

Localización, identificación y recuperación de bienes procedentes del delito

Miguel Rodríguez Marcos
Stefano Gesuelli



Localización, identificación y recuperación de bienes procedentes del delito

Miguel Rodríguez Marcos

Stefano Gesuelli



Edita: Programa EL PAcCTO
Calle Almansa 105
28040 Madrid (España)
www.elpaccto.eu

Bajo la coordinación de:



Miguel Rodríguez Marcos

Stefano Gesuelli

Edición no venal
Madrid, febrero de 2022



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

**Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea.
El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva del programa EL PAcCTO
y, en ningún caso, debe considerarse que refleja el punto de vista de la Unión Europea.**

Índice

1.Introducción	8
2. Estrategia y planteamiento de la investigación de casos	9
2.1. Introducción	9
2.2. Rastreo de activos ilícitos	11
2.3. Equipos de Investigación	12
2.4. Creación de la estrategia general del caso	12
2.5. El plan de investigación	13
2.6. Características de los delitos	13
2.6.1. El delito precedente	13
2.6.2. Características del Lavado de Activos	14
2.7. Creación de una Matriz de Pruebas	15
2.7.1. Descripción de los elementos que deben ser probados	16
2.7.2. Descripción de los hechos para probar cada elemento	16
2.7.3. Descripción del tipo de evidencia que debe obtenerse para probar los hechos	17
2.7.4. Herramientas y fuentes de investigación que se usarán para recabar evidencia	19
3. Elaboración de perfiles financieros	24
3.1. Introducción	24
3.1.1. Herramienta útil para obtener pruebas indirectas o indiciarias	24
3.1.2. Herramienta para probar el enriquecimiento ilícito	25
3.2. Análisis del origen y aplicación de fondos para valorar ingresos no justificados	25
4. Asistencia legal mutua	28
4.1. Introducción	28
4.2. Preparación de la ALM	28
4.2.1. Fase previa	30
4.2.2. Momento de la ALM	31
4.2.3. Base Legal de la ALM	32
4.2.4. Tipología de asistencia	32
4.2.5. El principio de doble incriminación	33
4.2.6. El principio de especialidad	33
4.3. Redacción de la ALM	33
4.3.1. Operación de pesca	35
4.3.2. Idioma de la solicitud	35
4.3.3. Transmisión de ALM	35
4.4. Intercambio de información tributaria relevante para la recuperación de activos	36
4.5. Lista de control para la ALM	38
4.6. Modelo de solicitud de ALM	39
5. El Marco legal Anti-Lavado	40
5.1. Introducción	40
5.2. El marco legal anti lavado de activos	40
5.3. El uso de medidas represivas ALA en el rastreo de activos	41
5.3.1. Medidas cautelares	41

5.3.2.	Medidas cautelares para casos que tienen una dimensión internacional	42
5.3.3.	Decomiso y la inversión de la carga de la prueba	43
5.3.4.	Decomiso sin condena (Extinción de dominio)	43
5.3.5.	Tipo de activos sujetos a congelación, incautación y decomiso	44
5.4.	El uso de medidas preventivas anti lavado de activos (ALA) en el rastreo de activos	44
5.4.1.	Requisitos de DDC y mantenimiento de registros	45
5.4.2.	Identificación de personas expuestas políticamente (PEPs)	46
5.4.3.	Sanciones financieras dirigidas relativas a individuos y entidades	47
5.5.	El rol de las UIFs en el rastreo de activos	48
5.5.1.	Obligación de informar e información recibida por las UIFs	51
5.5.2.	Contenido del reporte de transacciones sospechosas (RTS)	51
5.5.3.	Cómo obtener la cooperación más efectiva entre las UIFs y las entidades obligadas	51
5.5.4.	El rol de las UIFs en las investigaciones financieras	52
5.5.5.	Divulgación de la información a otras autoridades	54
5.6.	El rol de la cooperación interinstitucional e internacional en el rastreo de activos	54
5.6.1.	Cooperación interinstitucional a nivel nacional	54
5.6.2.	Cooperación a nivel internacional	56
6.	El uso de estructuras jurídicas para ocultar activos ilegales	58
6.1.	Introducción	58
6.2.	Definición de estructura jurídica	59
6.2.1.	Significado de offshore	60
6.2.2.	Rol de proveedores de servicios societarios y fiduciarios	62
6.3.	Beneficiario final	62
6.4.	Estructuras jurídicas comúnmente usadas con fines delictivos	63
6.4.1.	Empresas de fachada o fantasma	64
6.4.2.	Empresas en reserva	66
6.4.3.	Fideicomisos	66
6.5.	Estableciendo el control y el beneficio	69
6.5.1.	Cooperación internacional	70
6.5.2.	Documentación/Información relevante	71
7.	Dinero Electrónico y Criptodivisas	72
7.1.	Introducción	72
7.1.1.	Características generales	72
7.1.2.	¿Dónde están nuestros bitcoins?	74
7.1.3.	Características legislativas	74
7.2.	Rastreo de dinero electrónico	75
7.2.1.	Bitcoin y actividades delictivas	75
7.2.2.	La cadena de bloques como herramienta de investigación	75
7.2.3.	Técnicas de investigación	76
7.2.3.1.	Usando los intercambios para recabar información	76
7.2.4.	Estudio de caso: Silk Road	77
7.3.	Consideraciones finales	79

Siglas y Abreviaciones

AIAMP - Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos

UNCAC - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

DRCI - Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia

PRONABI - El Programa Nacional de Bienes Incautados

ECI - Equipo de Investigación Conjunta

GAFISUD - Grupo de Acción Financiera de Sudamérica

UNODC - La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

RRAG - La Red de Recuperación de Activos de GAFISUD

MERCOSUR - Mercado común del sur

PGN - Procuración General de la Nación mediante las Resoluciones

PAcCTO - Programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado

IberRed - Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional

SENABICO - Secretaría Nacional de Administración de Bienes Incautados y Comisados

INMOBILIAR - Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público

UIF - Unidad de Inteligencia Financiera

Conceptos

Incautación: Acción y efecto de incautar. Privar a alguien de alguno de sus bienes en ejecución de una garantía o como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa¹.

Comiso: Pena accesoria al delito de contrabando, que supone la privación a su poseedor de las mercancías objeto del contrabando, la maquinaria empleada en la fabricación de géneros prohibidos, los medios de transporte con los que se realice el delito, las ganancias obtenidas del contrabando².

Decomiso: Sanción accesoria consistente en la privación definitiva de un bien o derecho padecida por su titular y derivada de su vinculación con una infracción administrativa ya sean los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción o ya sea el comiso de los efectos y de las ganancias o beneficios provenientes del ilícito³.

Extinción: Terminación o finalización de un procedimiento. Cancelación, desaparición o pérdida de eficacia de un derecho o facultad, obligación o deber, de manera que no puede ser ya ejercido el derecho o facultad, ni reclamado el cumplimiento del deber o la obligación⁴.

Dominio: Derecho de propiedad⁵.

Propiedad: Derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes⁶

Desafectación: Declaración expresa del cese de la afectación de un bien que determina la pérdida de su condición demanial y su calificación como bien patrimonial⁷.

1 MUÑOZ MACHADO, S. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid 2017. Volumen II, pág. 1130.

2 MUÑOZ MACHADO, S. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid 2017. Volumen I, pág. 486.

3 Ídem

4 Ibídem pág. 1004.

5 Ibídem pág. 856

6 MUÑOZ MACHADO, S. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid 2017. Volumen II, pág. 1694

7 MUÑOZ MACHADO, S. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española, Madrid 2017. Volumen I, pág. 800.

1. Introducción

Desde los albores de la creación de un sistema de investigación y represión penal de las conductas consideradas antisociales o peligrosas y, por lo tanto, ilícitas, las Autoridades encargadas de la aplicación de la ley penal se han centrado en identificar a los autores y encarcelarlos mirando más bien a un perfil subjetivo de la “pena”.

Los delitos financieros y, en general, las conductas ilícitas de carácter económico-financiero, se enfocan en generar un enriquecimiento o en “esconder” dicho enriquecimiento, diferenciándose de muchos otros delitos y presentan la característica que los autores de los mismos normalmente se preparan adecuadamente para la posibilidad de tener que cumplir una sentencia privativa de la libertad personal siempre y cuando puedan mantener su “tesoro” lejos de cualquier interferencia por parte de las Autoridades y preparado para que pueda regresar a su disponibilidad una vez que se encuentren libres.

Con esta consideración aparece claramente la necesidad de tener que enfrentar dichos delitos reduciendo este incentivo que los hace tan atractivos, enfocando los esfuerzos de las agencias de persecución penal y aplicación de la ley no solo en la tradicional investigación finalizada en castigar a los autores sino también en identificar, rastrear y recuperar los activos procedentes de los delitos que hayan sido generados y adquiridos.

Consecuentemente, la estrategia que debería guiar la acción de las agencias de cumplimiento de la ley que investigan y reprimen delitos económicos-financieros debería siempre considerar prioritariamente la recuperación de los activos ilegalmente obtenidos, despojando a sus autores de las ganancias ilícitas con un efecto disuasorio para el futuro, y el efecto de aumentar la “percepción de riesgo” sobre la capacidad de las Autoridades de actuar de manera eficaz en estos casos.

Al mismo tiempo hay que considerar que la recuperación de activos que se originan en ciertos delitos como la corrupción y la evasión/fraude tributario, permite disponer de recursos ilícitamente sustraídos a la colectividad que se podrán finalmente destinar a las prioridades y al bien común de los ciudadanos, representando de por sí, una actuación obligada del Estado.

La recuperación de activos es, de todas formas, un proceso complejo que se realiza a través de diferentes etapas en el cual cada etapa depende de que la anterior se haya completado de manera adecuada y legalmente robusta para que pueda resultar en un juicio justo y exitoso por las autoridades procedentes. Por esta razón, aún más que en procedimientos relacionados con otros delitos, cuanto mejor se pueda actuar desde los primeros insumos y actividades de inteligencia, cuanto mayor será la posibilidad de éxito. Esto también porque se requiere en muchos casos a las autoridades una revolución copernicana en cómo enfocar las actividades de inteligencia, investigación y represión por estos delitos. En el caso de un homicidio o de un atraco a un banco, por ejemplo, la investigación e inteligencia van “atrás” desde un hecho conocido y ya ocurrido hasta poco a poco definir los elementos relevantes por la investigación en una composición “estática” donde conocemos qué arma se utilizó, en qué lugar, etc.

Por el contrario, los delitos económicos y financieros determinan flujos “dinámicos” que son muy difíciles de definir en el momento y que, por las mismas características de los sistemas financieros, en nada se diferencian de los flujos lícitos si no por el origen de estos.

A esta dificultad de identificación se añade que la complejidad de los procesos de recuperación de activos y la falta de conocimiento técnico-jurídico que se observa a menudo en ciertos países representan otros grandes obstáculos para una recuperación exitosa de los mismos.

Llegar exitosamente a recuperar activos obtenidos de manera ilícita, por lo tanto, requiere primeramente una identificación y rastreo exitoso y puntual de los mismos. Con el término de rastreo definimos el proceso en el cual un investigador identifica, rastrea y ubica los efectos de un delito con el objetivo de incautarlos y/o congelarlos, para decomisarlos por medio de una orden judicial y, al final del procedimiento, devolverlos a las víctimas del delito, persona natural, entidad o el Estado mismo. Para llegar a dicho resultado, la actividad de rastreo debe enfocarse en obtener tres objetivos fundamentales: ubicar los activos, establecer la relación de estos con una actividad ilícita, llegar a probar la comisión de un hecho considerado relevante por el ordenamiento jurídico con el fin de obtener órdenes de incautación y congelamiento. Estas actuaciones deben considerarse no como etapas aisladas y distintas sino como resultados que los operadores deben conseguir simultáneamente y con el máximo alcance para que se logre privar al crimen de las ganancias de sus delitos.

En general el proceso que conduce a la recuperación y repatriación de activos se compone de cuatro etapas básicas:

- **Pre-investigativa:** *durante la cual el investigador verifica la fuente de información que da insumo a la investigación con el fin de determinar su veracidad;*
- **Investigativa:** *que identifica y localiza los efectos del delito y la evidencia disponible, con el fin de activar las medidas preventivas proporcionadas y las solicitudes de cooperación internacional necesarias;*
- **Judicial:** *en la que la persona imputada es condenada (o absuelta) y la decisión sobre el decomiso es definitiva;*
- **Disposición,** *donde se procede a decomisar los activos y el Estado dispone de la misma de conformidad con la legislación vigente y el marco internacional.*

Como aparece claro, es importante que el esfuerzo de los operadores involucrados especialmente en las primeras dos etapas pueda constituir una base sólida para que se llegue a un resultado exitoso en el menor tiempo posible. Coherentemente con dicha necesidad, el programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado de la Unión Europea denominado El PACcTO ha determinado elaborar esta guía, con el fin de divulgar estas experiencias con un enfoque práctico para los operadores de los sistemas de Justicia, Policía y de otras Autoridades relevantes de los Países beneficiarios.

2. Estrategia y planteamiento de la investigación de casos

2.1. Introducción

La enseñanza típica impartida a los investigadores a lo largo del siglo XX se ha enfocado primariamente en la identificación, enjuiciamiento y sanción de los autores de los delitos, sin importar mucho de recuperar los efectos de estos. La sanción aflictiva de la detención se consideraba la más idónea a representar la reacción de la sociedad frente a la conducta penal y a “reeducar” el culpable.

Por esta razón, durante décadas, los requerimientos para órdenes de congelamiento y decomiso han sido mínimos ya que no se consideraba necesario rastrear los activos ilícitos.

Este enfoque omitía considerar que el enriquecimiento personal es el principal factor que motiva a cometer delitos de carácter financiero y los responsables de estos están dispuestos a cumplir su tiempo de condena, siempre y cuando, una vez salgan de la cárcel, puedan retomar el estilo de vida que le permitan los recursos obtenidos ilegalmente.

Por lo anterior, lograr quitarles los efectos del delito no solo consigue devolver los mismos al Estado o a las víctimas, sino que también logra desincentivar en gran medida la comisión de delitos financieros en primer lugar. Por lo tanto, la primera prioridad para las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley que se ocupan de estos delitos es siempre apuntar a definir estrategias idóneas para recuperar los activos obtenidos de manera ilegal.

