



Documento del
Presidente del GAFI

**Antilavado de activos
y contra el
financiamiento del
terrorismo para
jueces y fiscales**

Junio de 2018

Prólogo



“El trabajo de jueces, fiscales y otras autoridades investigativas es crucial para instituciones estables, transparencia y el imperio de la Ley, que son todos pilares de un sistema ALA/CFT efectivo”

”

Es un placer introducir el documento del Presidente del GAFI: “Experiencias, Desafíos y Mejores Prácticas” en antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) para jueces y fiscales.

Bajo la presidencia Argentina, el GAFI inició un programa de acercamiento global a los sistemas de justicia penal dado el rol crucial que juega en la implementación efectiva de los estándares del GAFI. La labor de los jueces, fiscales y otras autoridades investigativas es crucial para instituciones estables, transparencia y el imperio de la ley, que son todos pilares de un sistema ALA/CFT efectivo. El objetivo de este programa de acercamiento fue reforzar la efectividad en la investigación y procesamiento de delitos de LA y FT y en el recupero del producto del delito.

Esta iniciativa nos permitió aprender acerca de las experiencias, desafíos y mejores prácticas en la investigación de la criminalidad financiera por parte de jueces y fiscales a lo largo del mundo. La iniciativa se dirigió a mejorar la cooperación internacional y mantener una comprensión actualizada sobre los métodos que son utilizados para lavar activos del crimen organizado o para financiar al terrorismo.

El GAFI, en un esfuerzo conjunto con los Organismos Regionales al Estilo GAFI (OREG) y otras organizaciones internacionales, reunió conocimiento a través de seis talleres regionales que juntaron casi 450 jueces y fiscales de más de 150 jurisdicciones y organizaciones observadoras.

Invitamos instituciones relevantes tales como la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la Asociación Internacional de Fiscales, la Asociación Internacional de Magistrados y Redes de Recuperación de Activos para unirse a las conversaciones y agregar valor al proyecto, considerando su perspectiva única.

Quisiera expresar mi gratitud a los jueces y fiscales que participaron en el proyecto; a Argentina, Ecuador, China, Túnez y Guyana por alojar los talleres; al Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), el

Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), al Grupo Asia/Pacífico sobre Lavado de Activos (APG), al Grupo de Eurasia (EAG), al Grupo Antilavado de Activos de África del Este y del Sur (ESAAMLG), el Grupo de Acción Intergubernamental contra el Lavado de Activos en África del Oeste (GIABA), el Grupo de Acción sobre Lavado de Activos en África Central (GABAC), el Grupo de Acción Financiera del Medio Este y África del Norte (MENAFATF), el Comité de Expertos del Consejo Europeo sobre la Evaluación de Medidas Antilavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, la OSCE y el Instituto de Entrenamiento e Investigación del GAFI (GAFI TREIN), por co-organizar y apoyar los eventos; a las Delegaciones del GAFI por sus aportes sobre este documento y a la Secretaría del GAFI por su asistencia.

En el Plenario en junio de 2018, presenté las conclusiones de este ejercicio, que se encuentran descritas en este documento. Los miembros del GAFI las apoyaron y acordaron divulgarlas y publicarlas ampliamente a través de la Red Global del GAFI y entre instituciones y organizaciones relevantes.

Este documento identificó desafíos y destacó elementos útiles y mejores prácticas en la realización de investigaciones, procesamientos y condenas por lavado de activos, FT y en el decomiso del producto del delito. También resalta la necesidad de cooperación internacional, un elemento clave cuando se investigan redes criminales y en el recupero de activos que a menudo se encuentran esparcidos en múltiples países.

Con base en estos hallazgos, la Presidencia del GAFI continuará con este esfuerzo conjunto para reforzar la efectividad del sistema de justicia penal.

Estoy complacido de entregar este importante resultado que espero que contribuya a producir resultados en esta lucha global contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.



Santiago Otamendi

Resumen Ejecutivo

Los esfuerzos globales anti-lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo del GAFI están enfocados en la prevención y el desbaratamiento efectivos y en lograr condenas y la recuperación de activos en beneficio del Estado y de las víctimas. Aunque el GAFI tuvo cierta interacción en los últimos años con los fiscales y expertos similares sobre varios asuntos, la relación entre el GAFI y el sector de la justicia penal necesitaba fortalecerse. Por estos motivos, la presidencia argentina del GAFI inició un programa de acercamiento global hacia los Sistemas de Justicia Penal.

2. Los objetivos principales del proyecto fueron:

- a) redactar un informe que identifique las experiencias y los desafíos en relación con las investigaciones y los procesamientos por lavado de activos (LA) y financiamiento del terrorismo (FT) y el decomiso de los activos de origen delictivo, y las buenas prácticas para abordar estos asuntos;
- b) mejorar el acercamiento del GAFI hacia los jueces, fiscales e investigadores de las diferentes regiones, promoviendo las redes de colaboración actuales y futuras y poniendo a los profesionales y actores relevantes en contacto cercano para debatir sobre desafíos comunes y posibles soluciones, generando un marco para mejorar las relaciones de trabajo internacionales;
- c) conseguir que los países del GAFI y de los OREG trabajen en conjunto en estos elementos clave de efectividad para un sistema ALA/CFT exitoso.

3. A través de varios talleres regionales¹, el GAFI, en un esfuerzo conjunto con los organismos regionales estilo GAFI (OREG) y otros organismos internacionales, reunió a casi 450 jueces y fiscales de más de 150 jurisdicciones para compartir experiencias y mejores prácticas. Este documento del presidente del GAFI presenta las

¹ 1. América (GAFILAT y GAFIC); 2. Asia/Pacífico (APG y EAG); 3. África/Medio Oriente (ESAAMLG, GIABA, GABAC y MENAFATFT); 4. Europa (MONEYVAL y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa); 5. Taller de cierre del GAFI (Corea). Hubo otros dos talleres realizados por GAFIC y GAFILAT como seguimiento de desafíos específicos que se debatieron en los talleres del GAFI anteriores.

Las investigaciones y los procesamientos por LA y FT, y el decomiso de activos de origen delictivo están respaldados por una variedad de elementos subyacentes importantes en el régimen ALA/CFT general:

- Una comprensión integral de los riesgos de LA y FT de la jurisdicción establece las bases de un régimen ALA/CFT efectivo.
- La cooperación y coordinación nacional efectivas y oportunas son fundamentales. Algunas buenas prácticas en esta área incluyen la creación de un comité de coordinación inter-institucional permanente sobre LA/FT y el establecimiento de relaciones de trabajo inter-institucionales sólidas basadas en la confianza mutua.
- La creación de organismos/unidades multidisciplinarios que se focalicen en el LA/FT y/o en el decomiso de activos, o como mínimo, tener personal especializado dedicado a esta función dentro de organismos más grandes o servicios de fiscalía pública.
- Colaborar con el sector privado para brindar y obtener información relacionada con el LA/FT.
- Brindar capacitación especializada a investigadores y fiscales, con el enfoque puesto particularmente en desarrollar capacidades para recabar información y pruebas, técnicas de investigación financiera y presentar casos complejos a jueces o jurados.

Investigar y procesar los delitos de lavado de activos (LA) presenta un conjunto de desafíos concreto para las jurisdicciones. Los resultados generales de las evaluaciones realizadas a la fecha demuestran los desafíos significativos que los países enfrentan en términos de obtener condenas. Entre las buenas prácticas mencionadas en el informe, se podrían subrayar las siguientes:

- Tipificar de manera adecuada el delito: expandir el alcance de los delitos determinantes a la lista más amplia de delitos graves o adoptar un abordaje que incluya todos los delitos, que podría brindar claridad y más flexibilidad a los fiscales, especialmente cuando se combina con un sistema que también incorpora el principio de oportunidad.
- Establecer, a través de legislación o de jurisprudencia, que el delito determinante no necesita ser demostrado para condenar por LA, como lo establecen las Recomendaciones del GAFI.
- Establecer los acuerdos de culpabilidad y de procesamiento diferido como una posibilidad legal, sujeto al control y a la fiscalización judicial.
- Tener pautas internas, manuales o capacitaciones presenciales para enseñar a los investigadores a comenzar y proseguir con una investigación financiera básica. Además, contar con políticas o directrices que establezcan el requisito obligatorio de iniciar una investigación financiera paralela en cada investigación de un delito determinante de LA.

FT: investigaciones, procesamientos y condenas

Investigar y procesar los delitos de financiamiento del terrorismo (FT) presenta un conjunto de desafíos concreto para las jurisdicciones. La mayoría de las jurisdicciones analizadas no habían procesado delitos de FT ni obtenido condenas por FT al momento de sus evaluaciones mutuas. Entre las buenas prácticas mencionadas en el informe, se podrían subrayar las siguientes:

- La tipificación integral del FT está directamente relacionada con la capacidad del país de investigar y procesar el FT en forma efectiva. Redactar el delito de manera que sea lo más amplio posible: por ejemplo, estructurar el delito para que no haga falta demostrar la intención del sospechoso de financiar actos terroristas específicos.
- Garantizar que se pueda iniciar una investigación por FT sin un caso de terrorismo subyacente, y que la investigación de FT pueda continuar incluso cuando la investigación de terrorismo vinculada ya haya concluido.
- Contar con legislación o procedimientos judiciales que aborden específicamente el uso o la introducción de material clasificado o inteligencia (por ej. las leyes o reglamentaciones pueden permitir que los jueces y/o los abogados defensores revisen la información, se pueden realizar redacciones, el estado puede «desclasificar» la información, etc.).
- Involucrar al fiscal en una etapa temprana para determinar qué piezas de inteligencia pueden ser admitidas como prueba, o qué pasos deberían tomarse para que sean admitidas.
- Contar con un tribunal especial designado para abordar los casos de terrorismo y financiamiento del terrorismo que generalmente incluyen información clasificada.



Decomiso: congelar, embargar y recuperar activos

Rastrear, congelar y decomisar los productos e instrumentos del delito es fundamental para la efectividad de las medidas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Los delitos graves generan una vasta cantidad de ganancias todos los años. Sin embargo, el nivel de implementación de un régimen de decomiso efectivo entre los países evaluados es, en el mejor de los casos, modesto. Algunas prácticas particularmente útiles para el decomiso de activos son:

- Garantizar que el decomiso de activos de origen delictivo sea una prioridad política, con una estrategia vinculada que establezca la manera en que las autoridades relevantes pueden trabajar para alcanzar los objetivos/metas que se determinen.
- Contar con un amplio espectro de facultades para rastrear, congelar y decomisar los productos e instrumentos del delito, incluyendo la capacidad de embargar rápidamente los activos del acusado y terceros asociados, facultades de decomiso que se basan en el estándar probatorio civil, que no dependen de una condena o donde existan disposiciones adecuadas para revertir la carga de la prueba.
- Un marco para administrar o fiscalizar la administración de bienes congelados, embargados y decomisados, incluso por parte de las autoridades competentes independientes o parte de una AOP y, según sea necesario, la capacidad de contratar proveedores o contratistas externos para activos complejos
- Trabajar en cooperación con socios internacionales fue considerado un ingrediente de éxito clave, especialmente la comunicación temprana en busca de la imposición de medidas provisionales contra activos sujetos a decomiso



Cooperación internacional: asistencia legal mutua, extradición y otros tipos de cooperación

La cooperación internacional puede ser fundamental para el éxito de las investigaciones y procesamientos por LA/FT y también para la recuperación de activos. Las redes de LA y FT generalmente se esparcen a lo largo de múltiples países y las jurisdicciones extranjeras pueden contar con las piezas faltantes de información o pruebas que facilitan un procesamiento exitoso

- Designar recursos suficientes para procesar y responder a las solicitudes, inclusive contar con mecanismos y tecnología que permitan a las autoridades iniciar un diálogo con los países solicitantes para facilitar la consulta de casos.
- Considerar métodos informales de cooperación internacional, tal como la cooperación UIF-UIF, policía-policía o fiscal-fiscal antes de presentar una solicitud de ALM formal
- Utilizar redes como EUROJUST o CARIN y otras redes de recuperación de activos antes de realizar una solicitud formal para facilitar la cooperación internacional y refinar la asistencia solicitada.
- Entrar en contacto con las autoridades extranjeras y coordinar el envío de una copia borrador de una solicitud de ALM propuesta, para que puedan brindar asesoramiento sobre el contenido y la redacción de la solicitud.
- Utilizar la Herramienta de Redacción de Solicitud de Asistencia Legal Mutua (Herramienta de ALM) que desarrolló la ONUDD para asistir a los estados en la redacción de solicitudes con vistas a facilitar y fortalecer la cooperación internacional.

Taller FATF/GAFILAT/CFATF para jueces y fiscales
Septiembre 2017, Quito, Ecuador



Introducción



El GAFI está comprometido con mantener una comprensión integral de cómo los delincuentes lavan dinero y cómo los terroristas recaudan, mueven y usan fondos con el objetivo clave de garantizar estándares mundiales actualizados y efectivos, y su implementación efectiva.

Si bien los organismos de supervisión y regulación y el sector privado representan un papel fundamental en la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo y de la proliferación, existe un consenso de que si los esfuerzos ALA/CFT globales pretenden ser efectivos, los países deben tener autoridades operativas fuertes que realicen procesamientos y obtengan condenas, como así también embarguen y decomisen los productos e instrumentos del delito para el beneficio de los estados y las víctimas.

Como se muestra a través de los Informes de Evaluación Mutua realizados sobre la base de los estándares del GAFI de 2012 y la Metodología de 2013, muchos países promulgaron las medidas legislativas necesarias para tipificar el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT), sin embargo, los resultados obtenidos en términos de condenas y decomisos son, en general, modestos. Alcanzar resultados en esta área del régimen ALA/CFT es principalmente un problema para fiscales, jueces e investigadores, como parte del sistema de justicia penal. Desde la iniciación de una investigación hasta la sentencia de un acusado, el sistema de justicia penal puede involucrar a muchos actores gubernamentales con diferentes roles que deben coordinarse con las autoridades nacionales y socios internacionales para luchar contra las amenazas de LA y FT que son de una naturaleza cada vez más global

Además, las instituciones financieras y las APNFD cubiertas por los Estándares del GAFI están sujetas a leyes y regulaciones a nivel nacional. Generalmente, los supervisores garantizan el cumplimiento de las medidas ALA/CFT, pero en casos excepcionales, las fallas en el cumplimiento también pueden ser abordadas en el sistema de justicia penal.

El funcionamiento correcto del sistema de justicia penal debe ser avalado por elementos fundacionales como instituciones estables, rendición de cuentas, integridad, transparencia y estado del derecho. Estos son los pilares de un sistema ALA/CFT efectivo.

Aunque el GAFI tuvo cierta interacción en los últimos años con los fiscales y expertos similares sobre varios asuntos, la relación entre el GAFI y el sector de la justicia penal necesitaba fortalecerse. Una participación y colaboración mejoradas y una comunicación efectiva con los servicios fiscales, los jueces de instrucción y algunos otros elementos del sistema de justicia penal son vitales dado el papel crucial que representan en la implementación efectiva de los Estándares del GAFI.

Por estos motivos, la presidencia argentina del GAFI decidió presentar una iniciativa que apunta a compartir experiencias y a identificar los desafíos y buenas prácticas que pueden ser fundamentales para mejorar la efectividad de las jurisdicciones en términos de procesamientos por LA/FT y de decomiso de productos del delito



Objetivos

T16. El objetivo principal del proyecto es producir un informe que identifique las experiencias y los desafíos, y las buenas prácticas para abordarlos. El documento se concentra en los factores que pueden resultar en un sistema efectivo para el procesamiento y el decomiso, y menos en los requerimientos técnicos legales, aunque también busca identificar las facultades legales que parecen conducir a resultados efectivos.

Además, la iniciativa está diseñada para mejorar el acercamiento del GAFI a jueces, fiscales e investigadores de las diferentes regiones. El objetivo era establecer redes de colaboración y facilitar el debate entre los profesionales sobre los desafíos comunes y las posibles soluciones, propiciando la oportunidad de construir relaciones laborales valiosas. Así, las jurisdicciones podrían aprender la una de la otra no solo en un sentido teórico, como así también entrar en contacto con sus homólogos regionales e inter-regionales, que podría resultar de utilidad en cuestiones operativas.

