirlo francamente, creo que es necesario, como parte de la introducción también, dar un par de ejemplos que, quizás, abren un poco los ojos.

Pues voy a empezar con la fenomenología y un enfoque casi criminológico. Después voy a ir un poco a la historia: de donde viene este concepto, cómo se ha ido articulando jurídicamente y por qué de esta manera. Es decir, ubicar la historia de la política criminal vinculada con esta nueva tipificación. Después voy a tratar algunos aspectos de derecho penal, algunos problemas de tipificaciones y algunos aspectos procesales (en mi opinión también muy importantes). Si tengo tiempo, me gustaría tratar algunos aspectos de derechos

* Profesor de la Universidad de Utrecht, Holanda. Conferencia presentada por el autor en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, con fecha 10 de mayo 2010.

humanos vinculados a ese fenómeno, y algunos aspectos de cooperación internacional en materia penal. Así que, hay materia para esta tarde.

Estoy leyendo un libro de literatura, una novela. Como se canceló el avión de esta mañana, tuve tiempo de leer otra parte de la novela. Es un libro de Laura Restrepo. No se si alguien la conoce a esta escritora bien conocida, colombiana, y uno de sus clásicos es un libro que se llama “Delirio”. Si no lo han leído lo aconsejo. El “Delirio” se refiere tanto al delirio personal de una familia como al Delirio de la sociedad colombiana con lo que pasó en Medellín (y no solo en Medellín), con el cartel de Pablo Escobar. Y se puede leer en el libro que ciertos personajes que su profesión consiste únicamente en lavar activos del comercio de droga.

¿Por qué menciono eso? Porque viene al caso el primer caso histórico de condena por el lavado de activos (después voy a conceptualizar lo que es). El primer caso de condena penal en la historia viene de Estados Unidos, y no por casualidad. Es un caso de 1988. Un banco, en aquel tiempo muy famoso, el BCCI (The Bank of Credit and Commerce Internacional), fue condenado en Estados Unidos por blanqueo de capitales. Era un banco importantísimo en aquel momento, activo en 70 países, con casi quinientas sucursales. Desgraciadamente, una parte de este banco, se había especializado en lavado de activos del cartel de Pablo Escobar; sobre todo, a través de sus sucursales en Florida.

Y pues, ya vemos aquí un poco la estructura del esquema de lavado. Primero, colocando el dinero, después, ocultándolo en una serie de operaciones, para después recuperarlo para el consumo o para la reinversión (después voy a explicar el esquema más en detalle). ¿Esto qué quiere decir? Pues que el dinero se ganó obviamente primero en Estados Unidos con la venta y después la invirtieron a través de empresas y construcciones financieras. Lavado de activos es ingeniería financiera. La invirtieron en Francia, en el Reino Unido, en Luxemburgo, en las Bahamas, en Panamá, y también en algunos bancos de America del sur, ocultándolo y buscando vías de protección. Algunos países dan más protección que otros. Hay algunos países que tienen, por ejemplo, secreto bancario; otros son paraísos fiscales, etc.

En mi propio país, más o menos en los mismos años, un poquito más tarde, al inicio de los años 90, se condena por lavado de activos, en Holanda, un Banco Nacional, importante no a nivel internacional, pero un banco muy importante. Este Banco nacional, llamado Slavenburg, tenía cinco sucursales en Holanda, sede principal en Ámsterdam y una sucursal,

pero a sabiendas de la Dirección, se especializó en lavado de activos de una serie de grupos de tráfico, no de cocaína, no de heroína, pero de marihuana. Claro, de los coffee shops, en Holanda. El consumo es legal, pero el tráfico no; el lavado de activos tampoco, sí ya estaba tipificado. A este banco nacional (hubo una investigación judicial muy a fondo), le costó la licencia (la autorización de banco; todo el banco no sólo las sucursales). Los dirigentes de las sucursales, fueron condenados penalmente; los dirigentes del banco fueron condenados personalmente, la persona jurídica fue condenada penalmente por el lavado de activos. El banco tuvo que cerrar definitivamente sus puertas.

Quizás, un ejemplo que también ustedes pueden o podrían haber conocido, porque salió en la prensa hace muy poco. Es un caso español, quizás más simple, no tan institucional como el sector bancario; es el caso del señor Roldán, no se si les suena; fue puesto en libertad anticipada. Roldán fue condenado por lavado de activos y corrupción. Roldán era el jefe de la Guardia Civil española. Era primer jefe civil (no militar) y se benefició con contratos de construcción de cuarteles militares. Es decir, cobró porcentajes bastante elevados por los contratos que allí es un delito de corrupción, por cierto. Y con el dinero pues, hizo una serie de operaciones financieras, lavándolo, después comprando casas en todo Europa; fue condenado por los delitos de corrupción y por los delitos de lavado de activo en España.

Tengo además aquí delante de mí, dos casos que quiero articular porque muestran, primero, el carácter mundial y segundo, el carácter complejo-jurídico. El primer caso es muy reciente, ha salido en la prensa también. Es un caso de conspiración a lavar capitales, a lavar activos, en contra de un señor que se llama Alfonso Portillo. ¿Les suena?, ex presidente de Guatemala. Portillo fue extraditado (si recuerdo bien) de México a Guatemala por lo que había hecho; es decir, en el país había nombrado en muchos ministerios amigos (funcionarios y ministros), testaferros, “hombres de paja”, y pues también, en bastante poco tiempo, vaciaron las cuentas del Estado, cajas del Ministerio de Defensa, el Ministerio de Fomento, de Desarrollo, etc., y también fondos públicos de desarrollo, alimentados por países extranjeros (como por ejemplo Taiwán) fueron vaciados.

Siempre el mismo esquema: Portillo construye una serie de empresas (y se ve que la persona jurídica es muy, muy importante), y a través de las empresas se realizan una serie de operaciones financieras con el dinero que venía del estado Guatemalteco, de corrupción (obviamente están robando dinero al Estado). Y pues este dinero pasa, a través de bancos, con perfil de inversiones, y al final siempre acaban como ganancia lícita en manos de empresas

que están dominados o por la mujer de Portillo, o por la ex mujer de Portillo, por el hijo o la hija. Es decir, los familiares son los que dominan todas estas empresas.

Y Guatemala no encontró pruebas contra Portillo; esto quiere decir (lo siento muchísimo), que hay que hablar sobre la capacidad y la calidad de la justicia guatemalteca. No es por nada que en Guatemala hay una fiscalía que no puede llamarse así, supranacional, es decir, internacional impuesta por la ONU. Gracias a esta fiscalía especial, llamado CICIG, que han podido encontrar todas estas pruebas y gracias a éstas Guatemala extraditó a Estados Unidos a Portillo porque algunas operaciones se hacían pasar a través de bancos norteamericanos.

Cuando uno estudia un caso así, ve vínculos con jurisdicciones en mas o menos veinte países. Complicada la investigación; complicada, obviamente, la persecución. Pero estados Unidos tiene una definición muy amplia de jurisdicción.