Para lograr dicho objetivo, los investigadores que actúan con casos complejos de recuperación de activos generalmente tendrán que recabar y analizar una gran cantidad de información para identificar y rastrear los efectos del delito. Cuando los operadores se encuentran con una cantidad exorbitante de información ubicada en diferentes jurisdicciones, es fácil perder de vista el fin principal de una investigación y olvidar esta primera prioridad fundamental. Por ello, es muy importante que las Autoridades responsables de la identificación y represión de estas conductas tengan una estrategia y un plan bien diseñados (incluyendo necesariamente la recuperación de los efectos del delito) que actuarán como guía y brindarán un método estructurado que indique cómo el equipo de investigación debe enfocar el caso. En consecuencia, la segunda prioridad fundamental para un equipo de investigación encargado de estos casos es siempre tener una estrategia y un plan de investigación debidamente diseñados.

En la mayoría de los casos complejos de recuperación de activos, los investigadores notarán que inevitablemente habrá activos localizados fuera de su jurisdicción. La recuperación de estos requerirá el intercambio de información y evidencia con las Autoridades competentes de estas jurisdicciones. Es importante recordar que, en la mayoría de los casos, la información determinante no siempre está disponible en la misma agencia investigadora o judicial, y en consecuencia la tercera prioridad fundamental es siempre buscar la asistencia adecuada: casi siempre se necesitará buscar la ayuda de agencias de investigación extranjeras a través de acuerdos para el intercambio de información y solicitudes de asistencia legal mutua (ALM). Dichas agencias pueden también estar en una mejor situación para investigar y enjuiciar los delitos y recuperar los efectos de los delitos relevantes bajo sus propias leyes, siempre que acuerden regresar estos activos al país-víctima luego de la conclusión de los procedimientos (o negociar un acuerdo adecuado para la distribución de activos).

2.2. Rastreo de activos ilícitos

El rastreo de activos se refiere al proceso en el que un investigador identifica, sigue y ubica los activos obtenidos por efectos del delito. Los investigadores rastrean activos con el fin de incautarlos y/o congelarlos para que puedan ser decomisados a través de una orden judicial y, finalmente, devueltos a las víctimas del delito, ya sean un particular o el Estado.

En una investigación de rastreo de activos, los operadores persiguen tres objetivos: ubicar los activos, relacionarlos con una actividad ilícita para obtener las órdenes de congelamiento y decomiso y probar la comisión de los delitos relevantes. Estos no deben considerarse como tres pasos distintos y separados, sino objetivos que se superponen hacia los que deben trabajar los investigadores de manera simultánea, con el fin de alcanzar el resultado de incautar los resultados de las actividades ilícitas.

Hay que evidenciar al respecto que la recuperación de activos puede alcanzarse a través de múltiples caminos, siendo el más común de ellos el decomiso que puede basarse en una condena, o no, de conformidad con los diferentes sistemas jurídicos. En casos de decomiso de activos basados en una condena, la Autoridad Judicial competente emite una orden para el decomiso de activos luego de que una persona natural o jurídica ha sido condenado(a) por un delito. Por otro lado, el decomiso sin que medie condena no necesita la condena penal dictada contra un individuo o entidad, sino que permite a los Estados recuperar los activos ilegalmente obtenidos a través de procedimientos directos contra la propiedad en sí misma (extinción de dominio). Este último camino no está disponible en todas las jurisdicciones. Por tanto, este capítulo se centrará en la recuperación de activos a través de un enfoque basado en la condena, aunque la mayoría de los principios discutidos también se aplicarán al enfoque que no se basa en una condena.

Siguiendo un enfoque común basado en una condena para la recuperación de activos, los investigadores deben hacer más que simplemente localizar a los delincuentes. Ellos también deben obtener suficiente evidencia para conectar los activos obtenidos a la actividad ilegal para así poder obtener una orden judicial de decomiso. Muchos intentos de recuperación de activos fracasan porque simplemente no se logra establecer dicha conexión. Al mismo tiempo, los investigadores deben tratar de obtener evidencia que se pueda utilizar para enjuiciar al delincuente por la actividad criminal subyacente (delito precedente) que generó los activos ilícitos. Es importante resaltar que una condena penal puede ser seguida por el decomiso no solo de los activos asociados con el delito específico, sino también de activos adicionales que la corte establezca como efectos de otros delitos similares (bajo determinadas condiciones)⁸. Progresivamente, con la difundida adopción de la extinción de dominio, a veces ya no es necesario, en muchas jurisdicciones, enjuiciar un individuo para recuperar los efectos de algunos delitos bajo determinadas circunstancias definidas por el marco jurídico vigente.

⁸ Resolución marco del Consejo da la UE 2005/212/IHA del 24 de febrero de 2005 sobre el Decomiso de efectos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

2.3. Equipos de Investigación

En la mayoría de los países, las competencias necesarias para llevar a cabo un caso de rastreo de activos requieren la contribución de funcionarios que pertenecen a diferentes administraciones o entidades de cumplimiento de la ley como funcionarios de inteligencia, investigadores financieros, analistas y abogados. Por lo tanto, es oportuno establecer lo antes posible un equipo de investigación multidisciplinario que incluya a cada uno de estos grupos de capacidades. La investigación involucrará un gran número de instituciones como la policía, la agencia anti-corrupción, la unidad de inteligencia financiera, la Fiscalía o Ministerio Público, la Autoridad competente para la asistencia legal mutua y la oficina de recuperación de activos.

Para cubrir todas estas áreas de capacidades resulta primordial que, desde el comienzo de la investigación que lleve a recuperar activos ilícitos, se identifiquen las instituciones necesarias para formar este grupo multidisciplinario. Es posible que en ciertas jurisdicciones se tengan que redactar y firmar memorándum de entendimiento entre las Instituciones relevantes para que se pueda autorizar y facilitar esta cooperación interinstitucional y legalizar los resultados obtenidos en un procedimiento penal. Una vez establecido este marco legal necesario se deberá identificar la institución que se encuentra en mejor posición para manejar de manera exitosa la investigación asumiendo un rol proactivo y creando una estrategia de caso con la asignación de las tareas responsabilidad y productos que cada Institución deberá asumir dentro del equipo para implementar esta estrategia. Asimismo, dentro de una misma institución es oportuno considerar la creación de binomios de analistas e investigadores con el fin de retroalimentar adecuadamente las investigaciones “de campo” con los resultados del análisis y viceversa.

2.4. Creación de la estrategia general del caso

La Institución que lidera el equipo multidisciplinario debe definir desde el comienzo las acciones que constituyen la estrategia general del caso. Concretamente dichas acciones son:

- *Definir los recursos humanos y materiales necesarios, considerando las capacidades y activos disponibles y definiendo un presupuesto definitivo si se requiere;*
- *Crear un mecanismo de seguimiento, archivo y búsqueda de todo el material relevante para que se recopile y pueda consultarse en cualquier momento;*
- *Diseñar un plan de investigación;*
- *Mapear las tareas y objetivos de cada miembro del equipo, asegurándose de que cada uno entienda qué se espera de él/ella.*

Al desarrollarse la investigación, el líder del equipo también tendrá que:

- *Organizar reuniones periódicas con los miembros del equipo y circular la información sobre las actividades realizadas;*
- *Actualizar el plan de investigación conforme vayan desarrollándose las actividades;*
- *Verificar el cumplimiento de las tareas y objetivos previamente definidos y actualizarlos si se considera oportuno.*

2.5. El plan de investigación

De todos los puntos de una estrategia de caso, la definición de un plan de investigación representa el factor crítico entre todos para que dicha estrategia sea realmente exitosa.

Cada investigación que lleva a una exitosa recuperación de activos es única y por esto la calidad, cantidad y tipología de la información disponible en la primera etapa de investigación es crucial para determinar cómo la misma se llevará a cabo desde un principio. Por esta razón es fundamental que el plan de investigación inicial sea lo más claro posible para resultar coherente con el enfoque estratégico que se ha querido dar a la actividad misma. Por lo tanto, desde el inicio, el objetivo de la investigación debe ser comprobar la labor de inteligencia previa y transformarlo en una prueba idónea que pueda usarse para condenar los sospechosos y, en consecuencia, recuperar los activos obtenidos ilícitamente.

El plan de investigación, consecuentemente, es un esquema de la estrategia general del caso que se adoptará de cara a lograr este objetivo, sirviendo como guía efectiva de todos los miembros del grupo multidisciplinario. Dicho plan debe tener la forma de un documento dinámico, o sea determinado a través de una constante actividad de revisión, crítica y actualización a lo largo de la investigación para que refleje con exactitud la evidencia obtenida en varios momentos, los desarrollos del caso y el cuadro general que se obtiene sobre el mismo.

Por esta razón el plan de investigación debe incluir lo siguiente:

- *Las características del delito precedente, incluyendo siempre los efectos de los activos criminales/ilegales generados de estos delitos (si ya han sido identificados) y un esquema de los potenciales delitos de lavado de activos que se pueden originar de estos precedentes;*
- *La definición de las evidencias relevantes necesarias para establecer los delitos y demostrar los efectos generados por los mismos con la lista de las herramientas investigativas que pueden utilizarse para recabar dichas evidencias;*
- *La estrategia de comunicación, si considerada oportuna, con el fin de aumentar la percepción de riesgo sobre las conductas ilícitas de naturaleza económico-financiera, evidenciando la capacidad del Estado de hacer frente a dichos hechos;*
- *Un esquema de evaluación continua de la investigación, que permita evaluar las acciones tomadas, los resultados conseguidos y aplicar, si necesario, correcciones al plan.*

2.6. Características de los delitos

2.6.1. El delito precedente

Los efectos del delito se derivan de un ilícito previsto como tal por el código o leyes penales especiales. Por lo tanto, para obtener una orden de congelamiento y finalmente un orden de decomiso es primordial vincular los efectos a un delito precedente. Por lo tanto, un elemento importante del caso de recuperación de activos será definir una descripción clara de los hechos que rodean la comisión del delito precedente original y los efectos ilegales generados con el mismo. La descripción de los hechos también ayudará a los investigadores cuando elaboren la matriz de evidencias que se verá a continuación. Sin embargo, es importante recordar que se generará una constante necesidad de revisar y actualizar el plan de investigación, en la medida que cambien los hechos que se encuentren a disposición de los investigadores, conforme avance la investigación.

En la descripción de los hechos del delito original es importante que los investigadores sean capaces de contestar a las siguientes preguntas:

- *¿Quiénes?* Identificar a todas las personas naturales o jurídicas relacionadas con la actividad criminal y las relaciones entre ellos mismos;
- *¿Qué?* Definir las normas penales abstractamente violadas con el fin de identificar los posibles delitos cometidos y los efectos que de estos se han generado;
- *¿Dónde?* Localizar los lugares donde los involucrados cometieron los hechos que constituyen el delito y donde se encuentran actualmente los activos obtenidos ilegalmente con el fin de evaluar los temas de jurisdicción;
- *¿Cuándo?* Colocar en un eje temporal las acciones relevantes con el fin de definir las fechas en que ocurrieron las mismas y evaluar los plazos de prescripción para el enjuiciamiento de las acciones;
- *¿Por qué?* Entender las motivaciones de las acciones cometidas por parte de los involucrados;
- *¿Cómo?* Definir las modalidades utilizadas para cometer el delito colocando todos los eventos y acciones relevantes en el eje temporal ya predispuesto, de manera que se entienda la secuencia de estos y que constituye el método utilizado por los malhechores para cometer delito, generar una ganancia y ocultarla.

2.6.2. Características del Lavado de Activos

Si un delito ha generado ganancias que han sido posteriormente transferidas o transformadas con el fin de ocultar su origen ilegal, entonces generalmente se habrá cometido un delito de lavado de activos. Contextualmente a la definición de las características del delito precedente, como descrito anteriormente, los investigadores también deberán establecer las características de cualquier delito subsecuente de lavado de activos y contestar a las mismas preguntas planteadas por el delito original:

- *¿Quiénes?* Identificar a todas las personas naturales o jurídicas involucrados en el lavado y las relaciones entre los mismos;
- *¿Qué?* Definir la forma y el monto de las ganancias ilegales generadas con referencia al delito previsto por la ley como precedente del lavado de activos;
- *¿Dónde?* Localizar los lugares donde los involucrados han cumplido acciones finalizadas a ocultar el origen ilícito de los activos que probablemente puedan encontrarse también en jurisdicciones distintas y podrán involucrar la comisión de un delito de lavado en cada jurisdicción;
- *¿Cuándo?* Colocar en un eje temporal las acciones relevantes que han permitido “lavar” los fondos con el fin de evaluar los plazos de prescripción para el enjuiciamiento de las acciones;
- *¿Por qué?* Entender las motivaciones para ocultar el origen de las ganancias o de los flujos ilícitos que podrían tener finalidades distintas al lavado (como en tema de financiación del terrorismo);
- *¿Cómo?* Definir el esquema general seguido para lavar los activos y lograr ocultarlos.

2.7. Creación de una Matriz de Pruebas

Las investigación económico-financiera requiere una cantidad importante de evidencia admisible para establecer los hechos que prueban cada elemento del delito. En consecuencia, la determinación de la evidencia necesaria para probar un delito es una parte esencial del planeamiento estratégico.

En el mapeo de las evidencias que se debe obtener, los investigadores deberán referirse a los esquemas tanto del delito precedente como del lavado de activos que se han elaborado de conformidad a lo comentado anteriormente. Posteriormente, hay que identificar qué pruebas constituyen prueba idónea para orientar a la Autoridad judicial competente a concluir que el sujeto investigado ha efectivamente cometido los delitos que se están investigando. A estas pruebas habrá que añadir más elementos adicionales para vincular los activos ilegales a los delitos, tanto para condenar el autor como para rastrear y recuperar los activos, obteniendo órdenes de congelamiento en el país o en el extranjero lo más temprano posible.