El proyecto también tuvo el beneficio de reunir a los países del GAFI y de los OREG para trabajar de manera más efectiva en la investigación y el procesamiento del LA y FT y la recuperación de activos. Este es un elemento importante considerando que, a lo largo del proceso de evaluación mutua, se observó que la mayoría de los países que son parte de la Red Global del GAFI habían tenido desafíos en estas áreas en particular.²

Finalmente, esta iniciativa constituyó una oportunidad para que el GAFI extienda el acercamiento y el alcance de la colaboración hacia otros organismos internacionales o inter-gubernamentales relevantes.

² Véase el análisis de los resultados del RI.7, RI.8 y RI.9 en cada una de las secciones específicas.

Metodología

La principal fuente de información para el ejercicio fue la serie de talleres para jueces de instrucción y fiscales, organizados por el GAFI en forma regional, en conjunto y con el apoyo de los OREG y los países/organismos anfitriones. Estos talleres fueron una sede para reunir experiencias y opiniones desde una amplia perspectiva de diferentes profesionales sobre los desafíos y las dificultades que enfrentan en la lucha contra el LA y el FT, y sobre los mecanismos efectivos y las buenas prácticas para abordarlos.

La información sobre las experiencias obtenida de los talleres fue complementada por una revisión administrativa de informes relevantes y material sobre estos temas y una revisión horizontal de todos los Informes de Evaluación Mutua, concentrándose en los resultados del país en relación con los resultados inmediatos relevantes, como se describe a continuación.

Sobre la base de la información y las opiniones expresadas durante los talleres, junto con los resultados de la revisión administrativa y del estudio horizontal, la Secretaría del GAFI, con el apoyo de TREIN de GAFI, llevó adelante un análisis e identificó los desafíos y las buenas prácticas, incluyendo problemas específicos de regiones particulares o de tipos de sistemas legales, y áreas de futuro trabajo potencial. Esa información y su análisis es la base de este informe

Presidente del GAFI Santiago Otamendi
FATF/MONEYVAL/OSCE Taller para jueces y fiscales, Marzo 2018,
Estrasburgo, Francia



Presidente del GAFI Santiago Otamendi
 FATF/GAFILAT/CFATF Taller para jueces y fiscales,
 Septiembre 2017, Quito, Ecuador



Los talleres

Para garantizar que los expertos de todas las regiones tuvieran la oportunidad de aportar al proyecto, y para reunir el espectro total de experiencias y opiniones que incluye una perspectiva regional, el GAFI realizó un proceso evolutivo de talleres regionales en coordinación con cada OREG³:

Américas - GAFILAT y GAFIC
 Septiembre 2017

Asia/Pacífico - APG y EAG
 Enero 2018

África/Medio Oriente - ESAAMLG, GIABA,
 GABAC y MENAFATF
 Febrero 2018

Europa - MONEYVAL y la Organización
 para la Seguridad y Cooperación en
 Europa (OSCE)
 Marzo 2018

Taller de cierre del GAFI
 Mayo 2018⁴

A través de los talleres en las diferentes regiones, el GAFI reunió a casi 450 jueces y fiscales de más de 150 jurisdicciones para compartir experiencias y mejores prácticas. Además de las Secretarías del GAFI y de los OREG y de TREIN de GAFI, se invitó a participar y a contribuir en los debates a organismos relevantes tal como la OSCE, la Asociación Internacional de Fiscales, la Asociación Internacional de Magistrados y las diferentes Redes de Recuperación de Activos.

³ Hubo otros dos talleres realizados por GAFIC (mayo 2018) y por GAFILAT (abril 2018). Ambos OREG enviaron un informe con los temas debatidos, la participación y las conclusiones, que se consideraron en este informe.

⁴ Con el apoyo de TREIN de GAFI.

Alcance

Los temas de discusión durante los talleres fueron los desafíos y las buenas prácticas en relación con:

investigar y procesar casos de lavado de activos,

investigar y procesar casos de financiamiento del terrorismo,

embargar y decomisar los productos e instrumentos del delito

brindar cooperación internacional y asistencia legal mutua.

Los participantes de cada uno de los talleres incluyeron jueces de instrucción y magistrados, fiscales e investigadores con experiencia y especialización en investigar y procesar LA y FT, o embargar y decomisar activos. Los participantes de los miembros del GAFI asistieron a varios talleres, mientras que aquellos de los OREG participaron de los talleres de su región.

Participante en el FATF/ GAFILAT/CFATF Taller para jueces y fiscales, Septiembre de 2017, Quito, Ecuador



Elementos subyacentes y de apoyo



Identificar riesgos, políticas estratégicas y prioridades

Una comprensión integral de los riesgos de LA y FT de la jurisdicción establece las bases de un régimen ALA/CFT efectivo. La identificación adecuada de los riesgos y de los métodos comunes de LA/FT también ayuda a los investigadores y a los fiscales a detectar y, eventualmente, demostrar actividades ilegales. Los talleres para jueces y fiscales destacaron la buena práctica de involucrar a los investigadores y fiscales en el proceso de evaluación del riesgo. Al participar en el proceso, estos actores pueden brindar información que aporte a la comprensión general del riesgo por parte de los países.

Además de ayudar a las autoridades a identificar las amenazas delictivas, una buena comprensión de los riesgos de LA y FT contribuye a establecer las estrategias y prioridades nacionales para combatir el LA y el FT. Conocer el nivel y el tipo de riesgos en el país ayuda a asignar recursos a los organismos encargados de la investigación y el procesamiento, incluyendo recursos que pueden usarse para contratar personal, capacitarlo y desarrollar capacidades especializadas. En el caso del FT, la jurisdicción debe integrar, en la medida de lo posible, las estrategias de lucha contra el terrorismo y contra el financiamiento del terrorismo.

Las estrategias deberían articular claramente por qué los procesamientos penales y el decomiso de activos son resultados deseables. También deben usarse para incentivar las investigaciones, procesamientos y el decomiso de activos. Por ejemplo, muchas jurisdicciones han establecido fondos de extinción de dominio, que se pueden usar para luchar contra el delito, beneficiar a la sociedad o compensar a las víctimas del delito. Si se utilizan en forma adecuada, estos mecanismos pueden constituir incentivos útiles para la acción. Las estrategias también pueden informar al proceso presupuestario y garantizar recursos adecuados para las autoridades de orden público (AOP), incluyendo los ministerios públicos y las unidades de decomiso de activos. Finalmente, la participación del sector de justicia penal en la evaluación de riesgo, o incluso en el proceso de generación de estrategias, puede promover el cambio legislativo, ya que aquellos que trabajan con la ley más de cerca están en una buena posición para identificar lagunas o áreas de cambios y actualizaciones potenciales.

Las investigaciones y procesamientos por LA y FT y el decomiso de activos criminales son apoyados por un rango de elementos subyacentes en el régimen ALA/CFT más amplio. Esta sección explora las experiencias de las jurisdicciones del GAFI y OREG relacionadas con ciertos aspectos del régimen más amplio que rodea el trabajo de investigadores, fiscales y jueces. También resalta desafíos específicos y buenas prácticas.

Marco institucional

La investigación y el procesamiento de casos de LA/FT generalmente involucra a una amplia gama de organismos con diferentes capacidades. Por lo tanto, es importante garantizar que el marco institucional para investigar y procesar estos delitos incorpore el rango apropiado de organismos y facilite el uso de conocimientos especializados cuando sea necesario.

Una de las buenas prácticas clave discutida en los talleres es el modelo de investigación «grupo de trabajo». Esto puede incluir establecer equipos multidisciplinarios para realizar investigaciones de LA o FT y colaborar con el desarrollo de los casos. Los grupos de trabajo efectivos pueden consistir en una combinación de investigadores, AOP especializadas (como organismos anti-drogas, fiscales, anti-corrupción o aduaneros), oficinas del ministerio público, autoridades de inteligencia y analistas financieros, incluyendo a la UIF. La composición exacta del grupo de trabajo depende de la práctica nacional, pero la intención de este modelo es aprovechar la especialidad, los recursos, las herramientas y las autoridades en un contexto inter-institucional para alcanzar mejores resultados. Dichos modelos también ayudan a evitar conflictos operativos y reunir a todas las autoridades relevantes, potencialmente con el efecto de acelerar la finalización de casos y simplificar las tareas.

Otra buena práctica es constituir unidades especializadas de investigación de LA/FT y designar fiscales especializados que se concentren en los casos de LA/FT y de decomiso de activos. Los grupos de trabajo y las unidades especiales deberían contar con recursos suficientes, incluyendo personal con los conjuntos de habilidades necesarias. Una buena práctica es que en las investigaciones participen especialistas, tales como contadores forenses, analistas financieros y expertos en informática forense. Si fuera necesario, estos especialistas pueden ser empleados de fuentes externas a la unidad o grupo de trabajo.

Cooperación nacional e intercambio de información

Los talleres resaltaron la importancia de una cooperación y coordinación nacionales efectivas y oportunas. Esto es particularmente importante en los casos de FT. Algunas buenas prácticas en esta área incluyen la creación de un comité de coordinación inter-institucional permanente sobre LA/FT y el desarrollo de la confianza entre los organismos nacionales.⁵

Involucrar a múltiples organismos en el proceso investigativo también aumenta la necesidad de compartir información entre fronteras institucionales. Esto puede exacerbarse cuando las autoridades de investigación y del ministerio público están separadas, como en las jurisdicciones con derecho anglosajón. Cuando las autoridades están separadas, darle participación al fiscal en la investigación en una etapa temprana demostró ser una práctica útil. Los profesionales mencionaron que la participación temprana puede guiar a los investigadores para desarrollar pruebas útiles y admisibles que puedan demostrar los elementos del delito y que los fiscales pueden ser necesarios al procurar la autoridad para usar ciertas técnicas de investigación. Además, en jurisdicciones donde las autoridades tienen discreción fiscal, trabajar mano a mano con los investigadores puede aumentar las posibilidades de que una «derivación» policial resulte en la aplicación de cargos.

En 2017, el GAFI finalizó una guía para mejorar la cooperación y el intercambio de información dentro de las jurisdicciones: Intercambio de información CT/CFT inter-institucional: buenas prácticas y herramientas prácticas. Aunque no está disponible al público, los organismos involucrados en el combate del terrorismo y su financiamiento, como así también los organismos que no están involucrados tradicionalmente en las actividades CFT, pueden acceder a ella.

⁵ En términos de FT, el IEM de Estados Unidos observa que el entorno del grupo de trabajo en ese país es particularmente útil para mejorar el intercambio de información y de experiencia, y para ayudar a las autoridades a realizar investigaciones financieras en forma efectiva. El abordaje de EE.UU. consiste en 104

Grupos de Trabajo Conjuntos Anti-Terrorismo multi-jurisdiccionales (JTTF, por sus siglas en inglés) (es decir, federal, estatal y local) liderados por la Oficina Federal de Investigaciones.

Participación del sector privado

Muchas jurisdicciones que participaron en los talleres subrayaron la importancia de la colaboración con el sector privado, para brindar y obtener información relacionada con LA/FT. Algunas buenas prácticas incluyen:

- Establecer sociedades público-privadas para facilitar el intercambio de información y producir tipologías junto con el sector privado⁶.
- Compartir información sanitizada sobre casos reales y otros datos contextuales.
- Apoyar al sector privado en la identificación de casos de LA/FT proporcionando alertas, indicadores de riesgo y observaciones a reportes de operaciones sospechosas.
- Particularmente para el FT, involucrarse con una amplia variedad de entidades del sector privado más allá del sector financiero, como aerolíneas y empresas de alquiler de automóviles y tiendas minoristas.

Capacidad y experiencia

Muchos de los profesionales observaron la falta de capacidad y experiencia para investigar y procesar casos de LA/FT y decomisar activos en sus jurisdicciones. Las jurisdicciones hallaron beneficioso brindar capacitación especializada a investigadores y fiscales, con el enfoque puesto particularmente en desarrollar capacidades para recabar información y pruebas, técnicas de investigación financiera y presentar casos complejos a jueces o jurados. El desarrollo de las capacidades generalmente fue disparado como consecuencia de una evaluación de riesgo, o cuando los problemas de LA y FT fueron considerados una prioridad a nivel nacional.

Durante el taller se observó que muchas jurisdicciones con unas pocas investigaciones por FT y, generalmente, sin condenas por FT, enfrentan desafíos particulares para especializarse y desarrollar capacidades en el campo del FT. Esto puede ser problemático porque cuando se requieren los conocimientos especializados en FT, generalmente es con muy poco aviso. Las investigaciones conjuntas, si los hechos permiten asociarse con una AOP extranjera, podrían parcialmente aliviar este problema a través de la «tutoría de casos». Los talleres también destacaron la importancia de tener capacidad no solo para responder a los casos de FT, sino de buscar e identificar de manera proactiva actividad potencial de FT, especialmente en jurisdicciones donde hay un bajo riesgo de ataques terroristas.

⁶ Se observó como un ejemplo útil el trabajo de tipologías conjunto completado por las autoridades de los Países Bajos con el sector privado.

Lavado de activos

investigación, procesamiento y condenas



Resultados de las evaluaciones mutuas de GAFI/OREG

Resultado Inmediato 7

El Resultado Inmediato 7 de la Metodología del GAFI mide en qué medida se investigan, procesan y se someten a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas los delitos y las actividades de LA. En concordancia con la Metodología del GAFI, la efectividad de las jurisdicciones se determina mediante la consideración de cinco cuestiones fundamentales⁷:

- Cuán bien y en qué circunstancias se identifican e investigan los casos potenciales de LA;
- Si los tipos de actividad de LA investigados y judicializados son coherentes con las amenazas y el perfil de riesgos del país y las políticas ALA/CFT nacionales;
- Si se procesan diferentes tipos de casos de LA (por ej. delitos determinantes extranjeros, lavado de terceros, delito autónomo) y si se condena a los culpables;
- Si las sanciones aplicadas contra personas físicas o jurídicas condenadas por delitos de LA son efectivas, proporcionadas y disuasivas;
- Si los países aplican otro tipo de justicia penal en casos donde se condujo una investigación por LA pero donde no fue posible, por razones justificables, garantizar una condena por LA.

De las 50 evaluaciones de países finalizadas en la ronda actual de evaluaciones mutuas, solamente 7 países alcanzaron un nivel sustancial de efectividad, mientras que ninguno pudo demostrar un nivel alto de efectividad.

Esta sección pretende brindar un análisis específico con respecto a la implementación de una respuesta efectiva del sistema penal a los delitos de lavado de activos. Se basa en los hallazgos de los debates desarrollados durante los talleres y sobre las revisiones horizontales y de la literatura realizadas por la Secretaría del GAFI con el apoyo de TREIN de GAFI. También aborda los fundamentos legislativos y de otros elementos clave de la efectividad, tal como el uso adecuado de las investigaciones financieras paralelas, la producción y el uso de las pruebas, y las facultades y técnicas de investigación específicas que podrían ser útiles para obtener resultados exitosos en esta área.

⁷ El texto completo de las cuestiones fundamentales se encuentra en la Metodología del GAFI, como así también ejemplos de información y de factores específicos que puede usar un país para demostrar la efectividad. Véase

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>

Tabla 1. Resultados de efectividad bajo el Resultado Inmediato 7

	Número	Alto		Sustancial		Moderado		Bajo	
		Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Evaluaciones del GAFI	17	0	0%	6	35%	9	53%	2	12%
Evaluaciones de OREG	33	0	0%	1	3%	11	33%	21	64%
Todas las evaluaciones	50	0	0%	7	14%	20	40%	23	40%

Figura 1. Comparación entre países miembros del GAFI y de OREG en relación con la efectividad del Resultado Inmediato 7



*Nota de la Tabla 1: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 15 de mayo de 2018
Fuente: Informes de evaluación publicados y calificaciones de evaluación consolidadas, disponibles en www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html*

Si bien los países del GAFI obtuvieron mejores resultados en la implementación efectiva, los resultados generales demuestran los desafíos significativos que enfrentan los países. Además, en los casos de jurisdicciones que obtuvieron condenas, las sanciones generalmente no fueron consideradas efectivas, proporcionadas o disuasivas. Esta es otra indicación de los desafíos que enfrentan los países al investigar y procesar los delitos de LA.