He aquí otro caso, quizás menos conocido. No se si han sentido hablar de Wachovia Bank; parece ser un banco muy importante en Estados Unidos, de entre los cinco más grandes. ¿Que pasa con Wachovia Bank?, Mi ejemplo muestra el carácter jurídico complejo de la materia. Yo tengo aquí dos documentos de la justicia norteamericana en contra de este banco. Primero, la imposición de una multa civil. En países de tradición continental de derecho civil estos son agravios, pero en estados unidos es una vía represiva bien real. También se puede imponer el decomiso o la confiscación por la vía civil o por la vía penal. Aquí imponen una multa civil bien elevada, de millones y millones de dólares y lo combinan con un acuerdo con la fiscalía (el ministerio público), de no llevar la acción pública, es decir, de no llevar el caso a un tribunal penal; al menos durante el año.

¿Que pasa con Wachovia?. Wachovia se especializó en casas de cambio y de remesas con una parte de America latina, especialmente en relación con los carteles de droga activos en México y Guatemala. Se utilizó el sistema de remesas como sistema de lavado de activos. ¿Acusan a Wachovia de lavado de activos?. En estos documentos todavía no. Acusan a Wachovia de no haber tenido, dentro de su casa, dentro de su banco, un sistema de prevención, un sistema administrativo preventivo (que después todavía tengo que explicar en que consiste) para prevenir el lavado de activo. El solo hecho de no haber establecido dentro del banco un sistema preventivo es un delito penal; esta tipificado. Y aquí, la fiscalía dice “ustedes pagan una multa si están de acuerdo, sino vamos al tribunal penal, y tienen un año para mejorar su vida. Si no lo mejoran vamos al tribunal penal”.

Demuestra ya que aquí no solo tenemos los delitos de referencia, corrupción, por ejemplo, o tráfico de mujeres, trata de blancas, etc, que crean ganancias ilícitas. Tenemos, también, la tipificación del delito de lavado de activos como delito autónomo, y tenemos tipificación de falta de medidas preventivas, todo un delito actual.

A través de estos ejemplos y pueden ver que lavado de activo es un término más coherente que blanqueo de capitales, porque no se trata solo de capitales; pueden ser por ejemplo inversiones inmobiliarias o compras de arte antiguo. Si les interesa la fenomenología y los métodos a través de los cuales se puede cometer el lavado de activos o blanqueo de capitales, les aconsejo leer un documento que lo pueden encontrar en Internet, del Grupo de Trabajo de las Unidades de Inteligencia Financiera (después tengo que explicar el concepto) titulado GAFI-SUD (también tengo que explicar).

Este documento contiene una descripción de tipología de lavado de activo en América Latina, de tipologías regionales.. Yo diría que muchos de los que muestran aquí no son solo típicos de América Latina, son típicos para Europa, son típicos para otros continentes del mundo. Quizás, un par aquí que son bien específicos, como transacciones entre mercado oficial y mercado negro monetario o transacciones para aprovechar de diferencias entre niveles de aranceles o de impuestos. Por el resto, el documento explica en detalle operaciones diversas: Acuse ficticio de gastos; exportaciones ficticias de servicios; exportación e importación ficticia de bienes, con todo un sistema de facturación detrás, obviamente; inversión extranjera en una empresa local, nuevamente empresas que no van muy bien (esto pasa también en Europa). Muy conocido los clubes de fútbol. Hay algunos que están en la quiebra y viene un “salvador”, un Dios que pasa y dice “mira, tanto dinero”. En Europa hay muchos clubs que se han salvado así, pero, ¿que quiere decir eso?. Cuando ofrecen una multitud de dinero para salvar un club en Inglaterra; no me cuenten. Transferencias fraccionarias de dinero ilícito a través de giros o cheques; es lo que Laura Restrepo explica con el cartel de Pablo Escobar (en aquel tiempo la técnica clásica); Empresas de fachada, obviamente.

Menos conocida son las compañías de seguros. A través del bultaje del seguro se puede transferir muchísimo dinero, ocultar y lavar. Obviamente, todos los premios, por ejemplo, la lotería. Alguien que gana en España “el Gordo de navidad”. Digamos que ganan 10.000.000 de euros, una suma muy importante; siempre alguien le ofrece 15 y no es prestado (esto que es muy interesante como sistema de lavado). Pues hay mucho control sobre estos

premios. Obviamente, el transporte físico de dinero ilícito.

Por desgracia también, cada vez más, el uso de organizaciones no gubernamentales, que pueden ser algunos con un fin humanitario, es decir, sin lucro, etc. Pero hay mucho flujo de dinero y algunos pueden ser creados por este motivo, o puede haber abuso de ellos, posiblemente. Obviamente, lo que no está en el documento (y esto me extraña un poquito) son los sistemas de transferencia de dinero de todo tipo. Porque hoy, hacemos muchas transferencias limitadas a través de bancos y sistemas interbancarios y hay muchos sistemas de transferencia de dinero por confianza entre ciertos grupos étnicos. Grupos musulmanes, grupo indios que no transfieren el dinero “físicamente”. Es como un préstamo que se hacen entre ellos, sistemas de Howala, etc.; ahí también puede haber, obviamente, abuso de la confianza.

2. Concepto y fases del lavado de activo

Entonces señoras y señores, ¿qué vemos desde la perspectiva del derecho penal?. Vemos que hasta los años 70, 80 del siglo pasado, el derecho penal, y hasta diría el procesal, no tenían mucho interés por los aspectos financieros de los delitos. Era perfectamente posible, que se condenara a alguien y que este alguien fuera condenado a multas o a cárcel pero se quedaba con las ganancias de sus delitos. ¿Qué instrumentos teníamos en el derecho penal? Teníamos el embargo y la confiscación/decomiso. Pero estos instrumentos eran muy limitados. Eran sobre todo para la prueba del delito o para neutralizar bienes peligrosos (las armas, de las drogas, etc). No estaba vinculado directamente con la ganancia, “el botín”. ¿Por qué? Porque las acciones del autor ocupaban un lugar central en el sistema penal. Es decir, las medidas en relación con el patrimonio eran accesorias a la investigación y accesorias a la sanción principal. En muchos países, estas medidas eran como medidas de seguridad.

Antes de entrar en la historia del nacimiento de concepto del lavado de activo como tipificación penal el momento es muro para definirlo más precisamente. El lavado de activo es un proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo, o activos de origen delictivo, se integran en el sistema legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita. Pues vemos que estos activos ilícitos se colocan en un sitio, porque los autores o las bandas, o las personas físicas o jurídicas, deben deshacerse materialmente de estas ganancias; a través de una serie de operaciones de ingeniería financiera. Pues muy importante, en la segunda fase, es ocultar el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones

financieras, con todavía mas ingeniería. Por eso Portillo, el ex presidente de Guatemala, utilizó mas o menos veinte bancos en todo el mundo para sus operaciones financieras.

La tercera fase obviamente es clave, es la integración de estos activos, la introducción de los bienes activos ilegalmente obtenidos en la economía legal sin levantar sospecha y otorgándoles una apariencia de legitimación o legitimidad a su origen. Esto es todo un arte. Los que tienen la propiedad tienen que poder utilizarlos como la inversión en economía legal o ilegal o para el consumo. No olvidemos que el crimen organizado o la mafia necesitan mucho dinero para su existencia, requiere muchos servidores.