El análisis de la evidencia necesaria para probar el delito permite que el equipo de investigación identifique cualquier brecha en la evidencia recopilada a la fecha y por tanto que se enfoque en adquirir mayor evidencia relevante de fuentes adecuadas. En la experiencia de algunas agencias nacionales e internacionales se elabora un esquema de la evidencia recopilada (una matriz de evidencia), que configura una ruta para la obtención de las evidencias mismas. La matriz de evidencia es una referencia muy útil a lo largo del curso de la investigación para determinar si la evidencia será admisible y si es probable que resista al escrutinio final de un juez penal.

Con el fin de elaborar dicha matriz, los investigadores consideraran cuatro áreas fundamentales:

- *Los elementos a probar;*
- *Los hechos necesarios para probar cada elemento;*
- *El tipo de evidencia que se debe recopilar para establecer cada hecho;*
- *El método que se debe utilizar para obtener esta evidencia.*

2.7.1. Descripción de los elementos que deben ser probados

Será necesario crear una matriz por cada delito que necesite probarse. Por dicho fin se tendrá que identificar las disposiciones penales oportunas y analizar cada elemento que define la conducta penalmente relevante con el fin de definir qué prueba se necesita para saber que un hecho puntual sucedió.

En el caso de un delito de cohecho, por ejemplo, la matriz se vería de la siguiente manera:

Elementos del delito	Hechos necesarios para probar cada elemento	Tipo de evidencia necesarias para probar los hechos	Método que se usará para obtener la evidencia
El autor es un funcionario público			
El autor recibió fondos por parte de un tercero			
El autor recibió el pago sin que existiera alguna relación contractual lícita con el tercero			
El autor lo hizo con el fin de favorecer el tercero en la adjudicación de un contrato público			

Recuerde incluir todos los delitos potenciales cuando elabore matrices en caso de recuperación de activos ya que los flujos financieros ilícitos pueden proceder de diferentes conductas delictivas.

2.7.2. Descripción de los hechos para probar cada elemento

El siguiente momento de la investigación será establecer cada uno de los hechos que deben ser probados para establecer cada elemento. En el ejemplo anterior, el primer elemento será si el supuesto autor del delito es funcionario público y, por lo tanto, el investigador tendrá que verificar que efectivamente se verifique dicha condición. Para contestar dicha pregunta, el investigador tendrá que referirse a su esquema de las características del delito donde se habrá dado una primera respuesta a las preguntas ¿Quién?, ¿Cuál?, ¿Cuándo?, ¿Por qué?, ¿Cómo?, con base en la inteligencia recibida.

Las respuestas a dichas preguntas y los hechos en que se basaron pueden ser muy útiles para establecer los elementos del delito e introducirlos en la matriz de evidencia donde puedan ser relevantes. En el ejemplo, la matriz podría enumerar los siguientes nuevos elementos:

Elementos del delito	Hechos necesarios para probar cada elemento	Tipo de evidencia necesarias para probar los hechos	Método que se usará para obtener la evidencia
El autor es un funcionario público	El autor es funcionario público en el ministerio de Obras Publicas con el cargo de director general de contratación		
El autor recibió fondos por parte de un tercero	El autor recibió una transferencia de US\$ 100.000 en una cuenta a nombre de la esposa. Los fondos originan de la cuenta del tercero en el País X		
El autor recibió el pago sin que existiera alguna relación contractual licita con el tercero	<ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta ningún negocio jurídico entre el autor y el tercero que justifique la transferencia 2. El monto transferido resulta en la contabilidad de la empresa del tercero como "gastos de intermediación" 		
El autor lo hizo con el fin de favorecer el tercero en la adjudicación de un contrato público	La empresa del tercero se adjudicó efectivamente un contrato público en los meses siguientes por un valor de US\$ 10.000.000		

2.7.3. Descripción del tipo de evidencia que debe obtenerse para probar los hechos

La siguiente actividad por realizar será identificar qué tipo de evidencia se necesitará para establecer cada uno de los hechos descritos anteriormente.

La evidencia requerida dependerá del tipo de delito que se investigue, pero en los casos de recuperación de activos normalmente se requiere:

- *Registros de comunicaciones telefónicas, informáticas, etc.;*
- *Declaraciones y entrevistas de los involucrados;*

- *Documentos bancarios, contables y financieros (estados de cuentas, informes de debida diligencia, reportes de operaciones sospechosas, etc.);*
- *Documentos de registros corporativos y públicos (registro de propiedad, registro de autoridades de regulación, etc.);*
- *Instrumentos legales (documentos fiduciarios);*
- *Contratos comerciales;*
- *Noticias en fuentes abiertas y contenidos en redes sociales (ej.: viajes, eventos sociales, contactos, etc.)*

Es importante considerar que la evidencia necesaria variará mucho de caso a caso y la definición de los elementos necesarios tendrá que darse como resultado del grupo multidisciplinario en cuyo ámbito cada miembro podrá aportar su experiencia y capacitación.

Después de esta actividad la matriz de evidencia podría resultar de la siguiente manera:

Elementos del delito	Hechos necesarios para probar cada elemento	Tipo de evidencia necesarias para probar los hechos	Método que se usará para obtener la evidencia
El autor es un funcionario público	Es funcionario público en el ministerio de Obras Publicas con el cargo de director general de contratación	Contrato de trabajo o planilla	
El autor recibió fondos por parte de un tercero	Recibió una transferencia de US\$ 100.000 en una cuenta a nombre de la esposa, de la cuenta del tercero en el País X	Documentos bancarios de las cuentas de los involucrados incluyendo las ordenes de transferencias	
El autor recibió el pago sin que existiera alguna relación contractual licita con el tercero	<ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta ningún negocio jurídico entre el autor y el tercero que justifique la transferencia 2. El monto transferido resulta en la contabilidad de la empresa del tercero como "gastos de intermediación" 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Extractos del registro público; 2. Documentos de notarías; 3. Declaraciones de impuestos; 	
El autor lo hizo con el fin de favorecer el tercero en la adjudicación de un contrato público	La empresa del tercero se adjudicó efectivamente un contrato público en los meses siguientes por un valor de US\$ 1.000.000	<ol style="list-style-type: none"> 1. Auditorías de autoridades independientes; 2. Entrevistas a funcionarios y a terceros. 	

2.7.4. Herramientas y fuentes de investigación que se usarán para recabar evidencia

El resultado de una investigación económico-financiera depende en muchísimos casos de la capacidad de las autoridades que investigan para utilizar de manera adecuada las herramientas investigativas disponibles para recopilar evidencias y rastrear activos. Con este fin, los investigadores necesitarán convertir la inteligencia disponible en evidencia admisible que se pueda utilizar en el proceso judicial. Para ello, deberá considerarse la confiabilidad de las fuentes y la relevancia de la información recopilada, con relación a su capacidad para establecer los hechos relevantes para probar los elementos del delito.

Los tipos de fuentes disponibles varían en función de su naturaleza y pueden incluir agencias de investigación especializadas, como las Unidades de inteligencia financiera (FIU – UIFs), fuentes abiertas, diferentes fuentes de inteligencia, agencias tributarias y aduaneras, Instituciones de otros Países, como se describe a continuación.

Inteligencia Financiera y UIFs

Los flujos financieros de cualquier naturaleza normalmente pasan por el sistema financiero y, por lo tanto, dejan rastros que pueden auditarse con posterioridad. La inteligencia financiera se refiere a cualquier información que puede obtenerse para ayudar en el proceso y que se pueda utilizar para crear el perfil financiero de un sospechoso. Esta información puede derivar de una amplia gama de fuentes y puede incluir información obtenida de instituciones financieras, agencias gubernamentales, proveedores de servicios societarios y fiduciarios, competidores comerciales...

Para obtener dicha información y para vigilar la actuación de los sujetos obligados se han establecido UIFs en la mayoría de las jurisdicciones que reciben, analizan y diseminan información proporcionada por las instituciones financieras bancarias y no bancarias relacionadas con transacciones financieras sospechosas o inusuales. Para el mismo fin, en el 1995 se creó el grupo Egmont de las Unidades de Inteligencia Financiera que brinda un foro para que las UIFs de diferentes países puedan compartir inteligencia financiera relevante relativa a sospechosos investigados en diferentes jurisdicciones, con el fin de facilitar la cooperación internacional.

En el ejemplo de cohecho que estamos analizando, se puede obtener inteligencia financiera sobre la transferencia realizada a partir de una cuenta en el país X. En respuesta, el País X enviará la información requerida, pero podrá también empezar una investigación propia sobre la naturaleza de los fondos allí existentes y enviar una solicitud formal de asistencia legal mutua.

Fuentes abiertas

El sector económico-financiero, por sus dinámicas y por la necesidad de proveer informaciones y noticias de interés en el ámbito del sector privado para diferentes finalidades (business intelligence, evaluación del riesgo, tutela de acreedores y accionistas, etc) se caracteriza por la existencia de numerosas fuentes abiertas disponibles gratuitamente o por pago.

Para explicar eficazmente la importancia de lo ante dicho respecto al análisis económico-financiero, hay que hacer referencia al siguiente grafo:



El gráfico ordena la información normalmente utilizada para el análisis respecto a dos factores claves:

- La posibilidad de acceder y encontrar la información en fuentes abiertas o fuentes de organismos públicos o privados;
- El número más o menos amplio de fuentes donde encontrar la información.

Respecto a dichos factores podemos definir informaciones:

- De 1er nivel, cuando la noticia es caracterizada por un fácil y común acceso y un amplio número de proveedores (Ej.: periódicos, agencias periodísticas, boletines de informaciones, índices de mercados, etc.). A este respecto es importante constatar cómo en materia económico-financiera la disponibilidad de esta clase de información es realmente amplia y "fácil" de obtener ya que muchos datos son publicados por estudios, balances, obligaciones societarias y hasta por las mismas empresas;
- De 2do nivel, para información fácilmente accesible por contratos con proveedores o por convenios interinstitucionales (ej.: base de datos D&B, Mint Global, datos de superintendencias, administraciones tributarias). Es necesario siempre verificar que se trate de bases con información pública que no constituya búsqueda selectiva en base de datos, en cuyo caso la normativa colombiana exige unos controles de orden judicial para poder acceder a ellos. A seguir un ejemplo de las funciones de dichas bases de datos;

- *De carácter táctico, que se refieren a noticias cuya escasez empieza a tener un impacto y genera costos de aprensión altos. Típicamente se trata de documentos relacionados con un ámbito de interés de los análisis generados por blancos de investigación, conversaciones telefónicas interceptadas en un procedimiento penal, actividad de vigilancia y seguimiento, documentos incautados en un registro, datos bancarios, etc.*

- *Estratégicas, cuando la noticia está disponible solo a través de una única fuente y los costos de adquisición de esta son extremadamente altos, así como el riesgo de no poder cruzar y verificar la misma por otras fuentes. Es el caso de fuentes humanas que tengan acceso exclusivo a una noticia, whistleblowers, etc.*

Queda evidente que, a mayor escasez y menor posibilidad de acceso a la información, corresponde un costo mas grande para conseguirla.

Respecto a dicha clasificación, con referencia a las actividades de recuperación de activos, es relevante considerar que sea necesario mapear las fuentes de informaciones de 1er y 2do nivel disponibles para disminuir la brecha de conocimiento y adquirir más datos e informaciones posibles.

Dicha recomendación cobra mayor importancia considerando también que cualquier buena práctica y marco jurídico de intercambio de informaciones a nivel inter-institucional o internacional dispone la necesidad de “agotar” todos los medios disponibles antes de formular un pedido, con el fin de obtener mayor eficacia, eficiencia y economía del intercambio mismo.

Inteligencia humana voluntaria

Las fuentes de inteligencia humana son todavía una de las herramientas clave de inteligencia para las agencias de investigación del delito, especialmente cuando se trata de contrastar esquemas de lavado de activos que normalmente son muy difíciles de penetrar sin aporte de los participantes. La inteligencia humana comprende todas las circunstancias en las que un individuo se acerca y proporciona información que pueda aportar a la investigación y generalmente se refiere a informantes, soplones, víctimas, etc. La información brindada por una fuente humana puede ser esencial para una investigación exitosa y puede proporcionar información fundamental sobre el funcionamiento de esquemas complejos de ocultación de activos que solo de esta forma pueden desvelarse. Al mismo tiempo que dicha información puede revelarse fundamental para la investigación, es importante mantener un nivel considerable de precaución evaluando la credibilidad de la fuente y las motivaciones que le inspiran ya que una información incorrecta o manipulada puede comprometer toda la investigación.

Entrevistas

Las entrevistas pueden realizarse con el fin de adquirir información relevante tanto por las personas involucradas en el delito como por terceros que puedan aportar elementos importantes a la investigación. Es importante considerar las entrevistas como fuentes humanas y evitar manipulaciones que puedan influir negativamente sobre la investigación posterior. Asimismo, es necesario considerar todos los requerimientos legales necesarios para que la entrevista tenga valor legal conformemente al marco jurídico vigente.

Para llevar a cabo una entrevista que permita evidenciar elementos importantes para la investigación, es fundamental que los investigadores preparen un plan detallado de cómo llevar a cabo la actividad con un esquema de conductas y preguntas previamente elaboradas.

Es necesario que el personal encargado de dicha actividad sea previamente capacitado y haga referencia a manuales existentes o a textos académicos que tratan de manera específica el tema.¹⁰

Solicitudes de información

Las agencias de investigación deben primero identificar las partes que resultan mantener información valiosa para la investigación y consecuentemente redactar la solicitud de información conforme a la legislación vigente. Con el fin de obtener la información relevante para la investigación, es importante definir adecuadamente el objeto de la solicitud (por ejemplo, el listado de actividad de un número de teléfono) con el fin de evitar que los tiempos de respuesta puedan comportar excesivos retrasos.

Vigilancia Física y observación

La vigilancia es una excelente fuente tradicional de información, ya que puede dar una idea de las actividades diarias de un sospechoso y de sus frecuentaciones diarias. Adicionalmente, puede evidenciar los lugares que el sospechoso visita y la ubicación de las propiedades y empresas controladas por este, así como instituciones financieras u otras entidades relevantes que frecuenta. Para este fin puede averiguarse la posibilidad de utilizar las imágenes almacenadas por los sistemas de cámara de vigilancia existentes en muchos ámbitos urbanos y propiedades privadas.