En general, estos resultados muy modestos a lo largo de toda la Red Global demuestran los desafíos significativos que han experimentado los países alrededor de la red global para combatir de manera efectiva la actividad del LA a través de la investigación y el procesamiento. Estos resultados sugieren que los países podrían mejorar la manera de investigar y procesar los delitos de LA. Los resultados también pueden significar una variedad de otras realidades y circunstancias de los países, tal como falta de datos y estadísticas, una prioridad insuficiente asignada al LA, recursos inadecuados o una institución débil, corrupción que impacta en el sistema de justicia penal, o incluso una preparación o presentación deficientes en relación con el proceso de evaluación mutua.

Cumplimiento Técnico

Desde el punto de vista del cumplimiento técnico, las evaluaciones de las Recomendaciones 3, 30 y 31 demuestran que los países generalmente habían establecido los marcos legales e institucionales necesarios para investigar y procesar el LA en su sistema nacional.

46. La Recomendación 3 exige a los países tipificar el lavado de activos sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

Sicotrópicas, 1988 (Convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000 (Convención de Palermo). También establece que los países deberían aplicar el delito de LA a todos los delitos graves, con vistas a incluir el rango más amplio posible de delitos determinantes.

47. El nivel de cumplimiento con la Recomendación 3 a lo largo de la Red Global es sustancial.

Figura 2. Cumplimiento Técnico con Rec.3 (delito de lavado de activos)

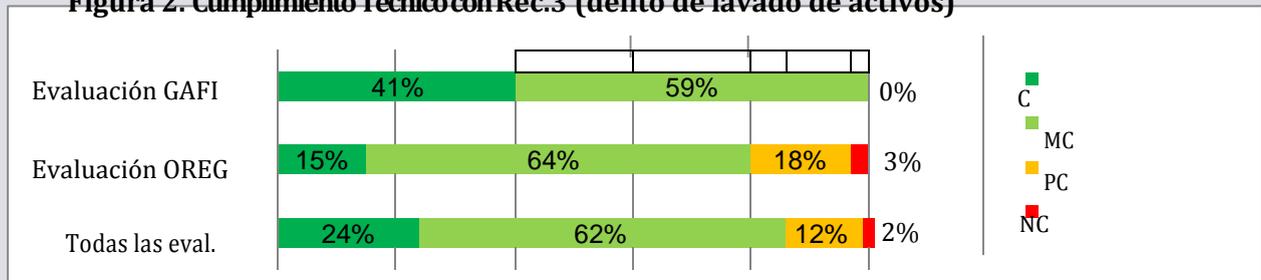


Figura 3. Cumplimiento Técnico con la Rec. 30 (responsabilidades de autoridades investigativas y de orden público)

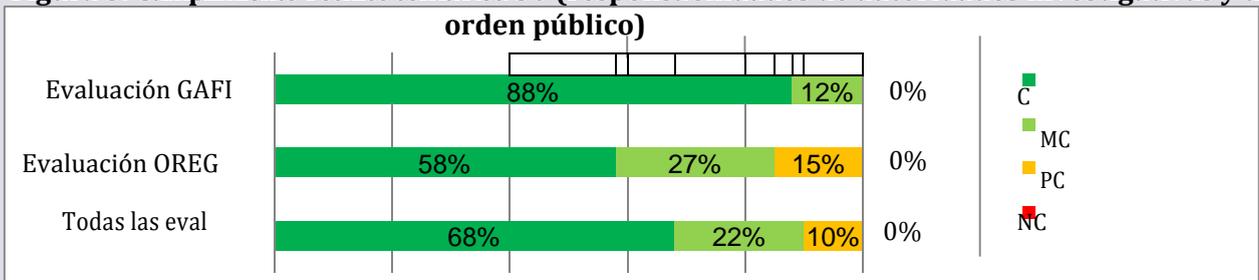
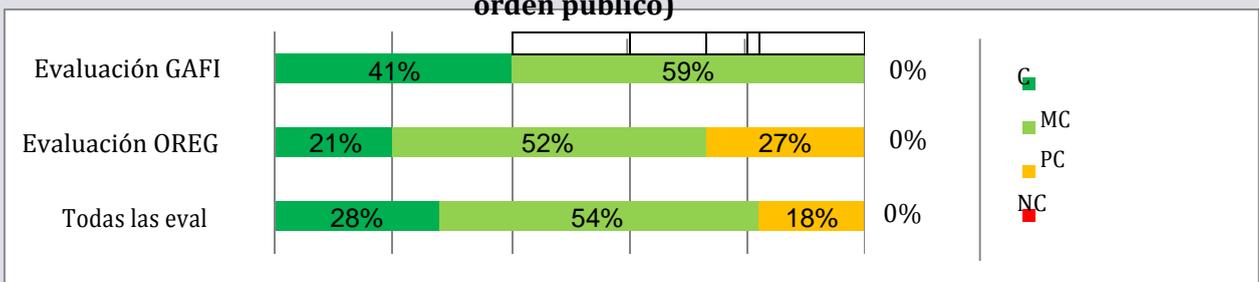


Figura 4. Cumplimiento Técnico con la Rec. 31 (facultades de autoridades investigativas y de orden público)



Nota: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 15 de mayo de 2018

Fuente: www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html.

El nivel de cumplimiento con la Recomendación 3 a lo largo de la Red Global es sustancial. Alrededor de 86% de los países evaluados no tiene deficiencias o tiene deficiencias menores. Esto demuestra que hay una buena implementación técnica de este estándar.

La Recomendación 30 establece las responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas, requiriendo a los países garantizar que las autoridades de orden público designadas sean responsables de las investigaciones de LA y FT dentro del marco nacional de las políticas ALA/CFT.

El nivel de cumplimiento con la Recomendación 30 a lo largo de la Red Global es muy positivo. Alrededor de 90% de las evaluaciones reveló que los países no tienen deficiencias o tienen deficiencias menores. Esto demuestra que la mayoría de los países ha designado claramente a las autoridades responsables de investigar los delitos de LA/FT.

Finalmente, la Recomendación 31 establece la base de las facultades que deben tener las autoridades de orden público e investigativas para poder llevar adelante sus misiones. Esto incluye la posibilidad de: acceder a todos los documentos e información necesarios durante una investigación; requerir la exhibición de registros mantenidos por las instituciones financieras, APNFD, y otras personas físicas o jurídicas; realizar cateos de personas y lugares; tomar declaración a testigos y embargar y obtener evidencias. También establece que las autoridades competentes deben poder usar una amplia gama de técnicas de investigación, incluyendo técnicas especiales que sean aptas para la investigación del LA, delitos determinantes asociados y el FT.

El nivel de cumplimiento con la Recomendación 31 a lo largo de la Red Global es mayormente bueno. Alrededor de 82% de las evaluaciones reveló que los países no tienen deficiencias o tienen deficiencias menores. Esto demuestra que, generalmente, la mayoría de los países tiene las facultades y herramientas de investigación necesarias para perseguir los delitos de LA/FT.



Base legislativa

Para investigar y procesar en forma efectiva el lavado de activos, los países deben comenzar por tipificar el delito en forma adecuada. La Recomendación 3 del GAFI (R.3) establece los elementos específicos necesarios para cumplir con la obligación de tipificar el lavado de activos en base a las convenciones de Viena y Palermo. Además, la R.3 contiene otros elementos que van más allá de las diferentes obligaciones de las convenciones internacionales

- Los expertos de varias jurisdicciones señalaron los desafíos que enfrentan al utilizar sus delitos de LA nacionales.
- Algunos participantes informaron que su legislación nacional aún contiene el requerimiento de demostrar el delito determinante más allá de toda duda razonable para poder condenar por LA.
- Otros participantes de países sin un abordaje de «todos los delitos» a los delitos determinantes expresaron el deseo de una legislación más simple que defina claramente los delitos que pueden ser la base de los cargos por lavado de activos.
- Además, los participantes señalaron que podría ser problemático cuando la legislación no define adecuadamente la medida del conocimiento subjetivo suficiente para demostrar el delito, considerando que un estándar probatorio confuso puede causar dificultades en relación con el principio de presunción de la inocencia y cómo el acusado puede usarlo para su provecho.
- Finalmente, se mencionó que, en varios países, la tipificación del auto-lavado no es posible debido a cuestiones constitucionales y que eso limita la capacidad de investigar y procesar estos tipos de casos. Debe observarse, sin embargo, que en todas las evaluaciones del GAFI en las que las jurisdicciones argumentaron que tipificar el auto-lavado va en contra de los principios fundamentales de derecho interno, esto fue rechazado por el Plenario.

Es práctica común en muchas jurisdicciones focalizarse en la persecución del delito determinante e ignorar o restarle prioridad a la persecución del LA relacionado. Supuestamente, esto se hace por varios motivos: los umbrales probatorios bajo otra legislación pueden ser más fáciles de alcanzar, o los fiscales pueden estar más familiarizados con el procesamiento de los delitos determinantes y no haber sido bien capacitados en relación con el beneficio o la importancia de perseguir los cargos por LA. En algunos casos, podría ser más fácil condenar por el delito determinante, dado que el fiscal ya acumuló pruebas suficientes para proceder con los cargos del delito determinante pero no desarrolló cabalmente las pruebas financieras necesarias para presentar cargos por LA. Muchas justificaciones para perseguir los delitos determinantes y excluir el LA estaban relacionadas con la conveniencia. Procesar el LA además de un delito determinante generalmente requiere recursos y tiempo. En algunos países, las leyes no incentivaron los cargos por LA de manera adecuada porque la sentencia sería esencialmente la misma si el acusado fuera procesado únicamente por el delito determinante.

Si bien hay diferencias en las tradiciones legales y en la manera en que se redacta la legislación en las jurisdicciones, se pudieron identificar algunas buenas prácticas relacionadas con la tipificación del LA:

- Durante los talleres, se recomendó expandir el alcance de los delitos determinantes a la lista más amplia de delitos graves o adoptar un abordaje que incluya todos los delitos, que podría brindar claridad y más flexibilidad a los fiscales, especialmente cuando se combina con un sistema que también incorpora el principio de oportunidad. Debe observarse que la Recomendación 3 requiere la cobertura de todos los delitos graves como delitos determinantes, incluyendo, como mínimo, aquellos enumerados en el Glosario de las Recomendaciones del GAFI (es decir, una variedad de delitos dentro de 21 categorías diferentes).
- También se mencionó como buena práctica elaborar la definición de conocimiento subjetivo, ya sea en la ley que establece el delito de LA o a través de jurisprudencia.

Los profesionales sintieron que era mejor trabajar con un umbral más bajo sobre el elemento mens rea, de manera que solo necesiten demostrar que el acusado tenía un conocimiento o sospecha del posible origen ilícito de los fondos. La capacidad de demostrar «ceguera intencional», o que el acusado debió haber sabido que los fondos o activos tenían un origen ilícito también se consideró útil.

- Varios profesionales acordaron que era útil establecer, a través de legislación o de jurisprudencia, que el delito determinante no necesita ser demostrado para condenar por LA, como lo establecen las Recomendaciones del GAFI. Algunos profesionales observaron que sus leyes nacionales eliminaron de raíz la obligación de demostrar que el dinero lavado proviene de un acto delictivo
- Algunos participantes mencionaron que es suficiente que el fiscal demuestre que el acusado tiene patrimonio injustificado, que luego coloca la carga de la prueba sobre el acusado, quien deberá brindar una explicación objetivamente razonable sobre por qué tiene o manipuló los fondos bajo investigación. Esto fue presentado por la delegación holandesa como el abordaje que adoptan en casos de LA, llamado por ellos el «abordaje en 6 etapas»⁸. Esto significa que, a partir de un patrimonio injustificado o inconsistencia tributaria, los investigadores pueden comenzar una investigación por LA, incluso cuando no tengan pruebas de un delito determinante específico. Después de una demostración inicial del estado, el sistema holandés reserva la carga de la prueba al acusado, requiriéndole una explicación acerca del origen ilícito de los fondos. Otras delegaciones observaron que, si bien los fiscales deben demostrar que los productos derivaron de algún delito penal, no

necesitan demostrar qué acto específico los generó o, en otras palabras, un delito cometido un cierto día, por cierta persona.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ en una decisión reciente halló que revertir la carga de la prueba después de una demostración prima facie está en línea con el derecho convencional. El Tribunal acordó que la práctica respeta los principios de inocencia y juicio justo, en tanto el acusado tiene la posibilidad de defenderse contra los cargos por LA.

Una buena práctica que demostró ser de utilidad en algunas jurisdicciones es el acuerdo de culpabilidad, o el proceso de resolver un caso penal con un acusado a cambio de que se declare culpable de algún delito, además de brindar cooperación. Generalmente, esto puede resultar en que el acusado admita la culpa de un delito menos grave o de menos delitos que aquellos alegados en la acusación. Así, el acusado puede recibir una sentencia menor a la que hubiese podido acceder.

El «acuerdo» beneficia al acusado porque, si hubiese ido a juicio, hubiera sido hallado culpable de todos los cargos en su contra (particularmente en un país con una tasa alta de condenas) y/o hubiera enfrentado una sentencia mucho más estricta. El gobierno se beneficia en términos económicos por no llevar a cabo un juicio completo y, lo que es más importante, podría obtener cooperación valiosa del acusado, que puede brindar pruebas o testimonios que pueden usarse contra otros objetivos de mayor nivel en la organización delictiva o conspiración.

Otra facultad legal similar es el acuerdo de procesamiento diferido, un acuerdo alcanzado entre el fiscal y una organización que podría ser procesada, permitiendo suspender dicho procesamiento por un período definido siempre y cuando la organización cumpla ciertas condiciones especificadas. Ambas facultades legales deben estar sujetas a control y supervisión judicial.

⁸ Las 6 etapas son: 1) no hay prueba directa de un delito determinante específico; 2) sospecha de LA; 3) obtención de la declaración del sospechoso; 4) atenerse a los requerimientos para la declaración de un sospechoso; 5) investigación por parte del Servicio de Fiscalía Pública; 6) extracción de una conclusión. Para una descripción más detallada, consulte la presentación

holandesa realizada sobre este tema en el taller del GAFI/OSCE/MONEYVAL en el sitio seguro del RTMG.

⁹ Zschüschen contra Bélgica (solicitud N° 23572/07)

Sin embargo, también se mencionó que la práctica del acuerdo de culpabilidad o el acuerdo de procesamiento diferido serían un desafío o imposibles en aquellos sistemas penales que se basan en el principio de legalidad y no le otorgan al fiscal la facultad de negociar.

Además, también se mencionó que el principio de oportunidad es una herramienta muy importante considerando la importancia principal de elegir para investigar y procesar los mejores casos o con más impacto y no tener que procesar todos los delitos, que puede requerir muchos recursos. La discreción fiscal fue ampliamente considerada como una buena característica a la luz del riesgo de establecer malos precedentes judiciales o de procesar aquellos que no son verdaderamente dignos de castigo.



Carga de la prueba y estándar probatorio

La cuestión de la carga de la prueba fue debatida durante los talleres como un área de desafío potencial para el procesamiento del delito de LA. Mientras que el derecho de varios países permite revertir o virar la carga de la prueba, las legislaciones o constituciones de otros países contienen el principio o presunción de inocencia. Esto significa que la fiscalía tiene la responsabilidad de demostrar que el acusado cometió el delito más allá de toda duda razonable. En el contexto del LA, también significa que debe demostrarse el elemento del «producto del delito»: se debe demostrar que los fondos involucrados derivan de una fuente ilícita. Los países que permiten un giro o una carga de prueba dinámica expresaron que esto demostró ser de mucha utilidad.

Prueba

Uno de los desafíos más grandes en los casos de LA es la recopilación de pruebas que vinculen los activos a las actividades o demostrar que los activos/fondos que fueron lavados derivaban de un delito (ya sea cometido por el acusado o por un tercero). No es raro que se requiera demostrar este elemento en un juicio, y, además, comúnmente, es el elemento que requiere de la mayor investigación.