3. Historia

Cuando miramos un poco atrás, yo estoy en la búsqueda de un cambio de política criminal, porque digo, hasta los años 60 o 70 no había tanto enfoque sobre “el botín”. Al menos no como objetivo autónomo, era accesorio, era limitado. Entonces, cuando ha nacido este lavado de activo, cuando lo hemos conceptualizado. No les vaya a extrañar, las primeras experiencias, en los años 1920-1930 fueron vinculadas a la mafia Europea en Estados Unidos con el tráfico de heroína. Al Capone y compañía utilizaban lavanderías como empresas fachadas para lavar activos. Es decir, se lavaban en la lavandería dos cosas: la ropa y el activo del comercio de heroína; de ahí viene la palabra; obviamente, después la mafia utilizó también las pizzerías como empresas fachada, etc.. Quiere decir, que a partir de los años 20, 30, en Estados Unidos ha habido mucha intervención del Estado en la economía, también a través de delitos económicos. Con el Crash de Wallstreet, a finales de los años veinte, hemos visto que el Estado ha intervenido protegiendo la propiedad, integrando bienes socio jurídicos o socioeconómicos, etc. ¿Tipificó el blanqueo de capitales y el lavado de activos? No lo tipificó. Tipificó, por ejemplo, uso de información privilegiada en el mercado de valores, ya en aquel tiempo; pero el lavado de activo no tipificó, ¿curioso no?.

Los primeros casos de blanqueo de capitales, penalmente hablando, en Estados Unidos, son de la década de los 60, que es mucho más tarde, y había solo un delito de referencia, el delito de base que generaba la ganancia ilícita: el delito tributario, el delito fiscal. El caso histórico de este periodo era el caso Klein, acusado por lavado de activo en relación con contrabando de whisky de Canadá. Es muy curioso que se limitara al tributario o fiscal. En todo caso, el delito fiscal, en Estados Unidos, no es una broma. Lo sabemos, en todo el mundo, hoy en día, por ejemplo, los bancos suizos, tiene inmensos problemas con las

autoridades de Estados Unidos. Estados Unidos los obliga a hacer conocer la identidad de ciertos clientes de origen de Estados Unidos, y están acusados los clientes de fraude fiscal, de fraude tributario. Es decir, el fraude fiscal es en Estados Unidos un campo cuya importancia legitima una represión penal eficaz, con una jurisdicción extra-territorial (brazo largo). Sin embargo, sigue siendo curioso que el delito de referencia para el lavado de activo fue limitado a fraude fiscal.

Entonces, años 50/60 del siglo pasado, primera tipificación de Estados Unidos pero limitado al delito tributario. ¿Y qué vemos en los años 70?. Que el derecho administrativo preventivo financiero se desarrolla. ¿Esto qué quiere decir? Que en el derecho administrativo financiero, Estados Unidos, está imponiendo al sector financiero todo una serie de obligaciones: conocer su cliente, todas las obligaciones de identificación del cliente; después (como vamos a ver después), comunicación de operaciones sospechosas a una cierta autoridad, etc. Todo eso se desarrolla, pero fuera del derecho penal. Se puede hablar de una primera ola de regulación financiera (hoy estamos viviendo, después de la quiebra de Lehman Brothers una segunda ola) que reglamenta la fase preventiva, la lucha preventiva-administrativa contra el lavado de activo en leyes como la ley bancaria, la ley sobre el secreto bancario, etc.

Pero el verdadero nacimiento de lavado de activo como tipificación penal autónoma, refiriéndose a una gama abierta de delitos de referencia, tenemos que esperar a los años 80. En los años 80, vemos la tipificación penal del blanqueo, en el año 1986, concretamente. ¿Que había pasado?. El gobierno del presidente Reagan, en 1983, estableció una Comisión Nacional contra la criminalidad organizada. Es con el nuevo paradigma War on organized crime, no con el paradigma anterior (war on drugs- lucha contra el narcotráfico), que nace la tipificación autónoma del lavado de activo en 1986.. ¿Es la primera tipificación del lavado de activo en el mundo? No. Hay otro país que lo tenía de los años 70, es Italia. Curiosamente y ¿por qué Italia? Porque Italia ha inventado la tipificación del lavado de activo en relación con las ganancias de las mafias.

En los años 80 no solo pasa este cambio paradigmático dentro de Estados Unidos. Vemos un desarrollo internacional extremadamente importante. Es decir, el cambio de paradigma en Estados Unidos enseguida se proyecta sobre el nivel internacional. Yo no diría que es solo por la influencia de Estados Unidos, también estaba cambiando algo en la conceptualización de los mercados financieros. ¿Qué vemos? Pues, los servicios financieros,

sobre todo sector bancario y seguros, se ven en primer lugar obligados a implantar las obligaciones impuestas por la auto-regulación. Los auto-reguladores (los bancos centrales) inventaron el grupo de Basilea (Suiza) cuyos autorregulaciones son vinculantes para los bancos y seguros. El primer paquete “Basilea I” de 1986/1987, coincide con la muy rígida intervención del Estado norteamericano en los sectores financieros. Yo diría, Basilea I llega tarde con la definición de todas estas obligaciones interbancarias y se ve sobrepasado por una intervención estatalública en el sector financiero, imponiendo obligaciones de carácter penal. El cambio de paradigma en los Estados Unidos se refleja de manera rápida en el enfoque internacional. Desde 1988 vemos un desarrollo impresionante de convenios internacionales.

Y vemos, en 1988, la Primera Convención Internacional que obliga a los Estados partes de tipificar el lavado de activo; 1988, dos años después de la tipificación de Estados Unidos. Me refiero a la Convención de Viena, que es la Convención de Naciones Unidas, en materia de narcotráfico, es decir, obliga a los Estados partes de tipificar lavado de activo vinculado con narcotráfico; El delito de lavado de activos tiene solamente narcotráfico como delito de referencia.

En 1990, dos años después, se aprueba una nueva Convención, esta vez, en el marco del Consejo de Europa, sobre decomiso o confiscación. También incluye obligaciones de tipificar el lavado de activos, pero esta vez (esto era un cambio muy importante) vinculado a todos los delitos graves en el marco de la criminalidad organizada. Es decir, las ganancias del crimen que pueden ser referencia para el lavado de activos son mucho más amplias que el narcotráfico. Decía que esta era una convención Europea, del Consejo de Europa, pero las convenciones del Consejo de Europa están abiertas a la ratificación por estados no europeos; por ejemplo, Estados Unidos, Canadá, etc, han ratificado esta convención.

Pues en el mismo año 1990, pasa algo muy especial. La globalización y internacionalización no se limita solamente a producción de Convenios, pero también a un organismo y procedimiento de cumplimiento internacional, algo que nunca habíamos visto antes en materia penal. Vemos que un organismo no público, el G7, la reunión de los Jefes de Estado de los siete países más desarrollados del mundo (que después se convirtieron en G8 y ahora en G20), organizan un evento. Estos se interesan en esta materia y lo definen de importancia política primordial.

Instalan un grupo que se llama GAFI (Grupo de Acción Financiera). ¿Y qué hace este grupo?. Este grupo elabora, a partir de las Convenciones Internacionales, ratificados o no por

los Estados, y Recomendaciones (soft law, derecho no duro) muy detallados sobre los deberes para los Estados, tanto en relación con la transposición en la ley y en la práctica (derecho administrativo y derecho penal, cooperación etc.).