Registros e incautaciones

Los registros constituyen una excelente y tradicional herramienta para obtener evidencias minimizando el riesgo de ocultamiento o destrucción de esta. Las desventajas de llevar a cabo registros e incautaciones es que la cantidad de material obtenido durante una operación a veces es muy grande y en consecuencia se requiere de muchos recursos y tiempo para completar su análisis. Asimismo, puede requerirse adquirir material contenido en medios informáticos o servidores, por lo cual se necesitará planificar la presencia de personal especializado con capacidad forense.

Cooperación internacional

Cuando los activos están ubicados en jurisdicciones extranjeras, las Instituciones policiales y judiciales pueden cooperar con sus contrapartes extranjeras tanto para obtener información y evidencia sobre la ubicación de activos como para tenerlos efectivamente congelados e incautados. Dicha cooperación puede realizarse a través de la red Egmont que ya se comentó. Alternativamente, si cada estado es miembro de una red inter-agencias de recuperación de activos que operan en diferentes áreas del mundo, también pueden utilizarlas con el fin de compartir inteligencia y alertas tempranas.

¹⁰ Por ejemplo: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2915/Entrevista_interrogatorio_tecnicas.pdf?sequence=1&isAllowed=

En esta etapa, la matriz de información puede definirse así:

Elementos del delito	Hechos necesarios para probar cada elemento	Tipo de evidencia necesarias para probar los hechos	Método que se usará para obtener la evidencia
El autor es un funcionario público	Es funcionario público en el ministerio de Obras Publicas con el cargo de director general de contratación	Contrato de trabajo o planilla	Solicitud de información dirigida al Ministerio
El autor recibió fondos por parte de un tercero	Recibió una transferencia de US\$ 100.000 en una cuenta a nombre de la esposa, de la cuenta del tercero en el País X	Documentos bancarios de las cuentas de los involucrados incluyendo las ordenes de transferencias	<ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitud de información dirigida al Banco 2. Solicitud de información dirigida a la Autoridad competente del País X
El autor recibió el pago sin que existiera alguna relación contractual licita con el tercero	<ol style="list-style-type: none"> 1. No resulta ningún negocio jurídico entre el autor y el tercero que justifique la transferencia 2. El monto transferido resulta en la contabilidad de la empresa del tercero como "gastos de intermediación" 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Extractos del registro público; 2. Documentos de notarías; 3. Declaraciones de impuestos; 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitud de información a las Autoridades de registro público y a la administración tributaria 2. Solicitud dirigida a la notaria
El autor lo hizo con el fin de favorecer el tercero en la adjudicación de un contrato público	La empresa del tercero se adjudicó efectivamente un contrato público en los meses siguientes por un valor de US\$ 1.000.000	<ol style="list-style-type: none"> 1. Auditorías de autoridades independientes; 2. Entrevistas a funcionarios y a terceros. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitud de información a las autoridades competentes 2. Orden de comparecencia a los testigos 3. registros

3. Elaboración de perfiles financieros

3.1. Introducción

Como se ha presentado anteriormente, el primer paso hacia la recuperación de activos es crear el marco de una investigación financiera coherente y completa que identifique los activos y los rastree hasta llegar a su origen. Durante este proceso la elaboración de un perfil financiero es una herramienta fundamental para ayudar los investigadores a establecer un vínculo entre las personas, las actividades ilícitas y sus ganancias ilícitamente obtenidas y ocultadas o transformadas.

El método más común y más fácil para elaborar perfiles financieros y probar ingresos desconocidos que puedan constituir manifestación de un origen ilícito es el análisis conocido como método de “gastos” y “flujos de fondos”, que trata de comparar los gastos de una persona con sus ingresos legales y conocidos ya que, normalmente, los efectos de una actividad delictiva se guardarán en efectivo o en cuentas bancarias y se utilizarán para comprar activos, pagar deudas o financiar gastos de la organización delincidental o personales.

Esta herramienta, por lo tanto, puede utilizarse para conseguir pruebas indiciarias de la comisión de un delito, pero también puede suplir a la prueba directa en jurisdicciones donde la riqueza no justificada o el enriquecimiento ilícito se encuentren penalizados como delitos independientes.

3.1.1. Herramienta útil para obtener pruebas indirectas o indiciarias

Durante una investigación, lo ideal sería que un investigador tenga pruebas directas de la comisión de un delito: un pago por encima pagado directamente a la cuenta bancaria de un funcionario, una grabación que documente la actividad ilícita o los resultados de una actividad encubierta. Estas evidencias si bien resultan contundentes a la hora de llegar a juicio, son muy difíciles de encontrar sobre todo con referencia a los delitos de naturaleza económica. La conducta misma, con la fuerte conexión que se encuentra entre los responsables de delitos de corrupción o delincuencia organizada, las nuevas tecnologías y métodos de pagos permiten que los malhechores transfieran fondos y paguen sobornos sin moverse de su oficina o de su casa y, en muchos casos, sin reunirse físicamente. Asimismo, los funcionarios corruptos y los lavadores de activos normalmente tienen en plantilla hábiles economistas, contadores y abogados que los ayudan a crear esquemas financieros complejos para esconder la propiedad de los activos. Finalmente, en los delitos de corrupción, ambas partes (el sobornador y el sobornado) se benefician del delito que a menudo es cometido a puertas cerradas y ninguno tiene interés en denunciarlo. Como resultado, la investigación a menudo comienza meses después de la comisión de la actividad ilegal, haciendo casi imposible encontrar pruebas directas como las mencionadas.

Por estas razones, se hace necesario seguir el dinero y buscar al beneficiario final de los activos ilegales, la persona natural que maneja autos costosos y vive en lujosas propiedades, y dicho seguimiento se podrá realizar utilizando pruebas indirectas o indiciarias para probar la comisión del delito y rastrear los activos generados. Los métodos indirectos pueden utilizarse, por ejemplo, cuando el sospechoso recibió pago en divisas o en activos que no

pueden rastrearse de manera directa, y se basan en el supuesto que las ganancias del delito, en cualquier monto importante, aparecerán finalmente, de manera directa o indirecta en las cuentas, activos o gastos del autor.

El método de origen y aplicación de fondos en esta instancia brinda evidencia indiciaria y se usa en el curso de una investigación en la que se verifica que no hay una evidencia directa y durante un tiempo definido, así como que el sospechoso gastó o utilizó mucho más dinero del dinero legal que tenía a su disposición.

3.1.2. Herramienta para probar el enriquecimiento ilícito

En jurisdicciones donde la “riqueza no justificada” o el “enriquecimiento ilícito” es un delito independiente, el investigador necesita probar a cuánto asciende la riqueza ilícita del sospechoso. La investigación requiere necesariamente establecer que la diferencia entre los gastos del sospechoso y sus ingresos legales se ha originado en actividades ilícitas y se encuentra, por lo tanto, sujeta a decomiso. Para probar esto, el investigador puede aplicar el método de origen y aplicación de fondos conforme se describe a continuación.

Esta poderosa disposición legal no se encuentra en algunos países, ya que ciertos sistemas legales consideran que el delito de enriquecimiento ilícito invierte la carga de la prueba, lo que va en contra de sus constituciones y de los principios fundamentales de sus sistemas legales. El sospechoso ya no goza del derecho fundamental a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad, puesto que se le pide que pruebe el origen legal de su riqueza. En un escenario en el que un sospechoso, un funcionario público, por ejemplo, supuestamente recibió sobornos por contratos que otorgó de manera ilegal, este método solo no prueba el delito de por sí, pero demuestra que la persona estaba gastando dinero muy por encima de sus medios legales. Algunos países pueden requerir que la investigación establezca evidencia que indique que el sujeto cometió un delito (cohecho o abuso de autoridad en el ejemplo) para vincular su actividad ilegal con la riqueza no justificada. En este caso, el análisis del origen y aplicación de fondos complementará la declaración de testigos e investigará otros posibles orígenes de la riqueza no justificadas para permitir que la Autoridad judicial llegue a la conclusión de que los fondos deben emanar de actividades ilícitas.

Por lo tanto, el método de origen y aplicación de fondos puede utilizarse de manera diferente dependiendo del sistema legal del país en el que se lleva a cabo la investigación.

3.2. Análisis del origen y aplicación de fondos para valorar ingresos no justificados

Como anteriormente se ha comentado, este método compara el dinero gastado, ahorrado y usado de cualquier manera con los ingresos legales y conocidos que el sospechoso obtuvo, durante un tiempo determinado según el esquema siguiente:

1/1/2021 – 31/12/2021		
1	Gastos Totales y otros activos	US\$ 1,000,000.00
2	Prestamos, Hipotecas, créditos bancarios	US\$ 100,000.00
3	Ingresos conocidos y legales (declarados)	US\$ 100,000.00
	Ingresos ilegales o no justificados 1 - (2 + 3)	US\$ 800,000.00

Siguiendo este esquema, un analista comparará todas las transacciones financieras hechas por el sospechoso durante un periodo de tiempo determinado. Este periodo puede ser un año calendario (1 de enero a 31 de diciembre, como en el ejemplo anterior) o cualquier otro marco temporal que mostrará un aumento de gastos o riqueza muy por encima de los medios legales del sujeto y que incluye el periodo en que el supuestamente cometió la actividad ilícita. Cuando estamos frente a un caso de corrupción de un funcionario público, donde sea legalmente obligatorio redactar una “declaración patrimonial”, un buen punto de inicio para el marco temporal podría ser la fecha en la que el funcionario supuestamente sobornado rindió dicha declaración y utilizando los datos incluidos en dicho documento, el investigador evitará cualquier posible negación por parte de su defensa.

La tabla a continuación representa un simple ejemplo de un análisis de origen y aplicación de fondos completo.

La columna “Origen” mostrará el balance de todas las cuentas al principio del periodo bajo consideración. De manera similar, la columna aplicación se llenará con el balance de las mismas cuentas al final del periodo del análisis. El siguiente paso es enumerar todas las fuentes de ingresos legales y conocidas (columna de la izquierda) y todas las aplicaciones (columna de la derecha). Las primeras líneas de cada una de las columnas (orígenes y aplicaciones) se llenan con los datos tomados de todas las cuentas bancarias controladas por el individuo investigado y, de tenerla disponible, de su declaración patrimonial y/o de impuestos.

1/1/2021 – 31/12/2021			
Origen		Aplicaciones	
Partida	Monto	Partida	Monto
Saldo Inicial Banco X	US\$ 100.000	Saldo Final Banco X	US\$ 300.000
Saldo Inicial Banco Y	US\$ 200.000	Saldo Final Banco Y	US\$ 100.000
Saldo Inicial Banco Z	US\$ 150.000	Saldo Final Banco Z	US\$ 200.000
Efectivo declarado	US\$ 50.000	Hipoteca	US\$ 100.000
Ingresos declarados (salarios, intereses, etc.)	US\$ 200.000	Renovación Apartamento	US\$ 300.000
		Gasto en tarjetas de crédito/debito	US\$ 150.000
		Servicios de electricidad, teléfono, etc.	US\$ 30.000
		Auto nuevo	US\$ 100.000
		Compra de otra vivienda	US\$ 400.000
Total de Ingresos y activos legales y conocidos	US\$ 700.000	Total de aplicaciones	US\$ 1.680.000
		Menos Ingresos y activos legales y conocidos	US\$ 700.000
		Ingresos Ilegales/desconocidos	US\$ 980.000

Además del efectivo declarado en un documento oficial, los depósitos de efectivo en las cuentas bancarias no serán consideradas fuentes de dinero “legales y conocidas” a menos que el mismo pueda explicar y documentar su origen.

Las fuentes típicas de fondos incluyen salarios, regalos (sujetos a verificación por parte del investigador), rentas de capitales o patrimoniales, efectivo declarado legalmente (por ejemplo, a través de una declaración patrimonial), venta de propiedades durante el período analizado, herencias (documentadas), pago por seguros, préstamos e hipotecas bancarias, ganancias de apuestas o loterías (documentadas). A este respecto hay que considerar que un cambio del valor de mercado de un bien inmueble o de cualquier otra naturaleza (un reloj de valor, un cuadro, participaciones accionarias, etc.) no indica un origen o aplicación de fondos, porque el aumento o disminución en el valor del bien no constituirá un ingreso o un gasto hasta que no se realice un concreto flujo financiero en consecuencia de la venta del activo, que creará realmente una plusvalía o minusvalía; por lo tanto hasta que se realice dicha transacción, este valor no entrará en el cálculo.

Son aplicaciones típicas: el alquiler de propiedades, pagos de hipotecas, compra de autos, bienes inmuebles, botes y aviones (incluyendo el mantenimiento), pagos de tarjetas de crédito, compra de acciones, pólizas de seguro. Normalmente si se realiza un registro en la casa o en algún otro lugar bajo el control del sospechoso y se logra detectar dinero en efectivo y el mismo es incautado (como efecto de delito), dicho monto puede considerarse una aplicación en el método de origen y aplicación de fondos.

4. Asistencia legal mutua

4.1. Introducción

La identificación de los efectos del delito es un proceso complejo que requiere bastante tiempo y que frecuentemente conlleva la necesidad de rastrear activos en el exterior del país donde se lleva a cabo la investigación, el enjuiciamiento o el proceso judicial.

Como resultado, un Estado normalmente necesitará la asistencia de otros Estados para ubicar a los autores, testigos, la evidencia y, especialmente, los activos. Los activos ilícitamente obtenidos, con frecuencia son sacados rápidamente al extranjero para tratar de alejarlos del alcance de la jurisdicción que investiga, donde los delitos procedentes fueron cometidos. Por esta razón, la cooperación internacional es sumamente importante a la hora de identificar, ubicar e incautar los activos de origen ilícito.

Los Estados han desarrollado procesos para solicitar y obtener información, evidencia y la incautación de activos para investigaciones y enjuiciamientos que crucen las fronteras. Dichos procedimientos empiezan normalmente con un intercambio de información entre agencias policiales o a través de las UIFs (Unidades de Inteligencia Financiera), seguido por lo que se conoce como solicitud de asistencia legal mutua (ALM). El intercambio informal de información deberá utilizarse primero para ayudar a informar y dirigir la siguiente solicitud de ALM que tiene ciertos requisitos legales y prácticos.