Para establecer este vínculo, los profesionales deben identificar y rastrear los activos o «seguir el dinero» hasta poder determinar la conexión entre el delito determinante y los activos. Establecer este nexo entre una operación financiera y el delito determinante puede ser esencial para ciertas medidas investigativas en algunos países (por ejemplo, órdenes de exhibición, órdenes de allanamiento, órdenes de escuchas telefónicas y órdenes de vigilancia). Otros sistemas legales pueden requerir una menor demostración (por ej., causa probable o relevancia), pero los investigadores y/o fiscales en muchos países deben solicitar autorización judicial cuando obtienen pruebas a través de métodos más invasivos.

Además, las autoridades competentes expresaron que pueden tener dificultades para demostrar que el acusado

sabía que estaba manipulando productos ilícitos o que pretendía ocultar o disimularlos, dependiendo de los requerimientos nacionales.

Durante los talleres, los participantes acordaron que, en concordancia con los Estándares del GAFI, es imperativo poder usar las pruebas circunstanciales, especialmente con respecto al conocimiento o la intención del acusado y la demostración de que el dinero lavado, de hecho, era dinero sucio. Además, se observó como buena práctica tener una legislación que admita la prueba de fundamentos razonables para demostrar que los productos tienen un origen delictivo.

Las investigaciones por LA generalmente están impulsadas o basadas en inteligencia financiera provista por la UIF. Los asistentes a los talleres debatieron cómo los fiscales podrían verse tentados a usar esa información directamente en el proceso, en vez de obtener las pruebas subyacentes sobre las cuales se basó el informe de inteligencia. Esta tentación podría ser especialmente fuerte cuando el caso tiene elementos transfronterizos (por ej., en situaciones donde la información se intercambia a través de los canales del Grupo Egmont). En este sentido, se observó como buena práctica capacitar a los profesionales acerca de las características del sistema de intercambio de información, las facultades y las capacidades de las UIF y las pautas y limitaciones sobre el uso de la información obtenida a través del Grupo Egmont.¹⁰ Además, una conexión cercana entre los investigadores y la UIF puede ayudar a tener una comprensión clara de las posibilidades y de los límites de la inteligencia financiera que puede brindar la UIF.

Se mencionó que la inteligencia financiera es una excelente fuente de información básica, pero en muchos países, no debe usarse como prueba. En algunos países, la UIF puede participar como parte de un procesamiento, y en casos excepcionales, el acusado puede tener acceso a la información financiera si contiene pruebas que puedan exculparlo.

¹⁰ Véase: <https://www.egmontgroup.org/en/document-library>

t

t

t

f

l



Facultades y técnicas

La Recomendación 31 brinda un marco para las facultades que deberían tener las autoridades de orden público e investigativas. Los expertos subrayaron la importancia de que las autoridades competentes que conducen investigaciones de LA, delitos determinantes asociados o FT puedan acceder a todos los documentos y a toda la información necesaria para ser utilizados en aquellas investigaciones y procesamientos. Esto debería incluir medidas obligatorias disponibles para: obtener registros de las instituciones financieras, APNFD y otras personas físicas o jurídicas; realizar cateos a personas o instalaciones; tomar declaración a testigos, y embargar y obtener pruebas.

Los Estándares del GAFI requieren además que las jurisdicciones puedan usar una amplia variedad de otras técnicas de investigación, algunas de las cuales implican un conocimiento más especializado, como las operaciones encubiertas, interceptar comunicaciones, acceder a sistemas informáticos y realizar entregas vigiladas. Los participantes de ciertas regiones declararon que el uso de técnicas investigativas especiales era más o menos común, pero su uso, generalmente, parecía estar en aumento. Se mencionaron algunos desafíos con respecto a la falta de capacidad de realizar investigaciones forenses (por ej., de discos duros de computadoras), acceder a pruebas mantenidas por los proveedores de servicios extranjeros, o herramientas técnicas limitadas para interceptar comunicaciones. Algunos profesionales mencionaron experiencias exitosas en la coordinación de entregas vigiladas con socios internacionales.

En los debates de los talleres emergieron otras herramientas y técnicas consideradas efectivas para combatir el LA, tales como: la capacidad de realizar vigilancia electrónica o rastreo de ubicación, geolocalización telefónica y análisis de tendencias en las comunicaciones, y tener la capacidad de realizar grabaciones de audio o de vídeo en espacios públicos. También se mencionaron varias herramientas relacionadas con nuevas tecnologías, tal como el control del uso de Internet y la obtención de información forense de la red profunda (por ej., tecnologías de análisis de cadenas de bloques).

Finalmente, se señaló que poder tener acceso e interceptar comunicaciones en redes sociales y monitorear otras conversaciones y salones de chat en la web podría brindar potencialmente aportes importantes a las investigaciones. Los participantes consideraron que los canales de comunicación encriptados son problemáticos.

Se observó durante los talleres que los investigadores deberían garantizar que las herramientas y técnicas no sean un sustituto de la realización del análisis financiero, que generalmente puede pensarse como difícil de realizar, pero que puede ser asistido por la tecnología, tal como los sistemas de escaneo de registros bancarios automatizados o el software de vínculos inteligente.

Se mencionó que algunas técnicas requieren muchos recursos y, en ese sentido, que es importante utilizarlas con un propósito definido, sabiendo exactamente qué pruebas se pueden producir y cómo esas pruebas pueden servir a demostrar el caso. Finalmente, se destacó la importancia de la buena coordinación entre las autoridades de orden público y los fiscales para evitar posibles estrategias de defensa, la obtención o retención ilegal de pruebas y la recopilación de información que pertenece a no sospechosos.

Finalmente, como se observó en la guía de investigaciones financieras del GAFI de 2012, la colaboración continua y el intercambio de información entre las autoridades de orden público y la UIF deberían representar un papel importante en las investigaciones. Esto puede resultar en que la UIF brinde inteligencia financiera adicional al equipo de investigación, contribuyendo a armar un panorama más completo del *modus operandi* financiero de un grupo de delincuencia organizada. Al hacerlo, debe prestarse atención a asegurar que cualquier acción de la UIF no ponga en peligro indebido o dificulte una investigación penal.



Financiamiento del Terrorismo:

Investigaciones, procesamientos y condenas





Investigar y procesar los delitos de financiamiento del terrorismo (FT) presenta un conjunto de desafíos concreto para las jurisdicciones. Los casos de FT generalmente involucran inteligencia clasificada, pueden abarcar múltiples jurisdicciones y requerir respuestas rápidas de las autoridades de investigación y del ministerio público. Las autoridades también pueden necesitar hallar un equilibrio entre recabar pruebas suficientes para obtener condenas por FT y desbaratar la actividad para prevenir que ocurra un acto terrorista. Como tema inicial, los participantes de los talleres observaron que las investigaciones de FT se pueden iniciar de diferentes maneras y que las investigaciones por FT no son simplemente previas o posteriores a un acto terrorista ni requieren un vínculo a un ataque.

Las redes de donantes operan constantemente y cambian los métodos; los estados patrocinan y financian organizaciones terroristas; las organizaciones terroristas generan ingresos del territorio que controlan; y las personas pueden ser estimuladas a brindar material, recursos u otro tipo de apoyo, incluyendo a sí mismas.

Esta sección se alimenta de las experiencias de los miembros del GAFI y de los OREG en la realización de investigaciones y procesamientos de FT. Identifica los desafíos comunes como así también las buenas prácticas de las jurisdicciones que han abordado los casos de FT con éxito.

Resultados de las Evaluaciones Mutuas del GAFI/OREG – RI.9

Resultado Inmediato 9

El Resultado Inmediato 9 de la Metodología del GAFI mide en qué medida se investigan, procesan y se someten a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas los delitos y las actividades de FT y las personas que financian el terrorismo. En concordancia con la Metodología del GAFI, la efectividad de las jurisdicciones se determina mediante la consideración de cinco cuestiones fundamentales¹¹:

La medida en que los diferentes tipos de actividades de FT son procesados y los delincuentes condenados, y si esto coincide con el perfil de riesgo del país.

Cuán bien se identifican e investigan los casos de FT.

La integración de la investigación de FT con las estrategias nacionales contra el terrorismo y las investigaciones.

La efectividad de las sanciones o medidas aplicadas contra personas físicas o jurídicas condenadas por delitos de FT.

Si existen otras medidas de la justicia penal, regulatorias o de otra índole, para desbaratar las actividades de FT cuando no es posible garantizar una condena por FT.

La revisión de los IEM subrayó la correlación casi directa entre la comprensión de la jurisdicción del riesgo de FT y su nivel de efectividad bajo el RI.9. Esto demuestra la importancia de comprender los riesgos de FT: por ejemplo, si el país experimenta actividades tal como recaudación, transferencia o uso de fondos con fines terroristas.

Tabla 2. Resultados de efectividad bajo el Resultado Inmediato 9

	N°	Alto		Sustancial		Moderado		Bajo	
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Evaluaciones GAFI	17	1	6%	11	65%	4	23%	1	6%
Evaluaciones OREG	33	0	0%	7	21%	14	43%	12	36%
Todas las evaluaciones	50	1	2%	18	36%	18	40%	13	26%

Nota: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 15 de mayo de 2018

Fuente: Informes de evaluación publicados y calificaciones de evaluación consolidadas, disponibles en www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html

¹¹ El texto completo de las cuestiones fundamentales se encuentra en la Metodología del GAFI (<http://www.fatf-gafi.org>)

Datos relevantes de las evaluaciones mutuas

La mayoría de las jurisdicciones analizadas no había procesado delitos de FT ni obtenido condenas por FT al momento de sus evaluaciones mutuas. Solamente 14 (29%) de las jurisdicciones analizadas había procesado delitos de FT y solamente 10 (20%) había obtenido condenas. Para la vasta mayoría de países que informó cargos o condenas por FT, las cantidades son cifras simples y las sanciones generalmente no se consideraron efectivas, proporcionadas o disuasivas.

En cierta medida, estos números subrayan los desafíos que enfrentan los países al investigar y procesar los delitos de FT. Sin embargo, no necesariamente reflejan cabalmente la tasa de procesamientos y condenas por FT porque

- Muchas jurisdicciones habían procesado la conducta de FT usando delitos alternativos además o en vez de los cargos por FT. Estos incluyeron asociación con una organización terrorista o asistir o inducir la comisión de un acto terrorista.
- En algunos casos, los cargos por FT formaron parte de un caso de terrorismo más amplio, pero estos casos no contribuyeron al número total de procesamientos por FT en el país.
- En algunos casos, los números bajos fueron simplemente una indicación del perfil de riesgo más bajo de FT de ciertas jurisdicciones.

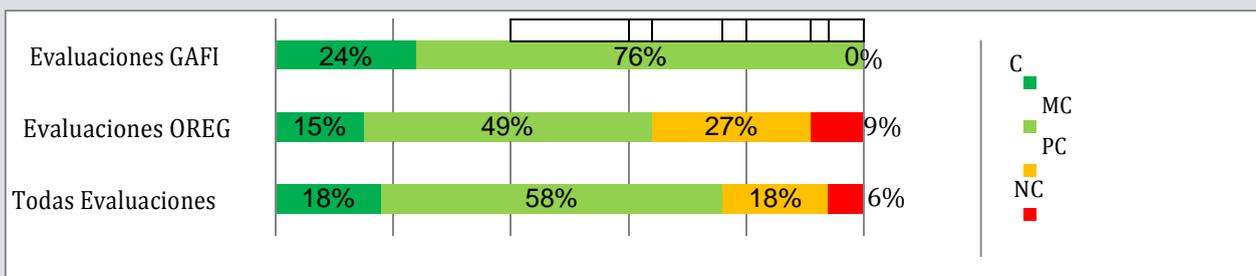
Cumplimiento Técnico

Un aspecto fundacional de la investigación y el procesamiento efectivos de la actividad de FT es la tipificación del FT como un delito independiente.

La Recomendación 5 del GAFI (R.5) brinda medidas para ayudar a los países a cumplir los requerimientos legales del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo (1999) (Convenio contra el Financiamiento del Terrorismo), y, de hecho, contiene elementos que van deliberadamente más allá de las obligaciones legales existentes.

El nivel de cumplimiento con la R.5 fue razonablemente alto entre las jurisdicciones evaluadas, particularmente después de la revisión global del GAFI del cumplimiento con las Recomendaciones 5 y 6 (relacionadas con las sanciones financieras dirigidas) después de los ataques terroristas en París en noviembre de 2015. A nivel global, 76% de las jurisdicciones evaluadas cumplía o cumplía mayoritariamente con la R.5, incluyendo a todos los miembros del GAFI y a 64% de los miembros de los OREG. Las deficiencias comunes incluyeron la falta de tipificación del financiamiento de un terrorista individual sin un vínculo a un acto terrorista y el bajo nivel de sanciones disponibles. Otras deficiencias varían entre excepciones a la definición de terrorismo o una lista de actos terroristas que es demasiado acotada y que, a su vez, acota el alcance del delito del FT. La siguiente tabla muestra las calificaciones de cumplimiento técnico de la R.5 de los 50 IEM realizados a la fecha.

Figure 5. Cumplimiento Técnico Recomendación 5 (Delito de FT)



Nota: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 15 de mayo de 2018

Fuente: <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.htm>

Base legislativa para investigar y procesar el FT

La tipificación integral del FT está directamente relacionada con la capacidad del país de investigar y procesar el FT en forma efectiva. Por ejemplo, la falta de tipificación del financiamiento de un terrorista individual sin un vínculo a un acto terrorista puede impedir que una jurisdicción procese el financiamiento del viaje de un combatiente terrorista extranjero.

El GAFI se concentró en mejorar el nivel global de la tipificación del FT en los últimos años. Por ejemplo, en 2015, el GAFI lanzó una iniciativa de investigación para determinar si las 194 jurisdicciones alrededor del mundo habían implementado medidas para interrumpir los flujos financieros relacionados con el terrorismo, incluyendo la adecuada tipificación del FT¹². Los resultados de la iniciativa impulsaron al GAFI a diseñar un proceso de seguimiento para garantizar que los países realizaran los cambios necesarios. En 2016, el GAFI también publicó la Guía sobre la tipificación del financiamiento del terrorismo, una guía que apunta a ayudar a los países en la implementación de los requerimientos de la R.5.¹³

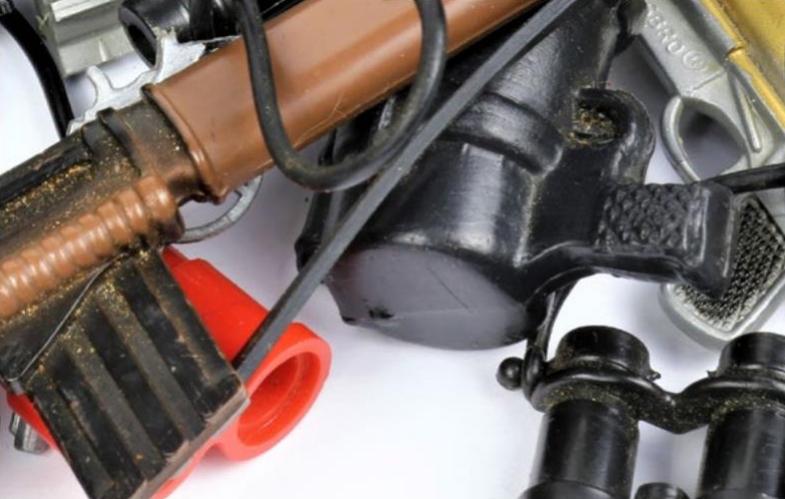
En los diferentes talleres, los profesionales observaron que los desafíos clave estaban relacionados con la tipificación del FT y del auto-financiamiento y las dificultades para definir términos como «terrorismo», «terrorista» u «organización terrorista» en la legislación. En muchas jurisdicciones, los delitos de FT también son relativamente nuevos en comparación con los delitos de lavado de activos, algunos de los cuales han estado establecidos en la ley desde hace décadas. Las buenas prácticas debatidas e identificadas en los talleres incluyeron:

- Redactar el delito de manera que sea lo más amplio posible: por ejemplo, estructurar el delito para que no haga falta demostrar la intención del sospechoso de financiar actos terroristas específicos¹⁴.
- Participar a los fiscales en la redacción del delito para garantizar que las disposiciones sean viables en la práctica

¹² El informe del GAFI a los líderes del G20 con los resultados de la revisión está disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Terrorist-financing-actions-taken-by-FATF.pdf>

¹³ <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-Criminalising-Terrorist-Financing.pdf>

¹⁴ Por ejemplo, el IEM de Estados Unidos observa que el delito de brindar apoyo material o recursos en forma deliberada a una Organización Terrorista Extranjera es el delito de FT que se imputa con más frecuencia. Los fiscales especializados confirmaron que esto sucede porque este delito permite el procesamiento y la condena efectivos del FT sin necesitar demostrar una intención específica en nombre del acusado para financiar actividades/actos terroristas.