Como estas recomendaciones, el GAFI, con el apoyo del G-20 después, establecen un sistema de monitoreo de los Estados. Monitoreo constante, es decir, cada Estado debido a la situación de la ley, en la legislación y en la práctica, con turnos de cada 4 o 5 años. Y el GAFI publica informes sobre su cumplimiento (auto-evaluación). Expertos del GAFI visitan pues el país y elaboran un informe oficial sobre el cumplimiento. Y si el Estado no cumple con las Recomendaciones, o con ciertas Recomendaciones, lo que suele pasar, entonces, mandan un informe negativo al G 20, que después se publica. En la última ronda del GAFI, para dar un ejemplo, tres Estados europeos fueron puestos en la lista gris (hay una lista blanca, que es la bonita obviamente; también, una lista negra). La lista gris para un Estado europeo es terrible y fue por la existencia del secreto bancario. Enseguida tomaron medidas. Estar en la lista gris tiene consecuencias financieras bien problemáticas.

Es decir, la influencia de este GAFI sobre la práctica legislativa, la práctica judicial en los Estados es enorme. Estamos ahora en la tercera ronda de evaluaciones del lavado de activos por parte de GAFI, que pueden encontrar en internet, y para esta región hay un comité o subcomité que es el GAFI Sud; ahí pueden encontrar los informes de evaluación de los países latinoamericanos (enseguida voy a decir algo sobre Argentina).

Pero quiero primero acabar la historia. Porque se podría decir, más o menos: en 1990, la cosa está arreglada desde el punto de vista de las obligaciones internacionales, hay las ratificaciones de parte de los Estados, hay un vía práctica por las Recomendaciones y hay un Comité Internacional de monitoreo.

Sin embargo, se ha agregado un elemento que es mucho más complicado. En 1999, se habló de una nueva Convención en la ONU de Naciones Unidas. Es la Convención de Lucha de Supresión de Financiación del Terrorismo. Ustedes me van a decir: ¿qué tiene que ver terrorismo o financiación del terrorismo con lavado de activos?. Obviamente, si uno comete un acto de terrorismo y gana dinero, gana activo, y pues, lo lava, entonces es lavado de activos con terrorismo como referencia. Por ejemplo: si uno secuestra a personas, después pide dinero y pues con este dinero comete actos de terrorismo, el secuestro es un delito, gana dinero; la misma lógica. Pero también sabemos que el terrorista clásico, y aquí entramos en el tercer paradigma, war on drugs, war on organized crime, war of terrorist, el terrorismo

clásico decía, es más bien ideológico; no lo hacen para ganar dinero; este no es su objetivo, puede ser un instrumento. Y también sabemos que la mayor parte de los actos terroristas no cuestan mucha plata, son más bien baratos.

¿Qué hace esta Convención de Supresión de Financiación del Terrorismo? Obliga a tipificar, obviamente el terrorismo, actos de terrorismo, asociación terrorista y obliga a tipificar, autónomamente, la financiación del terrorismo. Pues aquí no hablamos ya de uso de fondos ilegales a través del sistema de lavado de activos disponiendo de un sistema lícito. Hablamos de fondos que son utilizados para cometer el crimen. Estos fondos no tienen que ser ilícitos, pueden ser fondos lícitos. Pues doy un ejemplo concreto por desgracia, y complicado: En Estados Unidos se recauda mucho dinero a través de organismos no gubernamentales para un fin político, por ejemplo, hay organismos no gubernamentales que recaudan fondos en Estados Unidos para construir clínicas y hospitales en Palestina. Los palestinos sufren mucho y los israelíes bombardean los hospitales, entonces, de vez en cuando se tienen que construir uno nuevo. ¿La recaudación es ilícita? no. ¿Los fondos son ilícitos? no. Hay gente que contribuye a un objetivo humanitario. ¿Pero qué pasa si los hospitales dependen de Hamas?. Hamas esta clasificada en Estados Unidos, y también en la ONU, como terrorista. Entonces, es financiación del terrorismo, aunque construyeran una clínica; no es algo ilícito, no es un delito, y los fondos no son ilícitos.

Sienten que ahí entramos en una órbita bien diferente y complicada. Esta convención es del 1999 ¿Y por qué la menciono aquí? Porque la convención y el GAFI, y el G 20, obligan a los Estados miembros de aplicar la misma sistemática del lavado de activo, todas las obligaciones administrativas preventivas, a la financiación del terrorismo; y ahí se mezclan las dos. 1999 es antes del 2001, de los atentados en Nueva York. El GAFI elaboró una nueva lista de recomendaciones sobre lavado de activo y financiación del terrorismo.

¿Qué pasa después del 2001? Naciones Unidas, añade algo mas sobre terrorismo, que complica aún más la cosa. Primero el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decide que la lucha contra el terrorismo es objetivo político número uno en aquel momento, y que los Estados parte de la ONU, que ya es casi todo el mundo, tienen que cumplir con todas las obligaciones de todas las Convenciones de la ONU en materia de terrorismo. No importa si la ratificaron o no. A través de la resolución es derecho vinculante para los Estados parte. ¿Y qué hace la ONU, qué hace Naciones Unidas? Ponen en pie un sistema de monitoreo. Hay un comité, en Naciones Unidas, que controla si los Estados, en la ley y en la práctica, aplican el

contenido de todas las Convenciones en materia de terrorismo, incluyendo financiación de terrorismo. El sistema de monitoreo fue copiado de aquel del GAFI en materia de lavado de activos.

En segundo lugar, la segunda resolución, es todavía más complicada. Copian, a nivel internacional global, un sistema inventado en Estados Unidos, esta vez no por Reagan, sino por Clinton, cuando en el gobierno democrático era el secretario de asuntos de estado Allbright. ¿En qué consiste? Pues en Estados Unidos a partir del gobierno Clinton hay lo que se llaman listas con personas terroristas u organizaciones terroristas. Las listas son listas del ejecutivo, no son listas judiciales. Las personas en las listas, físicas o jurídicas, no tienen que ser condenadas. Tampoco tienen que ser sospechadas de terrorismo. Es suficiente que representen un peligro, ¿y quien lo define?, el ejecutivo. ¿De donde viene la información? de los servicios de inteligencia.

La lista de Estados Unidos fue copiada, a través de una resolución del Consejo de Seguridad, a nivel mundial. Es decir, a partir de 2001, tenemos listas de la ONU, listas de la Unión Europea, tenemos listas de otros países, como por ejemplo, Inglaterra. Aquí estamos en algo diferente, no está tipificado, no estamos en campo penal, es una etapa administrativa financiera (ejecutivo). ¿Y qué medidas se imponen a quien está en esta lista? Medidas provisionales, medidas cautelares. Pero son complicadas las medidas; son: congelación de todos los bienes de la persona física o de la persona jurídica. Congelación, no es decomiso, no es definitivo. No pueden viajar, no pueden hacer ninguna transacción financiera y esto puede durar muchos años. Es decir, son medidas cautelares-provisionales que, claro, delimitan muchísimo la libertades públicas de las personas en estas listas, basado, como decía en información obviamente secreta.