LA ALM es importante para un número de procedimientos, incluyendo la recuperación de activos y puede llevarse a cabo durante la investigación, enjuiciamiento o durante el juicio para identificar o retener activos vinculados con los efectos del delito con miras a su posterior decomiso y repatriación, luego de la condena. La principal diferencia entre la recopilación de información formal e informal radica en el hecho que la ruta formal de la ALM generalmente permite que las respuestas, declaraciones y documentos de prueba del país solicitado sean utilizados en la jurisdicción del país requirente y viceversa.

Uno de los principales problemas a los que enfrenta un país solicitante con activos robados que se encuentren fuera de su jurisdicción es vincular tales activos a un delito que ocurrió dentro de su jurisdicción. Establecer que se ha cometido un delito precedente no es suficiente: también debe haber un vínculo entre el delito precedente y los activos que se encuentran en el exterior. En esta etapa inicial, el mencionado vínculo no necesita que se establezca con evidencia para los fines de la solicitud de ALM. Normalmente será suficiente que el Estado solicitante tenga una teoría o sospecha dentro de su investigación que vincule los activos a un delito para que el Estado solicitado responda.

Finalmente debe considerarse el hecho de que las solicitudes de ALM son susceptibles al tiempo, y su efectividad (especialmente lidiándose con la necesidad de actuar rápidamente para congelar activos robados) depende mucho de la confianza y cooperación establecida a través del intercambio de información.

A través de la ALM, el Estado solicitante busca que el Estado solicitado, entre otras cosas, satisfaga los requisitos probatorios respecto del procedimiento penal que se está llevando a cabo en el estado solicitante o que asegure los activos que se presume son originados ilícitamente y se encuentren en el Estado solicitado y corren riesgo de desaparecer. El objetivo de solicitar ALM es finalmente ejecutar en el Estado solicitado una orden de decomiso del Estado solicitante con miras a repatriar los activos confiscados. Por tanto, las solicitudes de ALM se necesitarán para producir evidencias o

para salvaguardar activos (esto se puede hacer de manera conjunta o a través de solicitudes de ALM separadas dependiendo de la estrategia del caso) y para reconocer y ejecutar la orden de decomiso final.

El Estado solicitante podrá solicitar ALM en cualquier etapa de los procedimientos – ya sea en la investigación, enjuiciamiento, o en el proceso judicial. La ALM se basa en coordinación, cooperación y comunicación mutua. Por tanto, las solicitudes deben tener suficiente información, obtenida a través de una investigación en el Estado solicitante – para que el Estado solicitado pueda entender plenamente los hechos y el contexto de lo que se busca y para conectarlos con los activos cuya incautación se solicita, permitiendo de esta manera que el Estado solicitado actúe en nombre del Estado solicitante.

La ALM permite que se asegure la evidencia o que los activos encontrados en una jurisdicción extranjera sean rastreados, identificados, preservados, constituidos, asegurados, decomisados o devueltos de una manera legalmente válida para el estado solicitante. Las acciones llevadas a cabo en nombre del Estado solicitante por el Estado solicitado a través de la ALM son legales, y sus resultados en el Estado serán usados exclusivamente en los procedimientos del Estado solicitante especificados en la solicitud de ALM.

La ALM es necesaria porque el estado solicitante no puede ejercer su autoridad directamente en el Estado solicitado, y por ello el último necesita tener la autorización previa del primero para hacerlo. Por ello, al emitir una solicitud de ALM, el Estado solicitante debe también observar los requisitos legales y constitucionales del Estado solicitado. Por ello, la ALM se transforma en el proceso por el cual se remite una solicitud, y la manera en la que el Estado solicitado recibe el poder para producir evidencia o ejecutar medidas coercitivas en nombre del Estado solicitante. De esta manera, la ALM cumple con los requisitos legales del Estado solicitado y garantiza que las acciones llevadas a cabo sean válidas en los procesos judiciales del país solicitante.

4.2. Preparación de la ALM

Antes de redactar una solicitud de ALM, la autoridad solicitante debe determinar lo siguiente:

- *Si va a usar canales de ALM u otro método de intercambio informal de información (cooperación de inteligencia);*
- *La oportunidad para remitir el pedido de ALM;*
- *Estatus de la autoridad solicitando ALM;*
- *Tipo de asistencia requerida;*
- *Base legal de la solicitud;*
- *Delito bajo investigación.*

La autoridad responsable de emitir la solicitud de ALM (autoridad solicitante) debe saber y entender los requisitos internacionales y aquellos del país solicitado para una solicitud exitosa. También debe establecerse el objetivo que la asistencia busca conseguir del Estado solicitado. Asimismo, la autoridad solicitante debe saber cuándo la solicitud de ALM debe estar acompañada de documentos sustentatorios adicionales, como órdenes judiciales para la preservación de activos que deban ejecutarse en el Estado solicitado.

Todos estos elementos deben considerarse por la autoridad solicitante antes de remitir la solicitud al Estado solicitado. Para identificarlos, la autoridad solicitante debe primero contactar con el Estado solicitado. Este contacto debe ser informal, cuando sea posible y viable (por ejemplo: vía correo electrónico, conversación telefónica, videoconferencia, etc.),

y la autoridad solicitante debe contactar a su contraparte en el estado solicitado cuando se conozca, o bien pedir orientación en el tema a la autoridad central del Estado solicitante cuando no la conozca. La Autoridad solicitante debe describir lo siguiente en su solicitud de aclaración:

- *El delito investigado en el Estado solicitante;*
- *La información, evidencia o asistencia que se busca en el estado solicitado;*
- *Los requisitos legales, probatorios y de otra naturaleza para obtener asistencia del estado solicitado.*

Por lo tanto, antes de remitir una solicitud de ALM, el Estado solicitante debe plantear una estrategia de caso relativa a la investigación o enjuiciamiento del caso en cuestión, asegurándose que los requisitos de ALM sean absorbidos en dicha estrategia. El Estado solicitante, al ser responsable de la investigación y enjuiciamiento, debe analizar exhaustivamente todos los hechos y elementos que rodean el caso y determinar qué acciones deben tomarse y cuándo se deben iniciar cada una de dichas acciones, así como determinar expectativas, riesgos y consecuencias de cada una de las acciones tomadas.

4.2.1. Fase previa

La autoridad solicitante debe determinar si pedir ALM es el curso de acción más adecuado para los fines perseguidos en el caso. La autoridad solicitante debe primero determinar si la información buscada se usará con fines de inteligencia o con fines probatorios. De tratarse de lo primero – es decir, si no se va a presentar pruebas en un juicio ni se buscarán medidas coercitivas, sino por el contrario se busca recabar información que sustente un caso – la autoridad solicitante podrá conseguir dicha información a través de mecanismos de recopilación de inteligencia o asistencia informal.

Establecer el uso final que se le dará a la información buscada permite a la autoridad solicitante determinar de mejor manera el nivel de formalidad necesario para obtener la información y, en consecuencia, la velocidad con la que se pueda obtener la misma. Lo anterior, porque la asistencia informal no necesita el mismo nivel de formalidad que la ALM. Sin embargo, el obtener información a través de medios informales no constituye, generalmente, evidencia porque carece de los requisitos formales necesarios acordados por el Estado solicitante y el solicitado. A pesar de ello, permite al investigador o al Fiscal conseguir pistas para la investigación o enjuiciamiento de manera rápida, lo que puede dar pie a una solicitud de ALM para obtener la evidencia necesaria o ejecutar medidas cautelares.

Si bien no es posible especificar a priori el ámbito de aplicación de métodos informales de cooperación, los mismos generalmente incluyen medidas no coercitivas de investigación como recolección de información disponible públicamente, obtener información relevante por las UIFs...

Al contrario de la ALM, que tiene canales de transmisión claramente definidos, la asistencia informal se lleva a cabo de manera directa entre contrapartes (a través de una conversación telefónica, e-mail, una reunión presencial o virtual, etc.) o a través de una de las varias redes informales creadas con este fin¹¹. Asimismo, existen muchas redes formalizadas que permiten compartir inteligencia financiera o policial entre autoridades como el grupo Egmont, Interpol o Ameripol.

¹¹ Entre otras: la Red inter-agencias de recuperación de activos de Camden (CARIN), la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IBERRED), la Red de recuperación de activos de GAFILAT (RRAG), la Red de recuperación de activos de África del Sur (ARINSA).

4.2.2. Momento de la ALM

La decisión sobre el momento mejor para remitir la solicitud de ALM es también importante.

La comunicación es fundamental para que el Estado solicitante y el solicitado, entiendan totalmente los resultados y consecuencias de cualquier asistencia que se lleve a cabo. Solo a través de una comunicación adecuada, el operador aprenderá y entenderá las implicaciones legales de la solicitud en el Estado solicitado. Más aún, entender estas implicaciones anticipará los retos legales en los procedimientos que se llevan a cabo en el Estado solicitante.

Otros factores que afectan la oportunidad de la solicitud son los temas de urgencia y confidencialidad relacionados con la solicitud de ALM. El Estado solicitante debe comunicar las razones de urgencia al Estado solicitado, para que el mismo pueda prestar la asistencia dentro del marco temporal establecido (o anticiparle que no será posible hacerlo dentro del mismo). Los temas de confidencialidad deben discutirse por ambas partes antes de enviar la solicitud, porque un Estado solicitado puede tener la obligación legal de revelar la evidencia a la defensa antes de enviarla al Estado solicitante. También, antes de redactar una solicitud de ALM, es importante identificar a la autoridad competente responsable de emitir la solicitud (autoridad solicitante). Los tratados internacionales normalmente no mencionan nada al respecto, puesto que se entiende que es un tema que será determinado por las leyes procesales del Estado solicitante.

Como regla general, sin embargo, la autoridad solicitante será la autoridad competente, responsable por la etapa de procedimientos penales durante los cuales surge la solicitud de asistencia. Por lo tanto, si la solicitud se emite durante la etapa de investigación, la autoridad responsable de la investigación será la que debe presentar la solicitud de ALM. Finalmente, si el procedimiento está en la etapa de juicio, el juez deberá presentar la solicitud de ALM. Identificar la Autoridad solicitante correcta es esencial, considerando que cualquier asistencia se proporcione en respuesta a la solicitud de ALM podría ser inválida en los procedimientos del Estado solicitante de haber sido presentada por una autoridad distinta de la que está facultada para hacerlo.

Adicionalmente deberá notarse que hay excepciones a la regla general establecida en el párrafo anterior. Estas excepciones frecuentemente derivan de la legislación del Estado solicitado. Un ejemplo se encuentra relacionado con una solicitud de ALM presentada durante la etapa de investigación: en ciertas jurisdicciones las investigaciones son llevadas a cabo por funcionarios policiales que son completamente independientes del enjuiciamiento. En otras, sin embargo, el Ministerio Público es responsable de la investigación, que luego delega sus facultades a la policía. Por consecuencia, algunos países que no tienen Agencias Policiales independientes podrían no aceptar una solicitud que venga de una agencia diferente del Ministerio Público, pidiendo que un Fiscal del Estado solicitante emita el requerimiento.

4.2.3. Base Legal de la ALM

Al determinar la base legal para la solicitud de ALM, la autoridad solicitante debe considerar lo siguiente:

- *Vigencia de tratados internacionales bilaterales o multilaterales que incluyan al Estado solicitante y al solicitado;*
- *Compromisos de reciprocidad;*
- *El uso de la pertinente legislación del Estado solicitado.*

Un tratado bilateral o multilateral puede aplicarse con fines de ALM, si tanto el Estado solicitante como el solicitado lo han ratificado y, por consiguiente, el tratado ha entrado en vigor. Los tratados vigentes entre la jurisdicción solicitante y la solicitada crean una obligación de cooperar en los temas especificados en el tratado que se invoca.

En ausencia de un tratado en vigor que disponga lo señalado, el Estado solicitante puede pedir ALM (o el Estado solicitado puede entregarla) a través de compromisos de reciprocidad: el Estado solicitante se compromete a brindar tratamiento recíproco al Estado solicitado en casos futuros de naturaleza similar al objeto de la solicitud. Cabe precisar que en este caso no existe obligación alguna por parte del Estado requerido de transmitir la información solicitada.

Finalmente, el Estado solicitante puede también pedir asistencia sobre la base de cualquier ley facultativa interna sobre ALM en el Estado solicitado. Algunos países ya tienen dentro de su marco legal disposiciones para recibir, procesar y ejecutar solicitudes extranjeras de ALM, brindando las condiciones, reglas, deberes y limitaciones de solicitudes de ALM que promanan de una jurisdicción extranjera.

4.2.4. Tipología de asistencia.

Los tratados de ALM generalmente incluyen los tipos de asistencia que se pueden solicitar. Los tipos de asistencia, sin embargo, no son exhaustivos y los Estados proporcionarán asistencia siempre que la solicitud no contradiga su propio marco constitucional y legal. Sin embargo, debe notarse que una solicitud puede posponerse, condicionarse, ejecutarse parcialmente o denegarse – incluso cuando se hayan cumplido todas las condiciones – cuando ejecutar la solicitud de ALM pueda interferir con una actividad de investigación o procesal en curso en el Estado requerido.

A continuación, se describen las actividades generalmente aceptadas que pueden desarrollarse a través de la ALM y que se encuentran en tratados internacionales que abordan el tema de ALM (como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). Debe considerarse que el Estado solicitante y solicitado pueden brindar otro tipo de asistencia que no se encuentre en la lista a continuación, y que no sea contrario a la legislación interna y los principios fundamentales del Estado solicitado.