Elementos clave de efectividad

Investigaciones financieras paralelas

En términos prácticos, las investigaciones contra el terrorismo y el FT generalmente están vinculadas (sin embargo, es importante observar que no necesitan estarlo). Para garantizar que todos los actores relevantes en la red sean descubiertos, es importante realizar investigaciones financieras paralelas sistemáticas en cada caso relacionado con el terrorismo. La investigación puede ser una investigación de FT independiente, o cuando corresponda, formar parte de una investigación de terrorismo más amplia.

Muchas jurisdicciones enfrentan desafíos con la capacidad de investigación y la capacidad de realizar investigaciones financieras paralelas. Los expertos en los talleres informaron que generalmente, las investigaciones financieras no se realizan si la actividad terrorista subyacente parece estar principalmente auto-financiada o si las sumas involucradas son muy pequeñas.

El taller identificó buenas prácticas, que incluyen garantizar que se pueda iniciar una investigación por FT sin un caso de terrorismo subyacente, y que la investigación de FT pueda continuar incluso cuando la investigación de terrorismo vinculada ya haya concluido. Otra práctica útil es emitir manuales y procedimientos para identificar e investigar el FT.

Además, la Guía sobre la tipificación del financiamiento del terrorismo del GAFI tiene una sección específica sobre investigaciones de financiamiento del terrorismo, brindando más información sobre las buenas prácticas. Por ejemplo, observa que las investigaciones financieras deberían ser consideradas no solamente desde una perspectiva orientada al procesamiento, sino también desde el punto de vista de la inteligencia.

Prueba

Muchos de los desafíos en los casos de FT se relacionan con la disponibilidad y la admisibilidad de las pruebas. Algunos desafíos particulares se relacionaron con demostrar que los elementos del delito del FT incluyen:

Demostrar *mens rea*, es decir, que el acusado tuvo intención o sabía que los fondos iban a ser usados por un terrorista, un grupo terrorista o para realizar un acto terrorista, especialmente cuando la defensa afirma que los fondos estaban destinados a gastos personales, como alquiler o fines caritativos.

Demostrar que el beneficiario de los fondos o activos es un terrorista o una organización terrorista, especialmente cuando no fueron designados como tales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o las autoridades nacionales, o antes de que se planee o cometa un ataque terrorista.

Demostrar el FT cuando los fondos se envían al extranjero o tal vez nunca se utilicen para financiar un ataque.

Casos de FT iniciados o basados en información de inteligencia clasificada. El acusado también puede conocer de la experiencia personal información clasificada y, por ende, constituir un riesgo de divulgación para las autoridades nacionales. Existen desafíos particulares relacionados con «convertir» inteligencia clasificada en pruebas admisibles:

La fiscalía puede tener que encontrar la manera de recrear o corroborar información que de otra manera se encontraría solamente en material clasificado.

El fiscal puede encontrarse en una posición donde tendría que revelar información secreta si pretendiera procesar, y, por lo tanto, podría negarse a presentar los cargos o desestimar el caso.

Las sentencias pueden ser más bajas si no se pueden tener en cuenta todos los elementos de la actividad de FT debido a la inadmisibilidad de las pruebas.

Además, puede ser necesario adoptar medidas onerosas para mantener la confidencialidad de los recursos y los métodos de recopilación de inteligencia.

Diferentes personas pueden tener acceso a diferentes niveles de inteligencia, tal como el servicio de inteligencia, la policía o los fiscales, lo cual puede complicar la cooperación entre los organismos.

Aunque recabar y utilizar pruebas es una de las áreas más difíciles en los procesamientos de FT, también hay algunas buenas prácticas en esta área:

Contar con legislación o procedimientos judiciales que aborden específicamente el uso o la introducción de material clasificado o inteligencia (por ej. las leyes o reglamentaciones pueden permitir que los jueces y/o los abogados defensores revisen la información, se pueden realizar redacciones, el estado puede «desclasificar» la información, etc.).

Involucrar al fiscal en una etapa temprana para determinar qué piezas de inteligencia pueden ser admitidas como prueba, o qué pasos deberían tomarse para que sean admitidas.

Dirigir la investigación de manera que la inteligencia confidencial sea complementada o suplantada por pruebas admisibles, como registros financieros o registros de comunicaciones obtenidos por autorización judicial.

- Dirigir la investigación de manera que la inteligencia confidencial sea complementada o suplantada por pruebas admisibles, como registros financieros o registros de comunicaciones obtenidos por autorización judicial.
- Desarrollar jurisprudencia para permitir el uso de pruebas circunstanciales e indirectas para demostrar el conocimiento y la intención.
- Usar las propias palabras y actividades del acusado, por ejemplo, en las redes sociales, para ayudar a demostrar la intención o a hallar testigos que puedan testificar en relación con el comportamiento del acusado o sus creencias y cambios en las mismas.
- Implementar las designaciones de terrorismo requeridas por la ONU y las designaciones relacionadas y establecer un sistema de designaciones nacionales para ayudar a demostrar que una persona es un terrorista o que una organización es una organización terrorista, o desarrollar jurisprudencia que le de peso a las designaciones extranjeras.¹⁵
- Utilizar el sistema de pruebas electrónicas 24/7 bajo el Artículo 35 de la Convención de Budapest para obtener y ofrecer asistencia inmediata en relación con la recopilación de pruebas electrónicas¹⁶
- Contar con un tribunal especial designado para abordar los casos de terrorismo y financiamiento del terrorismo que generalmente incluyen información clasificada.
- Usar facultades administrativas para congelar o embargar activos sobre la base de inteligencia confidencial que no podría usarse para apoyar el procesamiento

¹⁵ En particular, muchos participantes de los talleres observaron que seguían de cerca la Lista de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas de la Oficina para el Control de Activos Extranjeros de EE. UU. (OFAC).

¹⁶ El Artículo 35 de la Convención de Budapest sobre el Cibercrimen (Red 24/7) declara que cada Parte designará un punto de contacto disponible las veinticuatro horas, los siete días de la

semana, para garantizar la provisión de asistencia inmediata para los fines de investigaciones o procedimientos vinculados con delitos penales relacionados con sistemas y datos informáticos, o para la recopilación de pruebas en forma electrónica de un delito penal.

Facultades y técnicas

Técnicas de investigación especiales, tal como el uso de escuchas telefónicas, control del uso de Internet, interceptar comunicaciones en redes sociales o usar las fuentes humanas confidenciales (informantes) o agentes encubiertos, generalmente son fuentes importantes de prueba en los casos de FT. Es imperativo que las autoridades competentes tengan una amplia variedad de técnicas a su disposición.

En términos de informantes confidenciales, las jurisdicciones experimentaron desafíos al intentar proteger la identidad del informante. Además, generalmente es necesario cambiar las fuentes y encontrar nuevos informantes.

Las redes sociales generalmente pueden ser una fuente importante de prueba en los casos de FT. Sin embargo, puede haber desafíos para obtener pruebas de las plataformas de las redes sociales: interceptar comunicaciones puede requerir una autorización previa del tribunal o puede ser un desafío obtener contenido de redes sociales extranjeras. El contenido de redes sociales también puede no ser admisible como prueba. Algunas buenas prácticas relacionadas con el uso del contenido de las redes sociales como prueba incluyen:

- Las AOP podrían crear perfiles en las plataformas de las redes sociales, ingresar a grupos cerrados y comunicarse con sospechosos para producir pruebas directas (por ej., impresiones de pantalla).
- Utilizar al agente de orden público que participó en las comunicaciones con sospechosos como testigo.
- Comunicarse con las plataformas de las redes sociales y sus secciones de orden público directamente. La comunicación temprana, incluso antes de iniciar una investigación por FT, puede ser útil para descubrir qué tipo de información o prueba está disponible y cómo se puede obtener. Un ejemplo es usar órdenes de preservación para garantizar que el contenido de las redes sociales no se elimine automáticamente durante el curso de la investigación.



Abordaje preventivo versus represivo

Los casos de FT generalmente son urgentes y hay un equilibrio difícil entre permitir que la actividad de FT continúe para obtener más pruebas y desbaratar la actividad para prevenir un posible ataque terrorista. Muchas jurisdicciones optaron por desbaratar las actividades en forma temprana en vez de perseguir un procesamiento del FT. En general, esto se hace por seguridad pública, o cuando fue claro que las pruebas disponibles no podrían avalar un procesamiento del FT.

La necesidad de desbaratar las actividades de FT también se refleja en la Metodología del GAFI. Además de procesar los delitos de FT, el RI.9 tiene en cuenta el uso de las jurisdicciones de otras medidas de la justicia penal, regulatorias o de otra índole para desbaratar las actividades de FT cuando no es posible garantizar una condena por FT.

Debe observarse que desbaratar totalmente al terrorista o a la red que lo apoya puede ser un gran desafío. Esto es particularmente cierto en casos donde la identidad del destinatario es desconocida y los fondos fueron enviados a una zona de conflicto inestable. Las autoridades pueden tener la capacidad de interrumpir una parte de la red, pero los otros financiadores

poder continuar con su actividad y seguir transfiriendo fondos al mismo destinatario. Los métodos comunes para desbaratar la actividad¹⁷ de FT identificados en los talleres incluyen:

- Sanciones financieras dirigidas para congelar los fondos de terroristas y organizaciones terroristas designados, la carga de la prueba para designar generalmente es más baja que para procesar, aun así, el impacto de desbaratamiento deseado generalmente se puede alcanzar¹⁸.
- Embargo y decomiso de activos sin condena.
- Retiro de pasaportes, extradición y deportación; aunque dichas medidas deberían ser coordinadas o pareadas con la notificación por adelantado al país donde se envía al sospechoso.
- Adoptando una visión más amplia, los participantes del taller también subrayaron la importancia de los esfuerzos de desradicalización en las jurisdicciones para evitar la actividad de FT y prevenir la reincidencia.

¹⁷ A la fecha de este informe, el GAFI está llevando a cabo un proyecto sobre estrategias de desbaratamiento de FT que tiene el objetivo de producir un informe integral que cubra una amplia variedad de herramientas, tácticas y contra medidas para desbaratar la actividad financiera relacionada con terroristas individuales y grupos terroristas. El informe que no es de dominio público estará diseñado para asistir a las autoridades operativas en sus tareas

diarias para identificar de manera más efectiva y desbaratar los esquemas de FT ([FATF/RTMG\(2017\)39](#)).

¹⁸ Véase Mejores Prácticas Internacionales sobre Sanciones Financieras Dirigidas relacionadas con el Terrorismo y el Financiamiento del Terrorismo (Recomendación 6) del GAFI, 2013 que detalla la importancia de un régimen de congelamiento efectivo.

Investigar y procesar los delitos de terrorismo versus los delitos de FT

Es una práctica común en muchas jurisdicciones procesar delitos alternativos, como la asociación con una organización terrorista, lavado de activos o fraude en vez de procesar los delitos de FT. Las justificaciones comunes de esta práctica incluyen: los umbrales probatorios bajo otra legislación pueden ser más fáciles de cumplir o los fiscales pueden estar más familiarizados con otra legislación. En algunos casos, puede haber una necesidad urgente de desbaratar la actividad y el fiscal tiene pruebas suficientes para imputar otro delito en vez del FT.

Los debates durante los talleres subrayaron que el procesamiento de los casos de FT generalmente puede ser muy laborioso y prolongado y sumar a la carga de trabajo de los fiscales sin necesariamente aumentar la sentencia. En algunos casos, los procesamientos por FT no se persiguen porque el sospechoso ha auto-financiado sus actividades terroristas y, a cambio, se persigue un procesamiento por terrorismo. Aun así, procesar delitos no relacionados con el terrorismo puede conducir a sentencias más bajas porque estos otros delitos no reflejan totalmente la gravedad de los cargos relacionados con el terrorismo. Algunos expertos informaron que, de hecho, la inclusión de un cargo por FT como parte de un procesamiento más grande podría ser el único cargo de condena si no se demuestra la participación directa del acusado en los actos terroristas.

Sin embargo, a pesar de los desafíos, es importante perseguir procesamientos por FT, especialmente cuando hay sospechas de actividad de FT, por ejemplo, en base a un reporte de operación sospechosa o información brindada por otro país. Investigar y eventualmente procesar los delitos de FT puede conducir a descubrir y desbaratar una red más amplia que financia a la misma organización terrorista. También puede descubrir actividad ilegal que genera fondos usados para el FT o el lavado de activos derivado del FT. Finalmente, aunque el FT puede ocurrir en el sistema financiero formal y a través de canales informales, y puede conseguirse en montos comparativamente pequeños, el impacto final del financiamiento puede ser enormemente perjudicial. Mientras que la voluntad política de procesar personas que cometen actos de terrorismo es fuerte, aquellos que facilitan y apoyan el terrorismo financieramente son tan importantes en el ecosistema terrorista como aquellos que llevan a cabo los actos atroces.

Judicializar el FT también fue reconocido por su valor disuasorio, ya que los sistemas financieros nacionales pueden ser puntos de origen o tránsito vulnerables para el FT, incluso si el terrorismo no ocurre dentro de fronteras de países particulares.

Decomiso:

congelar, embargar y recuperar activos



Rastrear, congelar y decomisar los productos e instrumentos del delito es fundamental para la efectividad de las medidas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Los delitos graves generan una vasta cantidad de ganancias todos los años. Algunas de las razones principales por las que los delincuentes lavan sus ganancias son evitar que las autoridades competentes detecten su conducta ilegal, evitar que los priven de sus ganancias mal habidas y usar esas ganancias mal habidas para promover la actividad ilegal continua. El decomiso estrangula los presupuestos operativos de las organizaciones delictivas, garantiza que el delito no pague y recupera el valor que se puede usar para compensar a las víctimas del delito.

Esta sección se alimenta de las experiencias de los miembros del GAFI y de los OREG en la identificación y rastreo, embargo y congelamiento y, finalmente, el decomiso y recuperación de los activos criminales. Identifica los desafíos y las buenas prácticas comunes de las jurisdicciones del GAFI y de los OREG.

Resultados de las Evaluaciones Mutuas del GAFI/OREG – RI.8 y R.4/R. 38

El Resultado Inmediato 8 de la Metodología del GAFI mide la efectividad del régimen de decomiso, la medida en la cual se decomisan los productos e instrumentos del delito. Esto se puede contrastar con las medidas legislativas y de otro tipo que son necesarias de conformidad con la Recomendación 4 (decomiso nacional y medidas provisionales) y Recomendación 38 (asistencia legal mutua para congelar y decomisar), que establece varios elementos que respaldan un régimen de decomiso (o extinción de dominio) efectivo.

Estas calificaciones demuestran que, a la fecha, el nivel de implementación de un régimen de decomiso efectivo entre los países evaluados es, en el mejor de los casos, modesto. De acuerdo con todas las evaluaciones, casi tres cuartos de las jurisdicciones no tienen éxito en esta área. Aunque la Metodología para la ronda actual de evaluaciones data del 2013, el concepto de que los delincuentes deben ser privados de sus ganancias es un elemento central de las Recomendaciones del GAFI desde las Recomendaciones originales de 1990.

En concordancia con la Metodología del GAFI, la efectividad de las jurisdicciones en privar a los delincuentes de los productos e instrumentos del LA, FT y delitos determinantes (o su valor equivalente) es determinado a través de la consideración de cinco cuestiones fundamentales:

- Si el decomiso es un objetivo político en el país.