Finalmente, en 2000 se firma el famoso Convenio de Palermo de Naciones Unidas en contra de la criminalidad transnacional. Este Convenio tipifica todos estos delitos de características de criminalidad organizada internacional (corrupción, tráfico de armas, tráfico de drogas, tráfico de mujeres, terrorismo, etc.), obliga al lavado de activo de todos estos delitos como delitos de referencia, tanto en su vertiente de lucha contra el botín, como en su vertiente de financiación. Se puede considerar este Convenio como el resultado final, al menos en materia de lavado de activos, de una evolución desde los años 80 hasta ahora.

Ahora voy a mencionar el último, que no mencione en la historia, porque se acaba de ratificar, es el de Palermo (habrán oído hablar del Tratado de Palermo) sobre criminalidad

transnacional. ¿Que hace el Tratado de Palermo? Define todo estos delitos de características de criminalidad organizada internacional (corrupción, tráfico de armas, tráfico de drogas, tráfico de mujeres, etc.), obliga al lavado de activo de todos estos delitos como delitos de referencia y obliga a los estados de introducir en sus códigos procesales penales técnicas especiales de investigación; esto a nivel mundial.

Después de este sobrevuelo, hay toda una serie de preguntas que se pueden plantear desde el punto de vista de política criminal, desde el punto de vista de teoría del delito etc.. Se aceptan bienes jurídicos socio- económicos?. Obviamente si pertenezco a la Escuela de Frankurt, de Hassemer, no aceptan bienes jurídicos socio- económicos, entonces, no habría lavado de activo. Pero si por ejemplo, utilizo la teoría de Tiedemann, él diría hay un derecho penal económico, obviamente puedo llegar a bienes jurídicos socio-económicos, puedo llegar a la justificación de la tipificación del lavado de activos. Mucho más problemáticos son las preguntas siguientes. ¿Se trata de un nuevo paradigma o no?, ¿se trata de inflación simbólica o no?, ¿se trata de pánico moral que justifica toda una serie de medidas de cambio de nuestro sistema penal?, ¿se trata de un derecho penal del enemigo?, o en otras palabras, dejamos de lado los conceptos clásicos de la teoría del delito, del principio de nullum crimen sine injuria, de lesividad, etc. Aquí las respuestas dependen del carácter autónomo del lavado de activos. Sin embargo, cuando relacionamos lavado de activos con financiación de terrorismo y listas negras, esta clarísimo que entramos en el campo del derecho penal del enemigo y que los conceptos claves del derecho penal no sobreviven.

4. El GAFI. Recomendaciones

Bien, antes de entrar en un par de conceptos de estas Recomendaciones, déjenme decir algo sobre Argentina (esto es delicado, pero lo tengo que decir) . Es delicado porque, justamente en estos meses, Argentina, al menos se tenía que haber publicado la segunda evaluación, el segundo informe de monitoreo de GAFI Sud de Argentina. El informe todavía no ha salido a la luz, a la demanda del gobierno actual. Es decir hay una lucha política feroz detrás; saldrá, pero ahora esta complicado. ¿Qué ocurre? Bueno, había un informe del 2006, primer informe sobre Argentina. El informe no era muy positivo, con toda una serie de problemas de no aplicación de las Recomendaciones y Argentina publicó una agenda nacional contra el lavado de activos, agenda nacional que tenía que ser cumplida en los años 2007 a 2009; es decir, hoy en día tenía que estar cumplida.

La agenda nacional sinceramente es una perla, el papel brilla, tiene puntos como tipificación de lavado de activos, tipificación de financiación del terrorismo, medidas provisionales, confiscación, medidas especiales en materia procesal (después volveré sobre eso), medidas especiales sobre fondos de inversiones que también pueden ser utilizados obviamente para el lavado, fondos de mutualidades, medidas sobre transferencias internacionales o transnacionales de dinero en efectivo, medidas especiales sobre personas jurídicas vulnerables, es decir, quienes son las personas jurídicas vulnerables porque que están en ministerios donde hay muchos fondos de dinero, medidas especiales sobre ONG u organismos no gubernamentales, etc; todo está. En verdad es una maravilla.

Sin embargo, los problemas del 2006, mencionados en el informe, parecen que todavía están. De la agenda nacional poco o nada se realizó. La Argentina no ha registrado ninguna condena judicial por lavado de dinero, lo que generaba una seria preocupación, esto es, en el informe del 2006. Si yo estoy bien informado ha habido una condena ahora en Argentina pero con probación y habido una multa impuesta por el lado administrativo, y nada más. Segundo, el Congreso no había tipificado la figura penal del “auto-lavado”, esto que quiere decir: cuando no hay auto lavado, entonces Pablo Escobar, no puede cometer lavado de activo. Sólo lo pueden cometer terceros, pero él no. Casi en la mayoría de los países, que también es obligación de parte del GAFI, el auto lavado tiene que estar tipificado.

Pues en Argentina parece que hay serios problemas con la Unidad (que todavía tengo que explicar) que está en la fase preventiva/administrativa; la Unidad que recibe informes de los servicios financieros, la UIF (la unidad de inteligencia financiera). Por falta de plata, por falta de planta capaz, por falta de independencia, etc. Ellos hablan de dos posibles avances, comparado con el dossier del 2006: hay una unidad especializada en el Ministerio Público Fiscal sobre lavado de activo, pero es muy difícil saber lo que hacen exactamente. Yo he hablado con un par de personas que trabajan ahí, que se quejan de falta de recursos; es decir, los casos no llegan y es muy difícil investigar. Este es el panorama argentino, un panorama preocupante a la luz de las Recomendaciones y voy a decir enseguida por qué.

Entonces, muy brevemente, en qué consisten las obligaciones preventivas administrativas. Las 40 Recomendaciones del GAFI, se pueden encontrar fácilmente en Internet en lengua española; hay, obviamente, toda una serie de Recomendaciones sobre esta fase administrativa preventiva. En primer lugar, conozca a su cliente (CSC). Cualquier persona que tiene flujos de dinero, o cualquier institución que tiene flujos de dinero, tiene que

registrar la identidad real del cliente. Por ejemplo, países europeos han tenido problemas no solo con el secreto bancario, sino también, con cuentas bancarias con inscripción o con códigos sin nombres ni apellidos; esto está prohibidísimo. Y no importa si la transacción empieza en Estados Unidos y después va a otro lugar y después acaba en Argentina; en todos los sitios se tiene que conocer al cliente. No puede decir no conocer a alguien en Estados Unidos. En todos los sitios tiene que ser posible seguir la pista. Interesante obviamente, primero, conozca su cliente. ¿Y después qué? Pues cuando hay operación sospechosas hay una obligación de comunicarlo a un organismo de inteligencia financiera (aquí en Argentina es la UIF).

Todos los países tienen que tener un organismo así. ¿Qué son operaciones sospechosas (ROP)? Esto no está definido ni en las Convenciones Internacionales, ni en las Recomendaciones. Hay países por ejemplo, que utilizan criterios que cualquier transferencia de activo más allá, digamos, de 10.000 dólares tiene que ser comunicada y, ¿esto qué quiere decir? Montón de informes al día, o sea, transferencias de más de 10.000 dólares al día. Ustedes no lo pueden imaginar, pero hay muchísimas, ciertamente en estos tiempos que el capital va de un lado rumbo a la punta de otro lado. El FINCEN, que es el UIF de Estados Unidos, recibe informes al segundo, tiene que tener una capacidad de análisis inmensa.