De esta manera, se pueden brindar ALM para los siguientes fines, entre otros:

- *Obtener evidencias o tomar declaraciones;*
- *Notificar documentos judiciales;*

- *Ejecutar registros, incautaciones y congelamientos;*
- *Examinar objetos y lugares;*
- *Proporcionar información, elementos probatorios y peritajes;*
- *Identificar, congelar y rastrear los efectos del delito;*
- *Brindar originales y copias certificadas de documentos y registros relevantes, incluyendo registros gubernamentales, bancarios, financieros, corporativos o comerciales;*
- *Identificar o rastrear los efectos del delito, propiedades, instrumentos u otros elementos con fines probatorios;*
- *Facilitar la presencia voluntaria de personas en el Estado solicitante.*

4.2.5. El principio de doble incriminación

El principio de doble incriminación dispuesto en los tratados bilaterales y multilaterales establece que el delito penal investigado en el Estado solicitante debe tener un correlativo en el Estado solicitado. No es necesario que el delito sea idéntico en ambos Estados – si esto fuera requerido, disminuiría enormemente la posibilidad de brindar asistencia o coordinar diferentes sistemas y tradiciones legales. La doble incriminación implica que los elementos centrales, o la sustancia del delito en ambos Estados deben tener similar naturaleza.

Antes de redactar la solicitud de ALM, la Autoridad solicitante debe ser consciente de cualquier consideración de doble incriminación. Por tanto, se debe comunicar con el Estado solicitado, explicando los elementos del delito y cómo estos son necesarios para probar el delito bajo investigación o enjuiciamiento. La comunicación es, por lo tanto, un factor clave: la autoridad solicitante debe apoyarse fuertemente en la comunicación con el Estado solicitado para que el tema de la doble incriminación sea entendido de manera adecuada.

4.2.6. El principio de especialidad

El principio de especialidad prohíbe o evita que el Estado solicitante utilice los resultados que surgen de la asistencia brindada por el Estado solicitado en procedimientos distintos de los que se especifican en la solicitud de ALM. Esto no significa, sin embargo, que los resultados de dicha solicitud no puedan utilizarse en procedimientos distintos de los señalados en la solicitud de ALM, por el contrario, significa que el Estado solicitante debe pedir formalmente permiso al Estado solicitado para usar los resultados en otros procedimientos y obtener dicha solicitud antes de revelar la evidencia en otros casos. Esta solicitud escrita debe referirse a los nuevos procedimientos en los que el Estado solicitante desea utilizar la evidencia, explicando los delitos bajo investigación, el contexto de la investigación y cómo la evidencia brindada beneficiará a los demás procedimientos.

Si el Estado solicitado acepta, la evidencia puede utilizarse en los nuevos procedimientos respetando las eventuales condiciones que el Estado solicitado podría querer imponer.

4.3. Redacción de la ALM

Una vez se determine que es necesario solicitar ALM, el primer paso a tomar para redactar la solicitud es la comunicación. Esto implica comunicarse con su contraparte en el Estado solicitado o contactar la Autoridad Central de su propio país. La Autoridad solicitante debe comunicarse con

el Estado solicitado para entender cuáles son los requisitos. La elaboración de una solicitud de ALM debe ser exhaustiva y completa, puesto que la meta principal es garantizar su efectividad y los resultados deseados.

La solicitud de ALM debe contener información básica de identificación que incluye:

- *Nombre completo de la(s) persona(s) bajo investigación o enjuiciamiento, así como de los eventuales alias, nacionalidad, fecha de nacimiento, datos de los documentos de identidad (pasaporte, cédula, etc.) con fecha de emisión, expiración y país emisor;*
- *Identificación de los procedimientos que dan lugar a la solicitud de ALM, incluyendo el número de expediente del caso, la naturaleza y etapa de los procedimientos penales respecto de los que se solicita la ALM.*

Luego de la información básica, la autoridad solicitante pasa a redactar la sección narrativa de la solicitud de ALM, que contiene lo siguiente:

- **La descripción del caso:** *la narrativa de la solicitud de ALM debe ser en todo momento directa, simple y objetiva, puesto que el Estado solicitado debe entender la correlación entre la actividad delictiva en el estado solicitante, las personas que supuestamente han cometido el delito, los activos ilícitos que resultaron fueron instrumento de la actividad delictiva, y lo que se está solicitando. La asistencia buscada deberá estar claramente establecida y ligada a los hechos y conducta delictiva descrita en la solicitud. Hay siempre que considerar que la Autoridad receptora no es experta en la legislación del país solicitante y debe entender sus leyes y conceptos para determinar temas de doble incriminación;*
- **La descripción de la asistencia buscada.** *La autoridad solicitante necesitará detallar al Estado solicitado qué acciones se necesitan respecto de los procedimientos que se vienen llevando a cabo en el Estado solicitante. La autoridad solicitante deberá tratar de brindar tanta información como sea posible para facilitar las actividades que necesitan llevarse a cabo a través de la solicitud de ALM. Esta sección deberá estar bien coordinada con el Estado solicitante antes de remitir formalmente la solicitud para garantizar que cumple totalmente con las leyes del Estado solicitado;*
- **Los objetivos de la solicitud.** *Es necesario que la autoridad solicitante explique al Estado solicitado con qué finalidad se buscan las acciones arriba señaladas a través de la solicitud y los resultados esperados;*
- **Los procedimientos requeridos.** *Las solicitudes de ALM se ejecutan de acuerdo con las leyes del Estado solicitado. No obstante, el Estado solicitante puede pedir que se observen procedimientos especiales durante la ejecución de la solicitud, como, por ejemplo, urgencia en la ejecución de la solicitud, requerimientos de confidencialidad, procedimientos particulares que deberán llevarse a cabo en el Estado solicitado. Al recibir esta solicitud, el Estado solicitado debe cumplir con dichos procedimientos especiales, en tanto los mismos no sean incompatibles con sus leyes y reglamentos;*
- **Transcripción integral** *de los tipos delictivos en la solicitud de ALM, ya sea en el cuerpo del texto o como un anexo a dicha solicitud. La transcripción del delito es importante para que el Estado solicitado entienda la definición legal del delito (con fines de doble incriminación) y para que esté consciente de la pena prevista respecto del delito en cuestión.*

4.3.1. Operación de pesca

A pesar de esta amplia aplicación de ALM, la misma no debe confundirse con la transferencia de responsabilidad de investigar al Estado solicitado (normalmente conocida como operación de pesca o "fishing expedition"). La ALM no es una solicitud para que el Estado solicitado lleve a cabo una investigación o enjuiciamiento para o en nombre del Estado solicitante. En lugar de ello, el Estado solicitante debe llevar a cabo su propia investigación y solicitar asistencia para la obtención de evidencia que se encuentra en el Estado solicitado. Esta evidencia corroborará y aclarará algunos hechos o pistas para el Estado solicitante. Las investigaciones preliminares del Estado solicitante deben mostrar evidencias de que este es el caso y deben proporcionar detalles sobre los activos que se encontrarán en el Estado solicitado (por ejemplo, el banco en el que se encuentra una cuenta).

4.3.2. Idioma de la solicitud

Las solicitudes de ALM se redactan en el idioma oficial del Estado solicitante. Sin embargo, el idioma oficial del Estado solicitado podría no ser el mismo del Estado solicitante. En consecuencia, el Estado solicitante debe remitir la solicitud de ALM traducida al idioma oficial (o alguno de los idiomas oficiales) del Estado solicitado. La responsabilidad (y el costo) de la traducción de la solicitud recae sobre el Estado solicitante.

Considerando que la solicitud de ALM podría necesitar de traducción, la autoridad solicitante deberá en todo momento hacer un esfuerzo por usar frases simples, concisas y directas para evitar cualquier malinterpretación de aspectos de la solicitud, ya que, si la autoridad solicitada no es capaz de entender la solicitud de ALM, no será posible procesar ni ejecutar la solicitud.

En circunstancias excepcionales y urgentes, sin embargo, el Estado solicitante y el solicitado pueden de mutuo acuerdo remitir y recibir la solicitud en un idioma común designado en dicho acuerdo para un procesamiento más rápido de la misma. En dichas circunstancias, el Estado solicitante mantendrá la obligación de remitir la solicitud finalmente en el idioma oficial del Estado solicitado.

4.3.3. Transmisión de ALM

Una vez que la autoridad solicitante determine que se debe emitir una solicitud de ALM, debe determinar la forma de transmisión de dicha solicitud.

La regla general es la transmisión a través de canales diplomáticos. En ausencia de tratados ratificados que establezcan diferentes canales por el Estado solicitante y solicitado, el primero debe transmitir su solicitud a través de los canales diplomáticos. La transmisión a través de autoridades centrales es posible cuando existe un acuerdo entre el Estado solicitante y el solicitado que lo posibilite. Las autoridades centrales son entidades especializadas en ALM¹². Las mismas son establecidas por los Estados para guiar a sus autoridades nacionales, así como a los Estados que solicitan ALM, respecto de los requisitos necesarios para enviar una solicitud de ALM.

La transmisión directa de solicitudes de ALM solo es posible a través de algunos tratados regionales, en los que la autoridad solicitante está autorizada para remitir solicitudes de ALM directamente a la autoridad que los ejecuta en el Estado solicitado, sin necesidad de hacerlo a través de autoridades centrales o canales diplomáticos.

¹² Una autoridad central es una entidad (o, en menor medida, entidades) responsable de proveer asistencia al Estado solicitante o de buscar asistencia del Estado solicitado. Las Autoridades centrales tienen la tarea de hacer arreglos para la recepción y ejecución de ALM, o facilitar la ejecución de dichas solicitudes. Dependiendo del país la autoridad central podrá encontrarse en el Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores o en el Ministerio Público.

La autoridad solicitante debería ser consciente de que cualquiera que sea el método de transmisión, el mismo implicará un retraso relativamente largo desde la transmisión de la solicitud hasta su recepción y ejecución por parte del Estado solicitado. Tomando en cuenta este fisiológico retraso, y solo en circunstancias urgentes, deberá remitirse un borrador de la solicitud a través de medios de comunicación acordados por ambas partes (e-mail, etc.) mientras que el original sigue su curso a través de los canales formalmente identificados. Asimismo, antes de enviar un borrador, la autoridad solicitante debe comunicar al Estado solicitado esta circunstancia.

4.4. Intercambio de información tributaria relevante para la recuperación de activos

En el tema de recuperación de activos, tiene relevancia el rol llevado a cabo por las Administraciones tributarias que disponen de valiosas noticias sobre los activos y flujos financieros de sus contribuyentes. En particular, los acuerdos sobre doble imposición prevén el intercambio de informaciones fiscales bajo el artículo 26 del Acuerdo tipo de la OCDE y del Convenio Multilateral OCDE-Consejo de Europa, un modelo que, desde el 2012, permite el intercambio de informaciones entre administraciones tributaria que pueden utilizarse en otros procedimientos, previo consentimiento del Estado solicitado.

Este último aspecto tiene que ver con lo planteado en el Diálogo de Oslo de la OCDE, que se describe con alto nivel de detalle en las publicaciones “Fighting Tax Crime: The 10 Global Principles” (Lucha contra la delincuencia fiscal: los diez principios globales) “Effective Inter-Agency Co-Operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes” (La Cooperación interinstitucional efectiva en la lucha contra los delitos fiscales y otros delitos financieros) e “Improving Co-operation Between Tax Authorities and Anti-Corruption Authorities in Combating Tax Crimes and Corruption” (Mejora de la cooperación entre las autoridades fiscales y las autoridades anticorrupción en la lucha contra la delincuencia y la corrupción). Este tema también es impulsado desde el año 2018 por la “Declaración de Punta del Este”, que llama a los países de América Latina a reforzar las medidas contra la evasión y la corrupción. Este asunto también ha llevado a implementar ajustes a los comentarios del artículo 26 de los Modelos de Convenio para Evitar la Doble imposición de la OCDE y de la ONU y a contemplar expresamente el tema en la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

Esta Declaración constituye un llamado a reforzar las medidas contra la evasión fiscal y promueve el uso de información obtenida por medio de instrumentos tributarios, para otros propósitos, impulsando, entre otros asuntos, los siguientes:

- *Desarrollar una iniciativa latinoamericana para maximizar el uso efectivo de la información intercambiada en virtud de las normas internacionales de transparencia fiscal para hacer frente a la evasión fiscal, la corrupción y otros delitos financieros, y mejorar la cooperación fiscal internacional para contrarrestar las prácticas que contribuyen a todas las modalidades de delitos financieros;*
- *Utilizar de forma efectiva la poderosa infraestructura mundial para el intercambio de información que se ha construido en la última década con el objetivo de contrarrestar los flujos financieros ilícitos y apoyar la movilización de recursos nacionales. Adicionalmente, alienta a todos los países de América Latina a fortalecer aún más sus esfuerzos para combatir la evasión fiscal transfronteriza, la corrupción y otros delitos financieros mediante una cooperación más estrecha, tanto a nivel mundial como regional, en particular mediante un uso más intensivo de todas las herramientas disponibles de intercambio de información con el fin de disuadir, detectar y procesar a los evasores de impuestos;*

- *Explorar todas las posibilidades de cooperación que brinda la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, incluso mediante una mayor cooperación;*
- *Analizar la posibilidad de un uso más amplio de la información proporcionada a través de canales de intercambio de información fiscal para otros fines de aplicación de la ley, según lo permitido con arreglo a la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal y la legislación doméstica, y promover un acceso más efectivo y en tiempo real a la información sobre beneficiarios reales en América Latina;*
- *Renovar compromisos para mejorar los cimientos de la confianza pública en la administración tributaria y otros organismos de control mediante la erradicación de la corrupción y la confidencialidad de la información obtenida por las autoridades.*