- Si el país decomisa los productos/instrumentos/bienes de valor equivalente relacionados con delitos determinantes nacionales y extranjeros y si los activos están ubicados en el exterior.
- Si se decomisan divisas o instrumentos negociables al portador movidos entre fronteras falsamente o no declarados.
- Cuán bien se alinean los resultados del decomiso con los riesgos de LA/FT y con las prioridades ALA/CFT nacionales.

Muchas de las evaluaciones revisadas citaron las deficiencias en la manera en que la jurisdicción abordó los siguientes temas:

- El decomiso solamente se establecía ocasionalmente como prioridad política y esto se hallaba mayormente en jurisdicciones con organismos especializados o unidades dedicadas al decomiso.
- Las acciones abordadas en relación con la declaración falsa o la no declaración del transporte transfronterizo de efectivo e instrumentos negociables al portador fueron limitadas e inconsistentes. No muchos casos estaban relacionados con el LA/FT y muchos países aplicaron una pequeña multa a estos casos. También parece que en muchos casos las declaraciones o divulgaciones de efectivo no se usan plenamente como parte del sistema ALA/CFT, generalmente debido a limitaciones técnicas.

Tabla a. Resultados de efectividad bajo el Resultado Inmediato 8

	N°	Alto		Sustancial		Moderado		Bajo	
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Evaluaciones GAFI	17	1	6%	4	23%	11	65%	1	6%
Evaluaciones OREG	33	1	3%	5	15%	9	27%	18	55%
Todas las evaluaciones	50	2	4%	9	18%	20	40%	19	38%

Nota: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 25 de mayo de 2018
Fuente: Informes de evaluación publicados y calificaciones de evaluación consolidadas, disponibles en www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.htm

- Con respecto al vínculo entre el decomiso y los riesgos que enfrentan las jurisdicciones, los IEM frecuentemente observaron que los resultados obtenidos no estaban en línea con los riesgos enfrentados, ya sea en relación con el monto decomisado o la naturaleza de los resultados (por ejemplo, decomiso limitado en relación con los delitos determinantes que generan la mayor parte de los productos de delitos determinantes extranjeros).
- Un desajuste entre los montos sujetos a las medidas provisionales (congelar, embargar) y los montos decomisados, o entre los montos que se ordena decomisar y los que realmente se recuperan.

En general, un monto de dinero demasiado pequeño decomisado considerando los riesgos y los contextos del país o una falta de foco en las investigaciones financieras paralelas, tal como la falta de identificación o rastreo de los activos que podrían decomisarse.

Aunque la información cualitativa y cuantitativa es importante para determinar la efectividad bajo el RI.8, el monto de los productos e instrumentos del delito que el gobierno finalmente decomisa y recupera (o cuando hay restitución a las víctimas), es un elemento general importante. En un mundo ideal, las autoridades competentes pueden identificar y rastrear una proporción significativa de los productos del delito ubicados o generados dentro de la jurisdicción, congelar o embargar esos activos, luego decomisarlos y recuperarlos. Este es un desafío significativo. Los expertos hicieron referencia a una cantidad de complicaciones, generalmente la incapacidad de seguir la huella del dinero; el uso de redes de compañías, cuentas y personas designadas para guardar activos por parte de los delincuentes; o el movimiento de activos en el exterior, potencialmente a países no cooperativos

Los datos y las estadísticas sobre decomiso confiables e integrales, tal como el número de casos y el valor de los activos congelados, decomisados y recuperados, es variable o inexistente en los informes de IEM. Además, los datos no siempre son consistentes entre los organismos de un país, y, por lo tanto, son difíciles de interpretar. De manera similar, hay pocas estimaciones del tamaño de la economía delictiva de las jurisdicciones, y dichas estimaciones que sí existen deben ser tratadas cuidadosamente, haciendo que sea más difícil determinar la efectividad de un país en términos de los montos que decomisa. La falta de datos generalmente también dificulta la identificación de la naturaleza de las deficiencias o las debilidades que derivan en resultados que desafían las expectativas. La información cualitativa, como los ejemplos de caso, también se presenta en los IEM

En términos de los montos que se ordena decomisar, hay dos miembros del GAFI que decomisan notablemente mayores montos (es decir, alcanzan casi los miles de millones de USD/EUR anualmente). Los montos decomisados por otros países varían de montos mínimos (menos de un millón) a 100-200 millones. Con respecto a la cantidad de casos, esto también varía de 0-20 casos al año (promedio anual) a varios miles. Con respecto a la cantidad de casos y el valor de los montos decomisados, generalmente puede haber variaciones significativas entre las jurisdicciones (incluso de un tamaño similar en términos de población o economía, sistemas legales, etc.), siendo los motivos de ello menos aparentes.

Cumplimiento Técnico

Parece haber un alto grado de cumplimiento técnico. A la fecha, todos los miembros del GAFI tienen la calificación Cumplida (C) o Mayoritariamente Cumplida (MC) tanto en relación con la Recomendación 4 como con la Recomendación 38. Para los miembros de los OREG, los resultados muestran que más del 80% tiene calificación C o MC en la R.4 y 70% C o MC en la Recomendación 38

En general, parece que, aunque hay una combinación de deficiencias bajo la R.4 y la 38, estas son relativamente menores, teniendo en cuenta los requerimientos establecidos en los Estándares del GAFI.

Las deficiencias más frecuentemente citadas son:

(a) Recomendación 4 – mecanismos inadecuados para gestionar bienes, falta de decomiso de bienes de valor equivalente, brechas en relación con los instrumentos y limitaciones en el rango de delitos donde se puede perseguir el decomiso.

(b) Recomendación 38 – deficiencias similares que en la R.4, incapacidad de aplicar las órdenes sin condena, falta de mecanismos para compartir activos decomisados o para coordinar acciones con otros países.

Figura 6. Cumplimiento técnico con la Recomendación 4 (Decomiso y medidas provisionales)

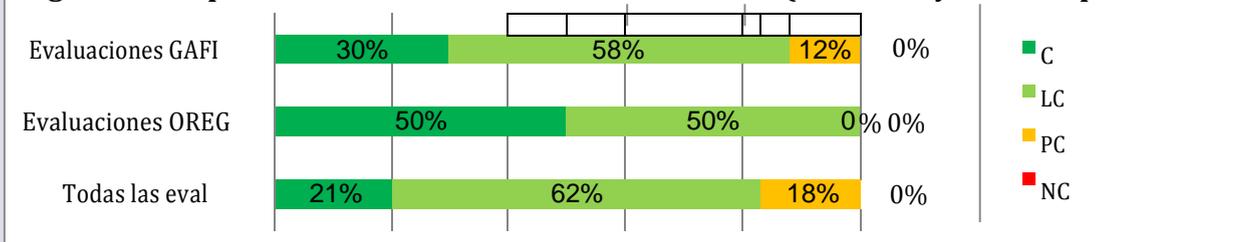
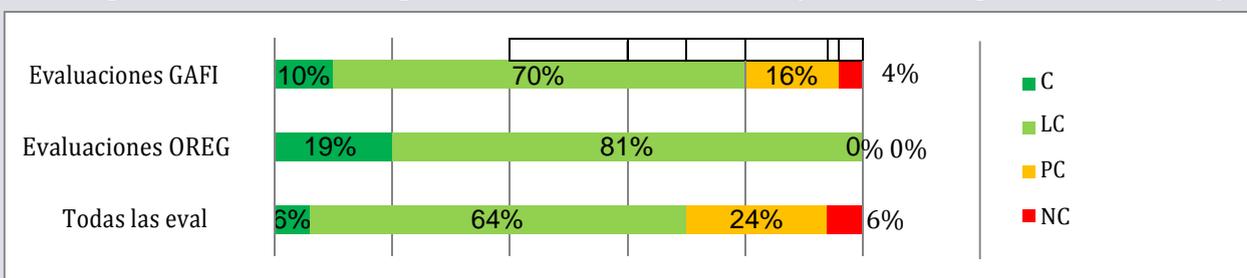


Figure 7. Technical Compliance Recommendation 38 (MLA: freezing and confiscation)



Nota: Resultados de la Cuarta Ronda de Evaluaciones Mutuas al 15 de mayo de 2018

Fuente: <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.htm>

Elementos clave de efectividad

La efectividad de cualquier régimen de decomiso (todos los aspectos de este) se basa en una cantidad de factores, que incluyen las leyes y regulaciones subyacentes que brindan una amplia gama de facultades, el marco institucional y las autoridades competentes que tienen responsabilidad de actuar, y los mecanismos y procesos y herramientas que se utilizan. Algunas prácticas particularmente útiles para el decomiso de activos son:

- Garantizar que el decomiso de activos de origen delictivo sea una prioridad política, con una estrategia vinculada que establezca la manera en que las autoridades relevantes pueden trabajar para alcanzar los objetivos/metastas que se determinen.
- La creación de organismos/unidades multidisciplinarios que se focalicen en el LA/FT y/o en el decomiso de activos, o cómo mínimo, tener personal especializado dedicado a esta función dentro de organismos más grandes o servicios de fiscalía pública. Hay necesidad de contar con abogados especializados, investigadores, contadores forenses, analistas financieros y, en forma creciente, expertos en informática.
- Un marco para administrar o fiscalizar la administración de bienes congelados, embargados y decomisados¹⁹, incluso por parte de las autoridades competentes independientes o parte de una AOP y, según sea necesario, la capacidad de contratar proveedores o contratistas externos para activos complejos. Los participantes de los talleres no consideraron que los jueces puedan administrar los activos embargados o disponer de ellos en forma efectiva además de sus otros deberes.
- A diferencia de otros aspectos del sistema de justicia penal, el decomiso puede resultar en ingresos para los gobiernos; esto brinda la oportunidad de que las oficinas encargadas del decomiso se sustenten a sí mismas
- Trabajar en cooperación con socios internacionales fue considerado un ingrediente de éxito clave, especialmente la comunicación temprana en busca de la imposición de medidas provisionales contra activos sujetos a decomiso. Además, los profesionales consideraron la capacidad legal de domesticar o aplicar órdenes de decomiso extranjeras en forma positiva.

Investigación financiera y rastreo de activos

Como se observó anteriormente, las investigaciones financieras paralelas deberían ser una rutina en cualquier investigación de los delitos que generan ganancias o donde el dinero o los activos se usan con fines delictivos o terroristas. Si deben adoptarse medidas efectivas contra los productos del delito, es fundamental que los investigadores puedan, en forma oportuna, identificar a todas las partes (personas físicas o jurídicas) involucradas o vinculadas con la actividad ilegal y/o el delincuente, como así también identificar todos los activos (y las personas que tienen o controlan esos activos), que podrían estar sujetos a decomiso o ser activos que podrían usarse para cumplir una sentencia de decomiso basada en valores. Como enfatizaron los profesionales en los talleres, cuando sea posible, debería llevarse a cabo una investigación financiera del delincuente antes del arresto o antes del momento en que el delincuente se entera que está siendo investigado, incluyendo el rastreo de activos y pasivos, un análisis del patrimonio neto y la comprensión del ingreso y los gastos, según sea adecuado. Esto permitirá resultados más efectivos en términos de congelamiento/embargo. Si hay más de una agencia u organismo involucrados en la investigación penal y el decomiso, entonces será necesario contar con un abordaje bien coordinado. También podría ser efectivo emplear un abordaje de grupo de trabajo para ciertos tipos de investigaciones

Facultades de investigación - Es esencial que las autoridades tengan un conjunto completo de facultades de investigación disponibles para investigar la actividad financiera de los delincuentes

Al nivel más básico, los participantes en los talleres mencionaron que esto significa que las autoridades de orden público/los fiscales deberían tener la facultad de emitir órdenes de exhibición o citaciones (comúnmente usadas para requerir a las instituciones financieras que exhiban registros financieros) o para realizar allanamientos que permitan embargar

¹⁹ Documento de Mejores Prácticas sobre Decomiso del GAFI (Recomendaciones 4 y 38) y un Marco para el Trabajo Continuo en Recuperación de Activos.

documentos, activos u otros artículos como prueba o incluso en vistas a decomisar. Dichas facultades deben tener un propósito que vaya más allá de la recolección tradicional de pruebas para un delito penal al rastreo y/o análisis de los productos del delito.

- Es importante que estas facultades, si se utilizan en una etapa previa al arresto, también estén vinculadas a disposiciones que eviten que los terceros alerten a los delincuentes o a los dueños de los activos. Los expertos observaron que dichas autorizaciones normalmente podrían obtenerse en demostraciones de hechos relativamente menores o «fundamentos razonables para sospechar».
- Algunas de las otras técnicas y facultades establecidas en la R.31, como las operaciones encubiertas, la interceptación de comunicación y acceder a los sistemas informáticos, también podrían ser útiles para el rastreo de activos.
- Una facultad que existe en algunas jurisdicciones con derecho anglosajón y que se mencionó como útil en ciertos casos, es una facultad de orden de monitoreo, donde una orden judicial requiere que una persona (generalmente, instituciones financieras) informe acerca de operaciones con los sospechosos durante un período futuro. De hecho, esto brinda inteligencia financiera en tiempo real.
- Con respecto al acceso a los registros, las autoridades de investigación pueden usar los procesos judiciales para solicitar una orden para requerir un allanamiento o embargo, o una citación para requerir brindar testimonio o exhibir registros.
- La comparecencia de testigos y la exhibición de registros puede requerirse desde cualquier lugar o en cualquier territorio u otro lugar sujeto a la jurisdicción donde se está realizando la investigación. En algunos casos, el fiscal también puede solicitar a un tribunal la emisión de una orden de allanamiento a una persona jurídica. Por ejemplo, un agente del tribunal puede «entregar» la citación al destinatario (por ej., banco, compañía, agente registrado, fiduciario, etc.).
- Las técnicas estándar de investigación también pueden usarse para superar dificultades o impedimentos en la investigación para entender los fideicomisos, que puede usarse para guardar u ocultar los

activos de origen delictivo. Una vez localizado al fiduciario, las autoridades de orden público pueden usar medidas obligatorias para obtener registros e identificar a aquellos que ejercen el control del fideicomiso, tal como un protector o una persona con un poder general de nombramiento. Las autoridades competentes pueden «seguir el dinero» hacia la persona no fiduciaria (de existir), quien se beneficia en última instancia del fideicomiso o estructura similar.

- En los talleres se citaron varias herramientas como útiles para «seguir el dinero», tal como usar registros para rastrear fondos a través de numerosas cuentas o instituciones, desarrollar informantes o testigos clave; ejecutar órdenes de allanamiento para obtener documentos relevantes incluyendo registros financieros y registros comerciales; hacer referencia cruzada a registros comerciales o de viaje; el poder de solicitar a las instituciones financieras que confirmen si tienen una cuenta a nombre de alguien en particular; y utilizar técnicas de investigación especiales, como la fiscalización electrónica o las operaciones encubiertas monitoreadas para perforar el velo de las entidades legales y conocer a sus verdaderos dueños.

El acceso oportuno a bases de datos y otras fuentes de información sobre activos – Generalmente, puede ser esencial obtener información sobre los activos de un delincuente muy rápidamente y un problema muy importante en este sentido es la capacidad de buscar en una base de datos los diferentes tipos de activos para saber si los activos que pueden ser decomisados los tiene el delincuente, un asociado o un tercero. Por ejemplo, las fuerzas policiales tendrían acceso a registros de vehículos motorizados. Actualmente, también hay un debate considerable acerca del acceso a los registros del beneficiario final de las personas y estructuras jurídicas, con una creciente cantidad de información mantenida dentro de los registros de las compañías.

- Muchos países tienen uno o más registros gubernamentales de bienes inmuebles, y algunos países tienen una base de datos central de todas las cuentas bancarias en el país, o tienen cierta capacidad para consultar a todos los sujetos obligados en relación con las relaciones u operaciones con personas o entidades especificadas²⁰. Dichas bases de datos o cualquier sistema de mantenimiento de registros de acceso rápido que muestre activos y titulares para los activos importantes parece ser una herramienta muy útil para que las autoridades rastreen los activos en forma oportuna. Sin embargo, este tipo de sistemas debería tener medidas para verificar la precisión y la autenticidad de la información que contiene.
- El acceso directo o indirecto a los registros impositivos también es muy importante como manera de verificar lo que declara un acusado o asociado como ingresos legítimos, activos, etc. Es importante que todas las bases de datos puedan consultarse en forma efectiva.