Hay otros países como el mío, donde hay criterios objetivos y subjetivos para definir al sospechoso. Obviamente, si una persona es cliente de un banco (bien conocido) y el banco sabe que ya que por dos mil dólares al mes, y esta persona hace transferencias individualmente por veinte mil dólares al mes, hay algo raro. Este dinero tiene que venir de algún sitio y no de su trabajo. Obviamente, una persona que se presenta en un banco, que no es cliente, y se presenta con cuarenta “pirulos” y quiere abrir una cuenta, esto es sospechoso. Y así, hay toda una serie de criterios, que están definidos (objetivos y subjetivos) en circulares de la fiscalía del ministerio público.

¿Y qué hace la UIF? La UIF tiene que analizar la información recibida. Analizar e investigar, y ahí empiezan los problemas. La UIF en Argentina es parte del Ministerio de Justicia ¿y qué pasa si los delitos de referencia son corrupción con funcionarios?. ¡Un poco complicado!. También en Europa ha sido complicado. Porque la UIF de Holanda es un servicio administrativo pero independiente del Estado. Entonces ahí, el presupuesto viene de otro lado. Pero en Portugal pertenece a la Fiscalía, al Ministerio Público, que tampoco es la idea; la idea era el filtro entre las autoridades judiciales y estos que tienen que informar, el

servicio financiero nacional. En Italia, por ejemplo, pertenece al banco central, es un autoridad.

Cuando reciben información y tienen que investigar el caso, obviamente, esto quiere decir que necesitan acceso a la información sobre esta persona, sobre esta persona jurídica, que puede estar a disposición en otras facultades, por ejemplo: acceso a bancos de datos del fisco, de hacienda (que parece ser un problema Argentina, por ejemplo). Es decir, cambio de información entre las autoridades públicas para poder investigar. Puede ser que esta autoridad administrativa necesita ejecutar ciertas actuaciones investigativas; por ejemplo, tener acceso a la empresa, controlar la contabilidad de la empresa. Tiene que estar definida esta capacidad de investigar y tiene que haber personal especializado en ingeniería financiera para hacer la investigación y pues si llegan a la conclusión de que haya sospecha de delito pues lo transfieren a la fiscalía; este es el concepto.

El hecho de no identificar a clientes, el hecho de no informar a la UIF (cuando es necesario), el hecho de no tener en la empresa una política de prevención, como Wachovia, para hacerlo, en casi todos los países está tipificado penalmente en el derecho administrativo sancionador y en el derecho penal para las comisiones u omisiones graves. ¿Quién tiene que informar a la UIF? Esto también es bastante interesante porque nosotros pensamos enseguida en los bancos, en los seguros, en los agentes inmobiliarios; pero no solamente.

Hay una serie de profesiones donde tradicionalmente pasa mucho dinero. Los que hacen compra venta de metales preciosos, antigüedades; ahí hay mucho dinero en efectivo, se paga mucho en “cash”. Estos tienen obligación de informar cuando hay transacciones sospechosas. Y pues, muy problemático, los contadores y, sobre todo, los notarios y los abogados. Los notarios, porque muchos notarios están involucrados en transacciones inmobiliarias y gestionan, depende la regulación del país, cuentas bancarias de clientes. Y los abogados (es quizás sorprendente), están en la Recomendaciones y ha habido problemas políticos en Europa con ellos y con esta obligaciones, porque el abogado no es como un contador. El abogado tiene una relación de confidencialidad con su cliente que, en muchos países, está en la legislación procesal penal y hasta en la constitucional. Sin embargo, las Recomendaciones y la reglamentación internacional, obligan a los abogados, para ciertas actuaciones, de informar a la UIF. No está previsto en el derecho argentino que yo sepa; pero es una obligación internacional. ¿Y para qué tipo de obligaciones? Lo voy a ilustrar con un ejemplo: Holanda es un paraíso fiscal, desgraciadamente no para mí que soy empleado del

Estado. Es un paraíso fiscal para empresas transnacionales que quieren evitar la doble imposición. Hay tratados internacionales, derecho internacional público, bilaterales en este caso, entre Holanda y otros países y cuando cierto flujo de dinero pasa por Holanda se aplica solo una base de imposición. Razón por la cual, cuando uno mira las estadísticas de inflaciones del mundo, Holanda es casi siempre el país muy numeroso, esto es imposible; es chiquitito, tiene una economía importante, pero claro, son flujos que vienen de otros sitios. Para dar un ejemplo, la empresa que tuvo problemas financieros, problemas graves con la justicia penal italiana, Parmalat. El fraude financiero de Parmalat pues tenía una empresa vinculada a Parmalat en Ámsterdam, donde pasaba todo el dinero de Parmalat justamente por este motivo, no hay nada ilegal con estos tratados. Pero esto explica, esto es ingeniería fiscal financiera, que en Holanda hay mas o menos 12.000 abogados que nunca han visto tribunales, que gestionan estas empresas. Empresas buzón donde pasa todo el dinero. Pues estos abogados tienen obligaciones como los notarios o como agentes inmobiliarios. No importa su título, porque no están defendiendo clientes en el tribunal, no están utilizando estrategias de defensa. Están aconsejando en el plan financiero a empresas para ubicar legalmente estos bienes, o ilegalmente (también hay de todo).

Digo en mi país hay por ahora, esto es completamente nuevo, nunca visto en la historia, hay unos 15 notarios y unos 30 abogados en la cárcel por lavado de activos. La cosa es seria, es decir, son profesiones de riesgo. La obligación no es simbólica; el hecho de que hayan colaborado con ciertos grupos de criminalidad organizada como servidor, se tipifican y están dentro de las responsabilidades.

5. Tipificación penal del Lavado de Activo

Voy a la tipificación. La tipificación, me han entendido, es complicada en el sentido que es una tipificación autónoma, es decir, desvinculada del delito de referencia. El delito de referencia, tiene que ser un delito, tiene que estar tipificado. La ganancia pues, lavado de activo o financiación del terrorismo, como tipificación autónoma. Pero, los problemas son: ¿qué tipificamos?, ¿las tres fases? Meter a disposición, ocultar y reintegrar y el conjunto del proceso, o tipificamos cada elemento autónomo (y algunos ya están tipificados), ocultar dinero al Estado ya era un delito. Es decir, ahí ya hay estrategias diferentes que pueden facilitar el trabajo de la fiscalía, facilitar la condena, o no. El lavado de activos: ¿lo tipificamos como un delito doloso o culposo?, ¿es suficiente la omisión, por

negligencia?. Ahí yo veo grandes diferencias de un país a otro. Hay países que, en lo penal, solo conocen la variante dolosa y la culposa la ponen en el derecho administrativo sancionador; pero hay países que también, Estados Unidos por ejemplo, tipifican la parte culposa en el derecho penal.