4.5. Lista de control para la ALM

Preparación de ALM	<p>¿Se ha establecido la autoridad solicitante competente?</p> <p>¿Ha habido intercambio de inteligencia relevante?</p> <p>¿Se ha establecido un primer contacto sobre su caso con el Estado solicitado?</p> <p>¿Ha determinado Ud. cuáles son los delitos bajo investigación?</p> <p>¿Ha verificado si los delitos bajo investigación cumplen con el requisito de doble incriminación en el estado solicitado?</p> <p>¿Ha determinado Ud. la actuación que necesita del Estado solicitado?</p> <p>¿La información que necesita está disponible en fuentes públicas? Se ser este el caso, considere usar canales informales de información</p> <p>¿La información requerida debe ser obtenida de manera formal o informal?</p> <p>¿Ha establecido la base legal para la solicitud de ALM?</p>
Redactando la solicitud de ALM	<p>¿Ha identificado adecuadamente la persona bajo investigación?</p> <p>¿Ha indicado todos los procedimientos relevantes para la solicitud de ALM así como su estado actual?</p> <p>¿Ha identificado todos los delitos para fines de revisar con Estado solicitado que se hayan cumplido los requisitos de doble incriminación?</p> <p>¿Ha determinado el objeto de la solicitud de ALM?</p> <p>¿Ha conversado el objeto de la solicitud de ALM con el Estado solicitado y lo ha verificado con respecto de umbrales relevantes? Verifique cuáles son los estándares probatorios en el Estado solicitado para los delitos indicados. También garantice con el Estado solicitado que la narrativa en la solicitud de ALM cumpla con todos los elementos del tipo delictivo de acuerdo con las leyes del Estado solicitado</p> <p>¿Ha presentado en su solicitud de ALM todos los hechos relevantes para el Estado solicitado?</p> <p>¿Ha indicado la conexión entre las personas investigadas y los hechos relevantes presentados a través de una narrativa clara, directa y precisa?</p> <p>¿Ha indicado la conexión entre los hechos relevantes y los delitos, a través de una narrativa clara, directa y precisa?</p> <p>¿Ha indicado la conexión entre los hechos relevantes y el objeto de ALM, a través de una narrativa clara, directa y precisa?</p> <p>¿Ha aclarado al Estado solicitado la relevancia del objeto de la solicitud de ALM?</p>
Envío de la solicitud de ALM	<p>¿Ha verificado la base legal para la solicitud de ALM?</p> <p>¿Ha establecido el modo de transmisión de la solicitud de ALM?</p> <p>¿Ha traducido la solicitud de ALM en el idioma oficial del Estado solicitado? Si se aplica</p> <p>¿Ha indicado expresamente si se debe mantener la confidencialidad de la solicitud, explicando las razones?</p> <p>¿Ha indicado expresamente la solicitud tiene que tratarse con urgencia, explicando las razones?</p> <p>¿Ha enviado una copia adelantada de la solicitud de ALM?</p>

4.6. Modelo de solicitud de ALM

Base Legal de la solicitud	Indicar todos los fundamentos legales sobre los que se formula la solicitud: Convenio/Acuerdo bilateral o multilateral, legislación interna del Estado solicitado, compromiso de reciprocidad.
Autoridad solicitante	Indicar la identificación de la autoridad solicitante con su nombre e información de contacto (e-mail y teléfono), rol y las funciones para que el Estado solicitado averigüe la competencia a tratar solicitudes de ALM.
Autoridad solicitada	Indicar la autoridad central de la jurisdicción requerida. Si se ha hecho un contacto previo con una autoridad específica, considere también incluir el nombre e información de contacto de esta autoridad
Referencia (caso)	Indicar la referencia del caso de la autoridad solicitante (Ej.: número de expediente, nombre operación, nombre personas investigadas, etc.)
Procedimientos	Indicar un breve resumen de la solicitud para ALM proporcionando un resumen útil a identificar rápidamente la solicitud y establecer prioridades. Por este fin se incluirá etapa del procedimiento, identificación de las personas naturales y/o jurídicas, delitos imputados.
Delitos	Incluir todos los delitos bajo investigación o enjuiciamiento y aquéllos directamente relacionado con la ALM. El texto completo del tipo delictivo debe colocarse al final de la solicitud o como anexo.
Personas investigadas	Incluir la identificación completa de las personas naturales o jurídicas bajo investigación, así como todas las formas de identificación y direcciones conocidas
Hechos	Representa la sección más importante de la ALM y se debe incluir los hechos relevantes del caso que también se conectan con el Estado requerido. En esta sección hay que describir el caso, los activos identificados la relación de estos activos con los hechos del caso, así como la asistencia que se está buscando con la solicitud de ALM. Los hechos deberían presentarse con periodos cortos, directos, claros y precisos debido a la posible necesidad de traducción.
Transcripción de los delitos	Transcribir toda la legislación mencionada en las secciones "delitos" y "hechos".
Descripción de la asistencia buscada	Indicar lo que se necesita de la Autoridad solicitada y cómo le gustaría que se haga. Trate de dar tantos detalles como sea posible. Esta sección debería estar previamente coordinada con el Estado solicitado ante de que se remita la solicitud
Objetivos de la solicitud	Establecer cómo la asistencia brindada ayudará el desarrollo del caso en el Estado solicitante
Procedimientos a observarse	Establecer si hay procedimientos que deban observarse como confidencialidad, reciprocidad y urgencia
Firma de la autoridad solicitante	
Lugar y Fecha	

5. El Marco legal Anti-Lavado

5.1. Introducción

Los individuos pertenecientes a bandas delincuenciales organizadas con implicaciones en los delitos económicos y financieros tienen como meta principal la de ocultar los flujos obtenidos de dichas actividades y, en el caso de que dichos flujos sean rastreados por agencias de cumplimiento de la ley, garantizar que los mismos no puedan vincularse a ellos ni a ninguna actividad ilícita.

El lavado de activos es el mecanismo que se relaciona exactamente con este resultado y se define generalmente como el proceso a través del cual las ganancias de la actividad criminal ilegalmente obtenida se convierten en dinero u otros activos legítimos para ocultar su origen ilícito y su procedencia. Por lo representado es un delito que requiere necesariamente de la comisión de otro delito o sea de un delito procedente como tráfico de drogas, corrupción, evasión tributaria, fraude, financiamiento del terrorismo, etc.

La comunidad internacional ha reconocido la peligrosidad del lavado de activos y sus implicaciones para el sistema financiero penalizando y definiendo dicha conducta en convenciones internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas (Convención de Viena) de 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) del 2000, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 2004.

Asimismo, en 1989 la Cumbre del G-7 estableció una entidad intergubernamental llamada “Grupo de Acción Financiera Internacional” (GAFI) como consecuencia de la lucha contra el lavado de activos. Desde entonces el GAFI sigue siendo el principal actor y el que establece los estándares en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. También ha emitido las recomendaciones pertinentes para fortalecer el sistema financiero en contra de las interferencias aportadas por la delincuencia organizada.

El marco internacional anti lavado de activos (ALA) puede ser usado por los operadores como una herramienta en el proceso de rastreo de activos ilegales, dependiendo su efectividad, por supuesto, del grado de su implementación en el sistema jurídico del país relevante. Por esta razón es fundamental conocer el marco legal anti lavado de activos, por lo que se describirá brevemente el marco legal ALA, así como entender el rol y el uso de los diferentes aspectos del mismo para el rastreo de activos ilícitamente obtenidos.¹³

5.2 El marco legal anti lavado de activos

El marco legal ALA se basa principalmente en Convenciones internacionales, así como en las recomendaciones y directrices del GAFI. El GAFI emitió originalmente 40 Recomendaciones relativas al lavado de activos y 9 relativas a la financiación del terrorismo. En el 2012, sin embargo, las Recomendaciones fueron revisadas y reelaboradas dando lugar a un total de 40 Recomendaciones¹⁴.

¹³ En anexo 1 se proporciona el documento “Blanqueo de Capitales: un fenómeno global. Análisis, prevención, cooperación y medidas para combatirlo” elaborado por un experto del programa El PacCTO.

¹⁴ <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4013-recomendaciones-metodologia-actdic20-1/file>

Algunos de los resultados principales de las últimas revisiones de las Recomendaciones pueden resumirse de la siguiente manera:

- *Rango más amplio de estándares. Los estándares abordan nuevas amenazas, como la proliferación de armas de destrucción masiva, corrupción y delitos tributarios, mientras que se han fortalecido los requisitos para identificar personas políticamente expuestas (PPEs), así como para proporcionar transparencia respecto de las personas jurídicas y acuerdos;*
- *Centralización del enfoque basado en riesgos (EBR). El EBR se usa cuando un país lleva a cabo una evaluación del riesgo nacional (ERN) con el propósito de identificar y evaluar los riesgos que imponen el lavado de activos y la financiación del terrorismo en el mercado, la gente involucrada y los productos. LA ERN sirve como base para ajustar el sistema anti lavado de activos/contra la financiación del terrorismo (ALA/CFT), enfocándose en aquellos riesgos identificados en el EBR. Deben tomarse medidas mejoradas cuando los riesgos sean mayores, y simplificadas cuando los mismos sean más bajos, de manera que se logre una mejor asignación de los recursos disponibles en el país;*
- *Adopción de una metodología de evaluación por parte del GAFI. El GAFI evalúa el cumplimiento de los países respecto de las Recomendaciones, sobre la base de la evaluación técnica, pero de manera más importante de la evaluación de la efectividad y en qué medida los países alcanzan un grupo de resultados de nidos que sean centrales para un sistema ALA/CFT sólido.*

5.3. El uso de medidas represivas ALA en el rastreo de activos

El marco legal ALA necesita que los países adopten medidas represivas, como la criminalización del delito de lavado de activos, la adopción de medidas cautelares y el establecimiento de procedimientos efectivos de decomiso. Las medidas cautelares incluyen la congelación e incautación de activos, mientras que el decomiso es una medida ordenada al término del proceso penal. Las autoridades nacionales competentes deben ser capaces de congelar, incautar y decomisar activos obtenidos ilegalmente.

Los profesionales deben ser conscientes de los siguientes aspectos del marco legal ALA relativo a las medidas cautelares y el decomiso cuando se rastrea activos ilegalmente obtenidos.

5.3.1. Medidas cautelares

Las medidas cautelares apuntan a asegurar y prevenir la desaparición de activos ilegalmente obtenidos, y están relacionadas principalmente con la congelación o incautación de activos. Dichas medidas deben establecerse al lidiar con casos a nivel nacional, así como al atender solicitudes relevantes de jurisdicciones extranjeras.

La congelación es una medida provisional aplicable a cuentas bancarias y a otros productos financieros que evita que el propietario nominativo de dichos productos los mueva, transfiera o convierta. La congelación es una medida que debe tratarse de manera cuidadosa para garantizar que se tome en el momento adecuado del proceso. Una vez que los activos están congelados, el investigador o el Fiscal corren el riesgo de alertar al objetivo de la investigación, lo que podría obstaculizar el rastreo de otros activos. Asimismo, siguiendo el movimiento de los activos el investigador puede llegar a otras cuentas donde se pueden haber escondido otros fondos, incluso efectos de diferentes delitos. Si los activos se congelan prematuramente, el investigador puede perder la oportunidad de encontrar otras cuentas.

Por otro lado, si los activos se congelan demasiado tarde, se puede perder el rastro. Mientras que los delincuentes pueden mover sus fondos rápidamente y esconderlos de manera bastante efectiva, a los investigadores les toma mucho más tiempo rastrearlos, puesto que están constreñidos por la ley. En consecuencia, los investigadores deben pensar cuidadosamente cuál es el momento más adecuado para congelar los activos.

La incautación es una medida provisional aplicable a bienes muebles e inmuebles que evita que el propietario nominativo de dichos bienes los venda o los transfiera, idealmente por la duración del proceso penal. Cuando estamos frente a una incautación de activos, debemos considerar algunos temas, particularmente la naturaleza de los activos que serán incautados. Los activos que se deprecian fácilmente y necesitan altos costos de mantenimiento, activos de alto riesgo o perecederos, ganado y maderas preciosas deben evaluarse cuidadosamente antes de incautarse, puesto que existen medidas alternativas a la incautación que podrían ser más adecuadas.

Los profesionales deben ser conscientes que, para los fines de combatir el lavado de activos, las medidas cautelares arriba indicadas también pueden ser adoptadas por las propias UIFs, o en algunos casos por instituciones financieras, incluso sin que la persona afectada sepa de dichas medidas, y normalmente por un tiempo limitado.

5.3.2. Medidas cautelares para casos que tienen una dimensión internacional

Respecto a los casos que tienen una dimensión internacional y cuando un país (al que llamamos “país solicitante”) necesita la adopción de medidas cautelares de otro país (al que llamamos “país solicitado”), el marco legal ALA proporciona los siguientes mecanismos como la mejor práctica:

- *El país solicitado tiene la posibilidad de adoptar medidas cautelares como el congelamiento o la incautación de activos sobre la base de solicitudes enviadas antes de que se hayan formulado cargos contra los sospechosos en el país solicitante. Esta es una etapa temprana en el proceso de recuperación de activos en general;*
- *La acción de congelación o incautación puede ser ejecutada dentro de un marco de tiempo corto, directamente (ejecutando la solicitud extranjera) o indirectamente (obteniendo una orden interna basada en la evidencia incluida en la solicitud);*
- *La congelación/incautación puede mantenerse hasta que el país solicitante emita una resolución sobre el destino de dicha propiedad. Se le otorga suficiente tiempo al país solicitante para que pueda llevar a cabo y terminar su proceso penal sin el temor de perder los bienes;*
- *Los operadores se apoyarán en las medidas que pueden aplicarse de manera temprana en el proceso investigativo y que son de gran valor cuando se teme que los bienes sujetos a decomiso puedan desaparecer/ser movidos a otras jurisdicciones extranjeras. Debe notarse que, en situaciones de emergencia, algunas jurisdicciones pueden también aplicar dichas medidas siguiendo solicitudes informales (como solicitudes entre UIFs) cuando la autoridad solicitante proporciona suficiente evidencia (normalmente dichas solicitudes informales estarán seguidas de una solicitud formal de asistencia legal mutua, como se ha visto en el capítulo anterior).*

5.3.3. Decomiso y la inversión de la carga de la prueba

El decomiso implica el cambio real de la titularidad que pasa del propietario actual al Estado y puede aplicarse a bienes muebles e inmuebles, cuentas bancarias y otros productos financieros. Normalmente, para poder decomisar activos, debe haber una demostración de su origen ilícito.

Sin embargo, el marco legal Anti lavado de activos también brinda medidas que requieren que el imputado pruebe el origen legal de la propiedad (en la medida que dicho requerimiento sea consistente con los principios de la ley interna de dicho país). Estas medidas son similares a las disposiciones que establecen la criminalización de riqueza injustificada (o enriquecimiento ilícito)

Los Operadores deben saber que en ciertas circunstancias la carga de la prueba puede invertirse, y – cuando lo permite la ley - si se presume que la propiedad estará sujeta a decomiso. En estos casos, incluso si el Fiscal conserva la obligación de establecer una base fáctica para sus acusaciones, el imputado será llamado a explicar el origen de su riqueza. La carga de la prueba se traslada al imputado, quien debe demostrar el origen legal de sus bienes.