²⁰ En la Unión Europea la Quinta Directiva Anti-Lavado de Activos requiere que los miembros de la UE creen una base de datos de todas las cuentas bancarias en el país.





Incautación/congelamiento

Los asistentes a los talleres observaron que era esencial que las autoridades competentes puedan congelar o embargar activos que puedan ser sujetos, finalmente, al decomiso. Dependiendo del derecho o procedimiento nacional, o de los hechos del caso, esto puede implicar medidas que afecten a todos los activos de un acusado (por ej., una prohibición global para manipular activos del acusado, o que éste controle, incluso si los conserva un tercero) o solamente activos específicamente enumerados (generalmente aquellos directamente trazables al delito). Además, dependiendo del sistema legal, la facultad de ordenar la restricción o el embargo solamente puede tenerla un tribunal o juez, o el fiscal o juez de instrucción puede tener ciertas facultades. Los elementos importantes de un régimen efectivo incluyen:

Lacapacidad de actuar en forma oportuna -

Como se observó, es importante que exista la posibilidad legal y los mecanismos prácticos para congelar/embargar la mayoría o todos los activos relevantes antes o al mismo momento que el arresto. En jurisdicciones donde las investigaciones se pueden realizar en forma encubierta, los embargos podrían programarse para el momento cuando la investigación se vuelve pública. Preferentemente, el congelamiento y el embargo pueden ocurrir después de que se hayan rastreado los activos y se haya realizado cierta cantidad de análisis financiero, pero esto no siempre puede ser posible. Los participantes de los talleres acordaron que la capacidad de actuar en forma ex parte, sin notificación al sospechoso, incluso durante un período corto, era útil para garantizar la

eficacia de las medidas provisionales, para que el sospechoso no tuviera la oportunidad de mover o disipar los activos. Los profesionales acordaron que un requisito probatorio sobre el gobierno para demostrar un riesgo de disipación antes de que sea posible obtener una orden era oneroso. Dicho requerimiento generalmente es difícil de demostrar en la práctica e impactaría negativamente en la capacidad de congelar los activos. Con respecto a los mecanismos prácticos, se pueden adoptar acciones más rápidamente si los fiscales participan del caso desde el inicio y cuentan ellos mismos con las facultades o pueden solicitar rápidamente una orden judicial. También es útil que los tribunales tengan procedimientos que permitan solicitudes de emergencia o urgentes.

Pruebas y carga de la prueba – Los expertos expresaron la opinión de que los requerimientos probatorios y la carga de la prueba no deben ser indebidamente onerosos en la etapa de congelamiento/embargo del procedimiento. Las autoridades estaban cómodas con los estándares tales como fundamentos razonables para sospechar que el acusado tiene activos derivados del delito o la causa probable para creer que hay bienes que, en el caso de una condena, estarían sujetos al decomiso.

Propiedad de terceros – Frecuentemente, los delinquentes que cometen los delitos determinantes buscarán lavar los productos y colocarlos en las manos de terceros (familia, asociados o personas o estructuras jurídicas) que no estuvieron directamente

involucrados en los delitos. Los fiscales deben poder rastrear y tener la facultad de congelar dichos bienes, incluyendo en casos donde se perseguirá el decomiso de bienes por valor equivalente porque los productos no están disponibles o fueron gastados. Los países utilizan diferentes facultades legales en este sentido, y los tres mecanismos mencionados fueron: (a) rastrear directamente los productos del delito a través de transacciones/transferencias de los bienes que se restringirán; (b) producir pruebas para demostrar que el tercero recibió un bien de regalo del acusado o no fue un comprador bona fide del activo; y (c) demostrar que el acusado tiene el control efectivo de la propiedad incluso si se encuentra a nombre de una persona designada. Por supuesto, los derechos de terceros de buena fe deberían ser protegidos en forma adecuada.

Alcance y naturaleza de la orden provisional –

Independientemente de cuál es la autoridad competente para emitir las órdenes preliminares, debería garantizar que los bienes serán preservados y estarán disponibles para satisfacer toda orden de decomiso que se realice con posterioridad. Los profesionales acordaron que el alcance de la orden debe ser amplio y, si es posible, incluir los ingresos derivados de los bienes que se pueden decomisar, y los activos de valor equivalente o sustitutos. La naturaleza de los procedimientos que dan lugar a la orden variará. Dependiendo del sistema legal, podrían ser *in rem* o *in personam*, las órdenes podrían emitirse en relación con activos específicos o todos los activos del acusado, y pueden tener alcance extra-territorial. De acuerdo con los Estándares del GAFI, los tribunales u otras autoridades deberían poder emitir medidas provisionales que abarquen a los activos ubicados en el exterior, pero por supuesto, sería necesaria la asistencia legal mutua para darle efecto a la orden en un país extranjero. En términos prácticos, los bienes podrían ser: (a) restringidos en el lugar (por ej., una institución financiera puede recibir la orden de congelar simplemente las cuentas); (b) sujetos a condiciones (por ej., una prohibición de venta de un bien inmueble que no desaloje a los ocupantes antes de la condena); o (c) embargados y bajo el control de una autoridad de orden público, el tribunal u otro organismo autorizado, si existe la preocupación de que la naturaleza del bien pudiera conducir a su disipación u ocultamiento

independientemente de la orden judicial, tal como el dinero, los bienes personales, las embarcaciones, los vehículos u otros activos muebles.

Facultades/órdenes auxiliares – Luego de los desarrollos legales que ocurrieron en relación con las medidas cautelares de Mareva en un contexto de derecho civil, muchos países también brindaron facultades adicionales a los fiscales que puedan asistir en garantizar la localización de los activos, que sean congelados en forma efectiva y luego estén disponibles para cumplir con cualquier orden de decomiso. Una facultad tal es la posibilidad de que un tribunal ordene que un acusado realice una declaración jurada sobre todos sus activos. Si se obtiene en una etapa temprana de los procedimientos, esto puede brindar información adicional útil sobre los activos y colocar sobre el acusado la responsabilidad de ser sincero acerca de todos los activos que posee o controla, o correr el riesgo de que más adelante se demuestre que ha cometido perjurio. Otra opción disponible en algunas jurisdicciones es que el gobierno tiene la facultad de hacer preguntas al acusado acerca de cuestiones tales como las finanzas que el acusado está obligado a responder. Dicha facultad debe usarse cuidadosamente y no debería impactar negativamente en el derecho básico del acusado de no ser obligado a incriminarse, es decir, las respuestas no podrían ser forzadas y utilizadas como prueba de un delito penal. Un tercer mecanismo utilizado es que el acusado acuerde, o que el tribunal ordene, que el acusado repatrie los activos ubicados en otra jurisdicción.

Facultad de la UIF para congelar –Una cantidad de UIF tienen la facultad de poner temporariamente en pausa (congelar) los activos involucrados en operaciones sospechosas. Otro mecanismo similar es una orden de «no consentimiento» mediante la cual la UIF deniega el consentimiento de procesamiento de una operación sospechosa a un sujeto obligado. Dichas medidas administrativas pueden ser útiles para evitar de manera expeditiva que el dinero sea transferido al exterior, por ejemplo, en casos de fraude, donde puede ser difícil recuperarlo. Los congelamientos solamente pueden estar disponibles para ciertos tipos de operaciones/activos y son temporarios (algunos duran cuestión de horas o días) pero le otorgan a la fiscalía el tiempo suficiente de reunir pruebas para pedir órdenes judiciales más fuertes



Decomiso/extinción de dominio

En concordancia con la Recomendación 4, y varios Convenios internacionales, los países deberían tener una amplia gama de facultades para decomisar (a) bienes lavados; (b) productos o instrumentos utilizados o que se pretende utilizar en LA o delitos determinantes; (c) productos o instrumentos relacionados con el FT; y (d) bienes de valor equivalente. Estas son normas de larga data y, como se observó anteriormente, la mayoría de los países tienen implementadas las autoridades básicas en sus legislaciones. De manera sorprendente, una cantidad considerable de países no tiene las facultades adecuadas para garantizar el decomiso de bienes de valor equivalente. Los expertos observaron que es importante que el acusado no sea incentivado a beneficiarse de su delincuencia gastando los productos primero, mientras mantiene otros bienes adquiridos legalmente

Prueba y estándar probatorio - La naturaleza de los requerimientos probatorios y la carga de la prueba varía de acuerdo con el tipo de decomiso (penal, civil, administrativo) y la jurisdicción y su sistema legal. El tema no se discute en muchos IEM, pero es importante en términos de la efectividad final del régimen.

- En todas las jurisdicciones, hay leyes que permiten el decomiso de los productos e instrumentos después de la condena, en particular de los delitos de condena. Esto generalmente se considera como parte de la sentencia penal, y las reglas procesales que se aplican para ese fin también se aplicarán al decomiso; sin embargo, algunas jurisdicciones aplican un estándar de prueba menor que el estándar penal normal (más allá de duda razonable) para el decomiso.
- Los expertos supusieron que podría ser efectivo si la carga fuera la norma civil normal de equilibrio de probabilidades o algo similar.
- Un tema donde las consideraciones de sentencias más amplias son relevantes tiene

que ver con el decomiso de los instrumentos y la necesidad de garantizar que la naturaleza y el valor de los bienes decomisados sean de alguna manera proporcionales a la escala de la delincuencia involucrada.

- Los asistentes a los talleres también consideraron el tema de cómo tendrá en cuenta el tribunal los productos obtenidos en circunstancias en las que la fiscalía no incluye todos los cargos posibles, sino un conjunto representativo, como cuando se cree que se cometieron delitos adicionales, pero no sería rentable proceder con los cargos. Los beneficios de esta conducta no imputada podrían también ser tenidos en cuenta con fines de decomiso.

Decomiso sin condena (DSC) - Una creciente cantidad de países adoptaron regímenes de decomiso sin condena además de las leyes basadas en la condena. En dichos procedimientos, que a veces también se denomina decomiso civil, extinción de dominio civil o extinción de dominio, los activos se pueden declarar extinguidos al estado sin la condición precedente de que el acusado haya sido condenado por un delito. La naturaleza de los procedimientos es in rem (contra el activo en sí y no contra una persona).

- Algunos participantes describieron situaciones donde el DSC está disponible en circunstancias limitadas, tal como cuando el acusado falleció o huyó, mientras que otros participantes de los talleres debatieron regímenes de DSC más completos en los que el estado procede sobre la ficción legal de que el bien está «representando» al acusado y es extinguido debido a su participación en el delito. Es diferente al procedimiento penal y el estándar probatorio generalmente es el mismo o similar al de la norma civil (es decir, el estado debe demostrar mediante preponderancia de pruebas o sobre el equilibrio de probabilidades que el bien constituye los productos o un instrumento del delito).
- En algunas jurisdicciones, Irlanda por ejemplo, el DSC es el principal mecanismo utilizado para decomisar productos e instrumentos del delito y

está integralmente vinculado a los esfuerzos para combatir la delincuencia organizada grave. Los expertos observaron que el decomiso civil puede respaldar un procesamiento penal, o incluso prosperar en caso de sobreseimiento.

- Una variante del DSC que se utiliza en algunas jurisdicciones es el decomiso/extinción de dominio administrativo o abandono. Esto generalmente es llevado a cabo por las AOP y se autoriza solamente para ciertos tipos de activos, por ej., los activos por debajo de un cierto valor o monto o efectivo que se embarga en las fronteras. Los activos pueden ser extinguidos mediante notificación administrativa si no son apelados o, de serlo, pueden ser sometidos a audiencia en procedimientos civiles. El estándar probatorio en dichos casos también es menor.

Órdenes de patrimonio injustificado, delitos de enriquecimiento sin causa y disposiciones de cambio de la carga

– Muchos países introdujeron facultades adicionales, en procedimientos penales y civiles, que requieren que el gobierno produzca pruebas suficientes de que una persona tiene activos que no pueden explicarse con sus ingresos legítimos conocidos o activos adquiridos legítimamente, y luego coloca la carga de la prueba en el acusado para que demuestre lo contrario.

Por lo tanto, para delitos graves como el tráfico de drogas, cuando la persona condenada no tiene ingresos legítimos conocidos para explicar su patrimonio, la fiscalía presenta pruebas del patrimonio o pruebas contables similares.

- También hay ciertas presunciones que pueden dispararse a raíz del «estilo de vida delictivo» del acusado o la falta de ingresos legítimos durante el período de tiempo en el que cometió delitos múltiples. De manera similar, las órdenes de patrimonio injustificado, originalmente concebidas útiles para combatir la corrupción, se utilizan más ampliamente para atacar a los activos de origen delictivo en procedimientos civiles. Los profesionales en los talleres expresaron un deseo de conocer más acerca de estas herramientas.

Otros recursos, incluyendo devolución fiscal y civil

– Los países también están adaptando sus respuestas a los delitos que generan ganancias buscando usar el rango más amplio posible de

facultades. El uso de recaudación de impuestos, penalidades y evaluaciones para recuperar activos se considera cada vez más como una medida de último recurso. La recuperación de impuestos puede ser una opción cuando los fiscales carecen de pruebas para demostrar que el bien es un producto del delito que cumpliría con una carga de prueba civil o penal, pero no tiene las pruebas de que el acusado cometió evasión o fraude fiscal. Si bien es preferible poder obtener una condena penal y también privar a la persona de sus productos, tener la opción de imponer una evaluación fiscal, junto con las penalidades e intereses, puede tener un impacto punitivo similar sobre el acusado en términos del monto que debe devolver. Demostrar que los activos tienen un origen legítimo puede ser una tarea mucho más difícil para el acusado.

135. Además, muchos expertos citaron que la devolución es un objetivo valioso que, dependiendo del sistema legal, puede ser una facultad complementaria y funcionar en tándem con el decomiso. Muchos delitos financieros tienen víctimas y las personas que fueron defraudadas deberían recibir una devolución total, en caso de ser posible. Los expertos debatieron acerca de cómo sus tradiciones legales abarcan la devolución y el decomiso; dependiendo de las circunstancias, incluso puede ser posible retener provisionalmente los activos y decomisarlos, en cuyo momento el estado puede usar los fondos resultantes para cumplir con una orden de devolución. Algunos expertos dijeron que una combinación de procedimientos de decomiso con un reclamo civil de la víctima puede cumplir el objetivo doble de privar a los delincuentes de los productos y garantizar que las víctimas reciban una compensación. Sin embargo, otras jurisdicciones observaron que la comunicación con las víctimas potenciales es clave, ya que las denuncias legales presentadas por las víctimas pueden demorar o complicar el decomiso cuando la fiscalía pretende distribuir el dinero a las víctimas que puedan demostrar sus pérdidas pecuniarias.

Gestión y recuperación de activos

Las evaluaciones realizadas a la fecha demuestran que muchos países tienen facultades legales inadecuadas y carecen de los marcos institucionales y conjuntos de capacidades necesarias para administrar en forma efectiva y/o conseguir activos congelados, embargados o decomisados.

El objetivo y la intención en las Recomendaciones 4 y 38 es que los países tengan mecanismos para administrar y enajenar los activos a nivel nacional y cuando el decomiso se coordina con otra jurisdicción. Los activos, dependiendo del tipo, requieren de preservación y salvaguarda; algunos requieren la administración activa; otros, deberían venderse en forma interlocutoria para maximizar el valor que se puede obtener (o asegurarse de que el valor del acusado se mantenga si prevalece y el bien no es decomisado). En esta área, se identificó como mejores prácticas tener organismos especialmente dedicados a la administración de activos o, de lo contrario, personas que puedan estar a cargo de tales tareas como parte de sus obligaciones oficiales. Algunos expertos mencionaron que tercerizar este trabajo a contratistas o proveedores a través de mecanismos de contratación del gobierno les resultó efectivo, especialmente cuando se necesitan conocimientos específicos (por ej., operar un negocio o administrar inquilinos, etc.).