Las personas jurídicas, obviamente. En esta materia sin personas jurídicas no se camina. Para el lavado de activos es muy importante el uso de personas jurídicas y empresas privadas. Si no hay responsabilidad penal de la persona jurídica es un problema. Quizás hay un derecho administrativo sancionador para ellas bien bonito. Pero entonces no tenemos a disposición todas las medidas coercitivas de la investigación; esto puede ser un problema.

Y quizás el último elemento complicado en la tipificación, claro, digo es ingeniería financiera, todo está basado sobre el activo. Normalmente, tiene que haber una causalidad entre la comisión, y la omisión, y el resultado. Pues tendría que haber una causalidad entre el ilícito producido por el delito de referencia y la reintegración al final del proceso de lavado de activo. En la formulación de la tipificación tiene que haber equivalencia uno a uno entre el producto (la ganancia del ilícito) y el producto final lícito. Lo puede construir de una manera muy rígida con la consecuencia de que es difícil para el fiscal probar la equivalencia uno a uno, o lo puedo construir con algo más de flexibilidad, utilizando criterios de equivalencia, etc.

Ya ven que en la tipificación no hablo de financiación de terrorismo, que es mas complicado y obviamente hay muchas cosas por decir.

6. Derecho procesal

Me limito a los elementos más importantes. Obviamente, lo que vemos aquí, y no solo en ese sector, pero también en ese sector, que nuestras medidas clásicas de investigación judicial que hemos ido elaborando en la historia no son suficientes. Y vemos que ahí es también un cambio de paradigma en el sentido procesal; que en muchos países, se elabora dentro del sistema de procesal penal, una segunda vía. No solo la clásica judicial de interrogación de testigos, de registro de casos etc. pero una vía de investigación especializada en la investigación sobre “el botín”: ¿de dónde viene el dinero? ¿Qué han hecho con las ganancias? ¿Dónde ha caminado el dinero? Para, finalmente, esclarecer, desocultar, sacar a la luz, cómo ha caminado el dinero en todo el mundo a través de todas estas empresas. Esto es una investigación de especialistas financieros. Se podría decir: la fiscalía alquila un par de

expertos contables y basta; pero no es suficiente.

Y vemos que en muchos países, se articula en el procesal penal una columna especial de investigación financiera con medidas de interceptación, de perquisición en los bancos, de romper el secreto bancario, etc. y dando (esto es quizás muy importante) muchísima flexibilidad a la policía financiera, a las Unidades especializadas en la fiscalía del ministerio público, y desvinculándolo de criterios clásicos de umbral en el derecho procesal penal. ¿Qué quiero decir con eso? Para aplicar perquisición, para aplicar interceptación de comunicaciones en el procesal penal clásico tiene que haber un sospechoso; y el sospechoso esta definido de cierta manera. Es decir, hay un umbral para poder entrar, para abrir la cajita procesal penal y utilizar ciertas herramientas.

Cuando se trata de medidas coercitivas además, la policía judicial o el fiscal, no pueden actuar solos, necesitan autorización previa de un juez; porque limita las libertades del ciudadano. ¿Qué vemos en la investigación financiera?. Las autorizaciones judiciales salen; no es necesario que se trate de dinero ilícito, el dinero ilícito tiene culpa “en si”. Pues, es ilícito todo lo que la persona física o jurídica no puede probar como lícito. Reinversión de la prueba: si usted no sabe explicar de donde viene, pues es ilícito por definición. Ven el cambio paradigmático en el sistema y, pues, es posible aplicar el decomiso o confiscación definitiva desvinculado con la condena, pero dentro del sistema procesal penal. Y esto es una evolución que se va agravando con la financiación del terrorismo, y sobre todo se está agravando cuando la aplicamos, o la vemos aplicarse (según las recomendaciones del GAFI) a las listas negras. Debemos investigar y pues aplicar el decomiso a los bienes de las listas negras, pero estos no son ni sospechosos (penalmente hablando); son peligrosos, ejecutivamente hablando.

Entonces esta investigación financiera como vía autónoma de investigación dentro de nuestros sistemas judiciales es un desarrollo, a mi modo de ver, interesante desde el punto de vista de eficacia, pero preocupante desde el punto de vista de la garantías y del estado de derecho.

El segundo punto, son lo que se llaman medidas o técnicas especiales de investigación (special investigation technics). El Convenio de Palermo de Naciones Unidas sobre la criminalidad transnacional obliga a los estados de introducir en sus códigos procesales penales técnicas especiales de investigación; es decir con ambición de tenerlos previsto al nivel mundial.

Muchos ya lo han hecho; por ejemplo, mi país ya lo tiene desde los años 80. ¿En qué

consisten? Consisten en el hecho que más allá de las medidas clásicas coercitivas de investigación judicial, se introducen nuevas medidas especiales: entrega vigilada, agentes encubiertos, infiltración en organizaciones criminales, todo tipo de interceptación de telecomunicaciones. Estos son los especiales; son, muy coercitivas, obviamente. La cosa curiosa, es que, de nuevo la articulación por el motivo de lucha contra la criminalidad organizada, lucha contra el terrorismo, se flexibiliza los criterios de uso. Es decir, más coercitivo menos garantía. Empezaron estas medidas con conceptos muy limitados de criminalidad grave. Terrorismo, una capa alta, digamos las mas grave, la criminalidad organizada; pero hoy en día las medidas especiales de investigación se aplican a toda la criminalidad grave, Convención de Palermo, a partir de los dos años máximo de cárcel. Entonces claro, se aplica a casi todo. Lo especial se convierte en común, y la capa de delitos especiales, que justificaban medidas especiales, se ha ido haciendo grande.

7. Derechos Humanos y Cooperación

Déjenme decir, quizás para concluir, dos cosas: un par de puntos sobre derechos humanos y un par de puntos sobre la cooperación.

Derechos humanos. Aquí tenemos, en derechos humanos (y cuando digo derechos humanos no me refiero al discurso político de derechos humanos en casa, en argentina o en otros países) me refiero a normas internacionales del derecho internacional público sobre derechos humanos: El pacto de derecho Civiles y Políticos, el de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, etc.

Aquí tenemos algo complicado sobre todo cuanto se trata de terrorismo o por lo menos con criminalidad organizada ¿Por qué? Porque los derechos humanos definen obviamente toda una serie de protecciones del ciudadano contra el Estado. Tengo el derecho a la libertad de expresión; el Estado no me puede violar el derecho a la libertad de expresión. Tengo derecho a la vida privada, tengo derecho a un debido proceso, tengo derecho a un juez penal imparcial e independiente. Es siempre una protección contra el Estado, es decir, es un deber negativo del Estado y no puede violar estas normas

¿Por qué digo eso? Porque en los últimos años hemos visto una evolución a lo contrario que existía históricamente. Es decir, un deber positivo del estado: el Estado debe garantizar derechos humanos de los ciudadanos. ¿A qué me refiero? Al derecho a la vida y

por desgracia en la historia de Latinoamérica ha habido graves violaciones de derechos humanos con la dictadura en Argentina (no tengo que explicar) y en Colombia hoy en día, etc., el Estado tiene el deber de garantizar la vida de las personas y esto incluye que tiene el deber de investigar judicialmente estos crímenes y de condenarlos. Esto es un deber positivo y se entiende muy bien a la luz de lo que pasó en América Latina.