Además, en muchos países, el valor del bien conseguido para cumplir con las órdenes de decomiso generalmente es considerablemente menor que el valor del bien que se ordenó decomisar, o el bien depreció considerablemente su valor desde que fue embargado debido a la falta de mantenimiento. La cuestión de la administración y recuperación de activos fue estudiada anteriormente por el GAFI y otros organismos y las buenas prácticas se detallan en las Mejores Prácticas sobre Decomiso del GAFI (Recomendaciones 4 y 38) y un Marco para el Trabajo Continuo en Recuperación de Activos (2012), o el estudio del Grupo de Trabajo Intergubernamental Abierto sobre Recuperación de Activos (2017) ONUDD²¹.

²¹ <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2017-August-24-25/V1705952e.pdf>

Mecanismos Institucionales – Es importante que haya un mecanismo efectivo y rentable para gestionar activos y que haya profesionales que puedan valorar y vender activos de manera de maximizar el retorno al estado. Al considerar qué mecanismo podría ser más adecuado, hay consideraciones numerosas como el valor probable y tipo de activos en cuestión, si hay organismos existentes que realizan funciones similares, la rentabilidad de un modelo y la necesidad de transparencia y rendición de cuentas adecuadas. Existen muchos abordajes diferentes, por ejemplo:

En algunos países no hay un organismo especializado que lleve a cabo esta función y se delega la administración de activos embargados en autoridades de orden público generales o en jueces particulares, siendo los servicios judiciales responsables de la recuperación de los activos. Ninguna de las entidades generalmente está bien equipada con las facultades y capacidades necesarias para realizar esta función, más allá de los casos más simples.

Otra opción que se usa es que la Oficina de Recuperación de Activos en una jurisdicción no sea solamente responsable de rastrear activos sino también de su administración, a veces con el apoyo de otros organismos del estado, como en Bélgica y en los Países Bajos. También hay organismos de orden público especializados responsables de la administración y la venta de activos embargados, como el Servicio de Alguaciles de EE. UU., que también administra los activos embargados por otras AOP.

Hay organismos gubernamentales independientes que o administran únicamente activos embargados/decomisados o lo hacen junto con otras funciones de administración de activos.

Los receptores, fiduciarios o administradores de activos pueden ser designados por el tribunal, como contadores del sector privado o especialistas en quiebra o liquidación; algunos expertos advirtieron que a veces los honorarios y cargos pueden generar problemas.

Además, las empresas especializadas del sector privado ingresaron al mercado que puede ofrecer servicios de administración de activos y subastas. Algunas tienen un enfoque particular en la recuperación de activos y muchas trabajan por comisión.

Finalmente, el modelo o mecanismo elegido debería ser rentable, con el monto máximo posible pagado a los fondos de ingresos centrales o de extinción de dominio especializados, después de que se haya cumplido con los costos de administración y consecución. Ya sea que los fondos decomisados ingresen al tesoro general, al proceso presupuestario o a un fondo especial, los profesionales observaron en el taller que es aconsejable usar los activos decomisados en forma responsable y transparente, para financiar los esfuerzos y las iniciativas de lucha contra el delito o en proyectos que benefician al público en general. Los participantes repasaron los usos únicos y legales para activos decomisados en sus jurisdicciones y algunos explicaron los beneficios de tener un fondo sujeto a auditoría y otros controles. También debería considerarse, de corresponder, la distribución de activos con países cuya asistencia hizo posible el decomiso o el retorno de activos, y así lo recomiendan los Estándares del GAFI.

auktion



Cooperación Internacional: asistencia legal mutua, extradición y otras cooperaciones



La cooperación internacional puede ser fundamental para el éxito de las investigaciones y procesamientos por LA/FT y también para la recuperación de activos. Las redes de LA y FT generalmente se esparcen a lo largo de múltiples países y las jurisdicciones extranjeras pueden contar con las piezas faltantes de información o pruebas que facilitan un procesamiento exitoso. Cuando hay registros financieros o de otro tipo ubicados en el extranjero, testigos extranjeros cuyo testimonio es fundamental, o sospechosos ubicados en otra jurisdicción, la cooperación oportuna puede determinar el resultado. Los Estándares del GAFI abordan la cooperación internacional de manera holística. Como base para la cooperación, los países deben ser parte e implementar cuatro instrumentos multilaterales importantes (22).

Los países también deben poder ejecutar solicitudes de extradición en relación el LA y el FT (23), tener implementado un mecanismo para la provisión rápida de una amplia variedad de asistencia legal mutua para las investigaciones de LA/FT y los delitos determinantes asociados, procesamientos y procedimientos relacionados; y poder adoptar medidas rápidas en respuesta a las solicitudes de congelamiento y decomiso (24). Finalmente, la Recomendación 40 establece que los países deben garantizar que sus autoridades competentes (incluyendo las UIF y los supervisores financieros, y las AOP) pueden de manera rápida, constructiva y efectiva brindar el rango más amplio de cooperación internacional e intercambiar información en relación con los delitos determinantes asociados al LA y el financiamiento del terrorismo.

(22) Véase la Recomendación 36. Desde una perspectiva del ALA/CFT, los acuerdos internacionales más importantes son la Convención de Viena (1988), la Convención de Palermo (2000), la Convención de Mérida (2003) y el Convenio contra el FT (1999).

(23) Véase la Recomendación 39

(24) Véanse las Recomendaciones 37 y 38

Otras formas de cooperación e intercambio de información

Durante los talleres, los profesionales enfatizaron la necesidad de una cooperación internacional que sea menos formalista. Esto se puede llevar a cabo a nivel investigador a investigador, entre organismos homólogos, o incluso entre organismos que no son homólogos directos (es decir, en diagonal). Dicha cooperación informal, fuera de la ALM o de los canales diplomáticos, fue ampliamente promovida como un primer paso beneficioso para conseguir la cooperación internacional. Considerando que la asistencia legal mutua formal se considera un mecanismo lento y que consume muchos recursos, se acordó que esto podría hacerse de manera más efectiva con contactos directos preliminares entre los organismos de orden público homólogos y las unidades de inteligencia financiera o de magistrados de enlace o agregados de orden público/judiciales ubicados local o regionalmente (asistencia de organismo a organismo).

Como se mencionó en la guía operativa del GAFI para las investigaciones financieras, dicha asistencia podría conducir a los investigadores a una identificación rápida de las pruebas y los activos, confirmar la asistencia necesaria y, aún más importante, brindar las bases adecuadas para una solicitud de ALM formal (asistencia de gobierno a gobierno). Dichos contactos también ofrecen una oportunidad para aprender acerca de los procedimientos y sistemas de la jurisdicción extranjera y para evaluar varias opciones para realizar investigaciones, procesamientos y decomisos.

Los asistentes a los talleres también subrayaron la importancia de establecer conexiones personales con los colegas extranjeros y tener un contacto cercano a través de diferentes redes, como aquellas provistas por Interpol o Europol, o utilizar los puntos de contacto de la Red Inter-Agencias de Recuperación de Activos Camden (CARIN) y otras redes de recuperación de activos regionales.

151. Finalmente, la guía de investigaciones financieras del GAFI subrayó que es esencial que los investigadores financieros debatan temas y estrategias con las homólogas extranjeras y que esto debe incluir la consideración de realizar un equipo de investigación conjunto o brindar información a las autoridades extranjeras para que puedan realizar investigaciones paralelas.

Asistencia legal mutua

La asistencia legal mutua es una de las armas más decisivas que tienen los estados para luchar contra el delito internacional grave. La necesidad de una

solicitud de asistencia legal mutua puede surgir rápidamente, pero deben ser redactadas de tal manera que cumplan con los requerimientos de los tratados y de facilitar al estado requerido el cumplimiento de la solicitud. Cuando los profesionales de la justicia penal de diferentes sistemas legales intentan trabajar en conjunto, pueden surgir desafíos en la ejecución de solicitudes. Los profesionales observaron que las autoridades centrales deberían ser proactivas, comunicativas y acordar consultas directas entre las autoridades operativas, de ser necesario. Los países observaron que tuvieron mejores resultados solicitando cooperación cuando compartieron primero un borrador de la solicitud antes de enviar la versión final, realizando seguimientos activos de las solicitudes, respondiendo preguntas de los países a quienes se les envía la solicitud, e involucrándose en un diálogo, en vez de enviar documentos ciegamente, de ida y de vuelta. Los participantes observaron que el sistema de asistencia basada en tratados puede ser acelerado usando herramientas tecnológicas, como las vídeo-teleconferencias y el envío por correo electrónico de copias avanzadas de solicitudes de ALM.

Sin embargo, existen ciertos desafíos particulares relacionados con la cooperación internacional. Una jurisdicción puede elegir no solicitar cooperación formal, tal como la asistencia legal mutua (ALM), cuando considera que es poco probable que reciba una respuesta. Algunos obstáculos a la cooperación incluyeron la falta de tratados bilaterales o multilaterales, carecer del conocimiento u orientación para redactar una solicitud de calidad y viable, o tener estándares muy rígidos para solicitar cooperación internacional. Finalmente, durante los talleres, un desafío principal para la cooperación internacional efectiva fue la falta de un compromiso político claro para cooperar, especialmente cuando se investigan a los ciudadanos de un país en otro país.

La cooperación internacional en un caso de FT también puede ser difícil cuando una de las jurisdicciones cooperantes puede buscar una pena capital para el caso. También hubo problemas con la doble criminalidad, especialmente en situaciones donde el financiamiento de un terrorista individual no está bien tipificado.

Como se detalló, las buenas prácticas en esta área incluyen:

- Considerar métodos informales de cooperación internacional, tal como la cooperación UIF-UIF, policía-policía o fiscal-fiscal antes de presentar una solicitud de ALM formal.
- Priorizar las solicitudes de ALM que tengan un elemento de LA o FT o que busquen acción urgente para embargar activos.
- Brindar garantías acerca de las penalidades que la fiscalía pretende aplicar en ciertos casos para facilitar la extradición (por ej., garantías de que no se perseguirá la pena de muerte en un procesamiento relacionado con el terrorismo).
- Utilizar redes como EUROJUST o CARIN y otras redes de recuperación de activos antes de realizar una solicitud formal para facilitar la cooperación internacional y refinar la asistencia solicitada.
- Entrar en contacto con las autoridades extranjeras y coordinar el envío de una copia borrador de una solicitud de ALM propuesta, para que puedan brindar asesoramiento sobre el contenido y la redacción de la solicitud.
- Requerir que los hechos o los contenidos de una solicitud de ALM sean confidenciales.
- Si los países utilizan autoridades centrales, se consideró ventajoso el traslado de especialistas en decomiso, LA y/o FT a la autoridad central.
- Utilizar herramientas regionales como las Órdenes de Investigación Europeas y el Convenio del Consejo de Europa N° 198 («Convenio de Varsovia»).
- Desarrollar la confianza y las conexiones informales entre las jurisdicciones para facilitar la ALM y canales más informales de cooperación internacional e intercambio de información.
- Utilizar la Herramienta de Redacción de Solicitud de Asistencia Legal Mutua (Herramienta de ALM) que desarrolló la ONUDD para asistir a los estados en la redacción de solicitudes con vistas a facilitar y fortalecer la cooperación internacional



FATF/APG/EAG Taller para jueces y fiscales
Enero de 2018, Shenzhen, China

Potenciales próximos pasos

El sistema de justicia penal es un componente crucial de sistemas antilavado de dinero y de financiamiento del terrorismo (ALA / CFT) efectivos, y el GAFI otorga considerable importancia a los países para garantizar que los delincuentes y terroristas sean condenados y condenados de forma disuasoria, y privados de sus ganancias.

Los hallazgos del proceso iniciado por el Presidente del GAFI Santiago Otamendi para examinar exhaustivamente las experiencias, desafíos y mejores prácticas en la investigación y enjuiciamiento de lavado de activos (LA) y financiamiento del terrorismo (FT), y en el decomiso de activos vinculados a actividades delictivas, se encuentran descritas en este documento del Presidente. Los hallazgos se detallan más arriba, con los puntos clave mencionados en el Resumen Ejecutivo, y proyectados con base tanto en las experiencias de expertos nacionales, como en la revisión de informes de evaluación mutua y otras investigaciones.

El ejercicio ha reforzado el enfoque del GAFI para lograr resultados efectivos en lo que respecta a la investigación y el enjuiciamiento de

los delitos de LA y FT y en la recuperación del producto del delito.

El programa GAFI de varios talleres regionales, llevado a cabo conjuntamente con los OREG y otras organizaciones internacionales, ha reunido a casi 450 jueces y fiscales de más de 150 jurisdicciones para compartir sus experiencias y mejores prácticas. Esto por sí solo ya ha proporcionado beneficios reales con contactos fortalecidos y redes informales por parte de los jueces y fiscales que asistieron.

El GAFI puede realizar un seguimiento de varias maneras los fuertes progresos realizados en el marco de esta iniciativa de la Presidencia:

Divulgación:

El documento se difundirá ampliamente, no solo a través de las delegaciones del GAFI y OREG, sino también a otras organizaciones internacionales pertinentes, como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Asociación Internacional de Fiscales, la Asociación

Internacional de Magistrados y varias Redes de Recuperación de Activos, entre otros.

Necesidades de entrenamiento

El GAFI puede considerar cómo podría proveerse más capacitación adicional y desarrollo de capacidades para investigadores, fiscales y jueces sobre la investigación y el procesamiento de LA / FT y decomiso de activos. Esto también podría implicar una mayor acción para coordinar de manera efectiva los esfuerzos de los países y otros donantes y unir la asistencia técnica con necesidades específicas observadas.

Redes para jueces, fiscales e investigadores:

Durante los talleres regionales, se subrayó el valor de la cooperación internacional y de las redes. Los participantes del taller consideraron que una red para jueces y fiscales centrada en casos de LA / FT y decomiso de activos sería muy útil, y el GAFI podría considerar cómo garantizar que se establezcan canales adecuados para promover el intercambio informal de información.

Participación y Colaboración mejoradas

El aporte de expertos de jueces, fiscales, y los investigadores son vitales para asegurar una buena comprensión de los riesgos y amenazas de LA / FT, y para el desarrollo de estándares, políticas y nuevas herramientas para investigar y enjuiciar efectivamente el LA y el FT. El fortalecimiento de esta información también brindará la oportunidad informar mejor la toma de decisiones de políticas. El GAFI ya colabora estrechamente con muchos socios internacionales y trabajará para fortalecer aún más su compromiso con los órganos y redes pertinentes, como CARIN y ARIN, EUROJUST, la Asociación Internacional de Fiscales y la Asociación Internacional de Magistrados.

Más productos

El GAFI también puede considerar cómo puede trabajar con organizaciones asociadas para crear más productos que también sean útiles para los profesionales. Los participantes del taller ya identificaron el valor potencial de productos tales como manuales, listas de

verificación, guías de investigación y un modelo de base de datos de solicitud de MLA.

El trabajo realizado durante el año ha revitalizado y reenfocado la atención del GAFI en el sistema de justicia penal, que es un sustento fundamental para todos los esfuerzos internacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Con base en estos hallazgos, la Presidencia de los Estados Unidos de GAFI continua

ACRÓNIMOS

ALA	Anti-Lavado de Activos
ARIN	Redes Informales de Recupero de Activos
CARIN	Camden Asset Recovery Inter-Agency Network
CFT	Contra el Financiamiento del Terrorismo
APNFD	Actividades y Profesiones no financiera designadas
RI	Resultado Inmediato
AOP	Autoridad de Orden Público IEM
LA	Lavado de Activos
ALM	Asistencia Legal Mutua
DSC	Decomiso Sin Condena
OSCE	Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa
R.	Recomendación (40 Recomendaciones del GAFI)
FT	Financiamiento del terrorismo
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime



FATF President's Paper: Anti-money laundering and counter terrorist financing for judges & prosecutors

This report presents the findings from the process initiated by FATF President Santiago Otamendi (2017-2018) to thoroughly examine the experiences, challenges and best practices in investigating and prosecuting money laundering (ML) and terrorist financing (TF), and in confiscating assets linked to criminal activity.

www.fatf-gafi.org

June 2018