Bueno ¿qué está pasando en el terrorismo? Se aplica el mismo discurso: el Estado tiene el deber de proteger la vida de los ciudadanos y ofrecer seguridad. Y con este discurso, el derecho a la seguridad (que no existe en derechos humanos, pero se inventa) tiene primacía sobre las libertades públicas. Entonces, es más importante el derecho a la seguridad que el Estado da, que, por ejemplo, la libertad de expresión, debido proceso, etc. Ahí hay un abuso de la terminología, un abuso de los conceptos y un peligro, obviamente. ¿Por qué digo eso? Porque cuando se trata de financiación del terrorismo y se trata de información secreta, que se utiliza para poner gente en listas negras, o se trata de información secreta que se utiliza en el proceso penal para condenar a alguien, domina la seguridad y no el debido proceso. . En la tipificación de la asociación terrorista, por ejemplo, ¿como tratamos esta información secreta que viene de los servicios de inteligencia?, ¿es prueba procesal penal? ¿Ustedes dicen que no? Pues en mi país dicen que sí, y la tendencia es en esta línea; con toda una serie de problemas: ¿el abogado como se defiende en contra de prueba secreta? ¿Como puede controlar el origen y la legitimidad? Más aún, los jueces, cuando tienen que juzgar ¿como pueden controlar el origen y la legitimidad de esta prueba?. Es decir, ahí hay una serie de problemas que vienen de Seguridad vs. Justicia, Seguridad vs Derechos Humanos.

Muy concretamente en este campo, obviamente hay una serie de problemas muy específicos: la reinversión de la prueba con el decomiso, problemático, porque la presunción de inocencia está en peligro. Las obligaciones de los abogados, el derecho a la confidencialidad en la relación entre abogado y cliente. Por desgracia, cuando se trata de terrorismo ustedes saben que los derechos humanos no son absolutos, son derogables (al menos casi todos), salvo justamente el derecho a la vida (no es derogable) y tampoco la prohibición de la tortura (eso en Europa no es derogable; es absoluto). Pero todas las otras son derogables, es decir, se pueden limitar estos derechos humanos, o para proteger otros derechos humanos, o para proteger un bien muy importante; pues, el discurso del terrorismo justifica ciertas limitaciones, pero justifica también limitaciones drásticas.

Los abogados en financiación del terrorismo y terrorismo en ciertos países ya no son

de libres elección; es decir, el cliente no elige su abogado, lo elige el Estado. Son abogados de confianza del Estado, y estos abogados de confianza tienen acceso a la información secreta del Estado, los otros no. Son abogados aprobados por los Servicios de Inteligencia. Entonces ya, son sistemas que por ahora la Corte Europea de Derechos Humanos ha justificado conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos. La justificación de estas medidas estuvo basada justamente en la lucha contra el terrorismo.

Finalmente, la cooperación. Han visto en mis ejemplos que el lavado de activos, al menos si se trata de algo con poco de masa no se cometen en casa. El delito de origen puede estar en casa, la primera operación puede estar en casa parcialmente, pero enseguida camina por todo el mundo y se hace parte del esquema de la ocultación. Es decir, muchas operaciones en muchos sitios diferentes y una cortina de humo es esencial, porque el día que investiguen tiene que ser extremadamente difícil sacar a la luz que ha pasado con el dinero o con las ganancias, y extremadamente difícil de convertirla en prueba. Entonces, por ese motivo, cuando se trata de lavado de activos, la investigación es complicada y siempre se necesita cooperación.

Cooperación muchas veces no con países que están al lado, países que están en todo el mundo. Siempre saltan a la luz obviamente centros financieros pero también saltan a la luz pequeños países especializados, porque son cielos protegidos y es muy difícil investigar ahí o tienen secretos bancarios muy buenos (como Luxemburgo, Caimán, etc).

Pues la cooperación y todos estos instrumentos que he ido indicando de la Convención de Viena hasta la Convención de Palermo, pasando por la financiación del terrorismo, hay muchísimas cláusulas, muchísimas medidas sobre la cooperación administrativa entre UIFs y sobre la cooperación judicial en materia penal.

Pues la administrativa es complicada, porque ya he dicho que estos organismos preventivos administrativos, como la UIF, tienen estatutos específicos de cada país; en uno pertenece al administrativo, en otro a otra parte, en otro al judicial. Ya en casa tienen problemas de acceso a la información entre ellos con otras administraciones, imagínense a nivel internacional. Pues tanto el GAFI como en las regiones como la Unión Europea han tenido que intervenir con normas específicas obligando a estas UIFs, y a sus Estados, de cambiar la legislación para que puedan compartir información y que puedan darse asistencia en la investigación administrativa. Hoy les diría que no funciona bien, pero al menos la alternativa cambió. Ahora hay un grupo internacional en la cual estos grupos se reúnen

regularmente, se llama el Grupo Egmont y ahí elaboran derecho interno para las UIFs a nivel mundial, elaboran modus operandi entre ellos. También tienen la red digital en la cual pueden mandarse pedidos de cooperación. La penal, la judicial también es complicada, obviamente. Porque (han visto) tenemos nuevas medidas de investigación financiera a nivel nacional, tenemos nuevas medidas de técnicas especiales de litigación (que son recientes en algunos países) y tenemos medidas drásticas de incautación, congelación y decomiso, como decía, desvinculado de bienes jurídicos mucho más amplios, sobre “el botín” ilícito.

Pues para todo eso necesitamos instrumentos de cooperación específicos que están reglamentados en estas convenciones internacionales dispuestas a ser puestas en el derecho interno. En todo caso, quiere decir, que los Estados miembros de la Unión europea, los Estados partes de la ONU, los Estados partes de las convenciones internacionales tienen que prever en su derecho interno, nos guste o no, estas medidas en casa: investigación financiera, técnicas especiales de investigación, todas las medidas de incautación, el decomiso y tienen que tener cláusulas jurídicas y capacidad práctica de cooperación en esta materia. La convención de Palermo, por ejemplo, va tan lejos que obliga a los Estados a tener equipos comunes de investigación. Esto quiere decir (no es solo de Europa) cuando hay por ejemplo una banda organizada que se activa en cierto territorio y no solo una ciudad. Por ejemplo, aquí sería que se activa en Argentina, Brasil, Paraguay y Bolivia. Que se instala una comisión de investigación judicial bajo la directiva de un fiscal de un país, y con expertos de los diferentes países, y que pueden investigar en el territorio en común sin tener que hacer exhortos o rogatorias.

Pues ven que en esta materia financiera tiene consecuencias no solo para técnicas nuevas, medidas nuevas de cooperación, pero también para las clásicas, para los exhortos y las comisiones rogatorias y obviamente también para la extradición y la transferencia de procedimientos o ejecución de sanciones (que son las clásicas medidas de cooperación).

Espero de haber dado un panorama de esta materia, en su historia y en su contenido, de haber abordado de manera crítica también como se rearticula o, según algunos, desarticula el sistema clásico de investigación penal, el sistema clásico de tipificaciones y el funcionamiento clásico del sistema penal como tal. Es decir, en mi opinión, es un cambio de paradigma con ciertos peligros que debemos estudiar a fondo tanto desde la universidad.