5.3.4. Decomiso sin condena (Extinción de dominio)

El marco legal anti lavado de activos permite también el decomiso sin condena, que permite que los operadores decomisen efectos del delito sin que el imputado haya sido previamente condenado. Esta medida permite tomar acciones contra bienes que se ha demostrado constituyen ganancias de un delito, cuando no sea posible condenar al delincuente por un delito precedente.

El decomiso sin condena de propiedades, ganancias o instrumentos lavados, (también conocido como decomiso civil o extinción de dominio) puede aplicarse principalmente en las siguientes circunstancias:

- *Cuando el autor del delito no se encuentra por motivo de muerte, huida, ausencia o no se ha identificado;*
- *Cuando no se puede obtener una condena por motivos procesales/técnicos;*
- *Cuando no hay suficiente evidencia para vencer la carga de la prueba, pero hay pruebas sustanciales para probar que los efectos se generaron a partir de actividad delictiva;*
- *Cuando una investigación/enjuiciamiento penal no es realista o es imposible;*
- *Cuando el autor haya sido absuelto del delito precedente por no haber prueba admisible suficiente o por no haberse cumplido con la obligación de la carga de la prueba;*
- *Cuando el activo se generó de otra actividad criminal o de alguna actividad criminal relacionada de la persona condenada; y*
- *Cuando el autor es inimputable.*

En algunas jurisdicciones, existen problemas para determinar en qué medida la evidencia/pruebas debe(n) estar relacionada(s) con el delito precedente, y existen variaciones

jurídicas y fácticas notables. En los países de Common Law, por ejemplo, los Fiscales solo tienen que mostrar una “inferencia irresistible” de que el activo debe haberse originado de un tipo de delito, como estafa, corrupción o hurto. El delito precedente no tiene que estar estipulado. A menudo se prueba llevando a cabo un perfil financiero de la persona que posee el activo para mostrar que el activo en cuestión no puede haber sido obtenido a través de ninguna fuente legal de ingresos o capital, lo que en su momento configura la inferencia de que el mismo tiene que haber sido generado por medios ilegales.

En algunos otros países, sin embargo, algunos jueces (y leyes) parecen pedir un vínculo más directo con delitos precedentes, casi hasta el extremo de tener que probarlo de manera independiente, lo que niega todo el punto del delito de lavado de activos. Esta es un área difícil que hace que algunos profesionales sean reacios a imputar delitos de lavado de activos, a menos que también haya delitos precedentes específicos.

5.3.5. Tipo de activos sujetos a congelación, incautación y decomiso

El marco legal ALA describe explícitamente los tipos de bienes y efectos del delito que se encuentran sujetos a congelación, incautación y decomiso. Los mismos incluyen específicamente:

- *Bienes lavados;*
- *Efectos de, o instrumentos usados en, o que se planeaba usar en, lavado de activos o delitos precedentes;*
- *Bienes que sean ganancias de, o usados en, o que planeaba usarse en, o asignados a la financiación del terrorismo, actividades terroristas u organizaciones terroristas; y*
- *Bienes de valor correspondiente.*

Los Operadores deben ser conscientes de que la variedad de dichos activos es muy amplia e incluye no solo bienes lavados o efectos del lavado de activos y delitos precedentes, sino también bienes de valor correspondiente. Este último aspecto brinda flexibilidad para congelar, incautar o decomisar bienes, que pueden haber sido adquiridos por medios legales, cuando los bienes ilegalmente obtenidos no pueden ser rastreados.

5.4. El uso de medidas preventivas anti lavado de activos (ALA) en el rastreo de activos

El uso de medidas preventivas en el rastreo de activos es de lejos una gran tarea que debe ser implementada tanto por actores del sector privado, como por instituciones financieras (IFs) y otras entidades obligadas. Las entidades que emiten informes o reportan son instituciones que tienen el deber de informar las transacciones sospechosas, pero pueden también incluir otras instituciones, profesiones e individuos que deben aplicar la debida diligencia del cliente (DDC) y tienen el deber de mantener registros. Si bien este podría no ser el centro de la responsabilidad de los profesionales en el rastreo de activos, sigue siendo fundamental para entender los requisitos preventivos específicos para el monitoreo y supervisión de la información proporcionada por las entidades que deben emitir informes, así como el tipo de información que los profesionales pueden esperar de estas entidades. Un conocimiento profundo de las medidas preventivas contra el lavado de activos, especialmente en lo que respecta a los requisitos de diligencia debida y mantenimiento de

registros, es útil no solo para un mejor entendimiento de la identificación de transacciones financieras, cuentas bancarias y estructuras jurídicas corporativas sospechosas, sino también para la cooperación constructiva, así como el involucramiento del sector privado.

5.4.1. Requisitos de DDC y mantenimiento de registros

Las IFs y los negocios no financieros designados (NPNFD) deben ejercer la debida diligencia del cliente, y mantener registros de la información recopilada. De acuerdo con el GAFI, los NPNFDs incluyen entre otros casinos, agentes de bienes raíces, proveedores de servicios societarios y fiduciarios, contadores y abogados que se involucren en transacciones financieras.

En la mayoría de jurisdicciones, las entidades que tienen la obligación de informar necesitan aplicar la DDC cuando:

- *Establecen una relación comercial (ej: abren una cuenta bancaria);*
- *Llevan a cabo transacciones ocasionales sobre un umbral designado (los umbrales pueden variar);*
- *Identifican una sospecha de lavado de activos o de financiación de terrorismo;*
- *Duden de la veracidad o adecuación de documentos, datos o información previamente obtenida con fines de aplicar la DDC.*
- *Obtengan información necesaria respecto del número y la naturaleza de la relación comercial;*
- *Aplicar la debida diligencia de manera continua respecto de la relación comercial para garantizar que las transacciones sean consistentes con el perfil del cliente y la fuente de fondos.*

Las medidas de DDC suponen no solo determinar la identidad del cliente, sino también determinar la naturaleza y fines que busca la relación comercial. Como estándar internacional, la DDC necesita:

- *Identificar a los clientes y verificar su identidad sobre la base de documentos, datos o información obtenida de una fuente confiable e independiente;*
- *Identificar al “beneficiario final” involucrado en el negocio o transacción y verificar la identidad, que incluye entender la titularidad y la estructura de control de una persona jurídica, decomiso o acuerdo similar;*
- *Obtener información sobre el fin y la naturaleza que se busca con la actividad comercial;*
- *Implementar la debida diligencia de manera continua respecto de las relaciones comerciales para garantizar que las transacciones llevadas a cabo sean consistentes con el perfil del cliente y el origen de los fondos.*

La información sobre la naturaleza de un negocio puede servir para brindar a los operadores evidencia importante y pistas durante la investigación penal. La información que puede ser relevante para entender el fin y la naturaleza de la relación comercial puede incluir todas o algunas de las siguientes:

- *Detalles del negocio o empleo del cliente;*
- *La fuente esperada y el origen de los fondos que serán usados en la relación;*
- *Las copias de estados financieros recientes y actuales;*
- *La naturaleza y el fin de las relaciones entre signatarios y titulares activos subyacentes;*
- *El nivel y naturaleza anticipados de la actividad que se llevará a cabo a través de la relación.*

Debe notarse que cuando los clientes no pueden brindar documentos de verificación regulares debido a la falta de acceso a documentos oficiales o recursos, las instituciones de supervisión y las fuerzas del orden podrán coordinar y establecer requisitos alternativos de identificación de clientes, como cartas de una autoridad emisora o una licencia de conducir.

Uno de los elementos más importantes para los profesionales es el requisito (cuando sea aplicable) de identificar al 'verdadero beneficiario final'. A menudo los clientes actúan a nombre de otra persona o la verdadera titularidad está oculta detrás de entidades corporativas o de otro tipo.

Además del requisito de DDC, los operadores también pueden usar el deber de mantener registros que tienen la mayoría de jurisdicciones respecto de las entidades que deben emitir informes. El GAFI estipula que las IFs y NPNFDs deben mantener registros de transacciones a nivel interno e internacional por lo menos durante cinco años, también deben mantener todos los registros obtenidos a través de la DDC por lo menos durante cinco años más luego de terminada la relación comercial. Estos registros incluyen copias de documentos de identificación personal, expedientes de cuentas, asociaciones comerciales y transacciones inusualmente grandes, que permiten reconstruir el rastro de documentos y pueden servir como evidencia. Las entidades que tienen el deber de informar deben mantener y registrar datos de manera adecuada y consistente, e idealmente usando un sistema electrónico. Sin embargo, en muchas instancias, los registros se encuentran disponibles solo en formato impreso, lo que hace que la recuperación de información sea difícil y tome mucho tiempo.

La información obtenida por DDC y el mantenimiento de registros solo será útil si las entidades que deben informar implementan de manera efectiva estos requisitos y si las agencias nacionales de supervisión procuran su ejecución y cumplimiento. Las entidades del orden público y/o las UIFs pueden contribuir a una DDC y un mantenimiento de registros más efectivos, mejorando la coordinación entre agencias y creando consciencia dentro de las agencias de supervisión y el sector privado. Los profesionales del orden y las UIFs también pueden tener un rol útil coordinando con las instituciones de supervisión para ayudar a la elaboración de directrices y a ilustrar la importancia de una DDC y mantenimiento de registros adecuados.

5.4.2. Identificación de personas expuestas políticamente (PEPs)

Las entidades que tienen el deber de informar necesitan tomar medidas adicionales de debida diligencia del cliente que se encuentre dentro de la categoría/definición de PEP. Este requisito es útil para los profesionales en cuanto los mismos pueden obtener más información de las entidades que tienen el deber de informar cuando la persona involucrada en el caso es una PEP. El GAFI necesita que las entidades que tienen el deber de informar tengan un sistema de gestión de riesgos adecuado para determinar si el cliente o el beneficiario final es una PEP.

De acuerdo con el GAFI, las PEPs son individuos que tienen, o a quienes se les ha confiado, funciones públicas prominentes en un país extranjero (ej.: jefes de Estado) incluyendo a su familia, socios cercanos y negocios con los que mantienen relaciones. Desde febrero de 2012, la definición de PEP ha sido ampliada para incluir PEPs a nivel nacional, y PEPs de organizaciones internacionales.

Es por tanto esencial familiarizarse con la definición y cobertura de la legislación nacional de PEPs. Los investigadores que realizan un análisis respecto de una PEP pueden necesitar información adicional de entidades que tienen el deber de informar, como redes de familiares y socios comerciales cercanos. Varias UIFs tienen la capacidad de acceder y usan con frecuencia las bases de datos (comerciales) de PEPs, lo que permite examinar individuos considerando si son PEPs o tienen otros factores de riesgo. Sin embargo, durante las investigaciones es fundamental ejercer las debidas precauciones cuando se busca un nombre en una lista de PEPs o en una base de datos. Por ejemplo, las búsquedas en internet y en bases de datos pueden no encontrar algunos nombres o pueden excluir ciertas categorías de PEPs. Asimismo, los nombres pueden aparecer solo en algunos idiomas, y las variaciones por deletreos inconsistentes pueden no mostrar los resultados deseados.

La sola búsqueda de nombres en una lista de PEPs no es suficiente, como ha sido demostrado por estudios de antiguos casos de corrupción internacional. Las PEPs corruptas rara vez actúan por su propia cuenta y en lugar de ello, asignan a otros individuos o estructuras y salvaguardas financieras menos sospechosas para que actúen en su nombre, utilizando a menudo empresas de fachada.

Cuando no hay registros bancarios adecuados ni información de DDC respecto de PEPs, los operadores se enfrentan a dificultades para obtener dicha información y tienen que apoyarse en fuentes alternativas. Una fuente adicional de información que puede ser consultada en caso de una investigación son las declaraciones de ingresos de una jurisdicción determinada, en las cuales los funcionarios públicos (ej: miembros de la asamblea legislativa/congreso, jefes de Estado, miembros del gabinete o altos funcionarios públicos) declaran sus activos/intereses financieros y comerciales. Los sistemas de declaración de ingresos ayudan a evaluar el nivel de riesgo de clientes PEP y a garantizar que la actividad de sus cuentas sea consistente con los activos y valores declarados. Pueden incluso proporcionar acceso a información adicional, como fechas de nacimiento y números de identificación, y una idea de las funciones públicas. Sin embargo, en muchas jurisdicciones, el requisito legal de declaración de ingresos no existe, o la exactitud de las bases de datos varía debido a la ausencia de capacidad y disponibilidad de las fuentes de información.

5.4.3. Sanciones financieras dirigidas relativas a individuos y entidades

Pueden imponerse sanciones contra gobiernos, pero también sanciones dirigidas contra personas, entidades y grupos específicos. Las sanciones en general pueden incluir: sanciones diplomáticas, sanciones comerciales, prohibiciones de vuelos, sanciones financieras, etc. Las sanciones se encuentran incluidas en listas específicas (listas de sanciones) emitidas de manera multilateral por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) o la Unión Europea (UE), pero también pueden ser emitidas de manera autónoma por un país, y, generalmente incluyen:

- *La prohibición de lidiar con los fondos o recursos económicos que le pertenecen, posee o controla una persona/entidad designada; y*
- *La prohibición de poner fondos o recursos económicos – directa o indirectamente - a disposición de o para el beneficio de una persona/ entidad designada.*

Las entidades obligadas deben verificar si sus clientes (nuevos o existentes) se encuentran en las listas de sanciones. El Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emite una Lista Consolidada que incluye a todos los individuos y entidades sujetos a sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad. La UE - así como los países individuales - implementa las listas de sanciones del CSNU y puede también emitir sus propias listas de sanciones financieras.

Específicamente, las sanciones financieras dirigidas están relacionadas con la congelación de activos y prohibiciones para evitar que se ponga a disposición de las personas o entidades designadas fondos u otros activos, de manera directa o indirecta. Las entidades que tienen el deber de informar tienen prohibido llevar a cabo transacciones con los individuos y las entidades incluidas en la lista, independientemente de si se trata de actividades sospechosas. La obligación de emitir reportes de transacciones sospechosas depende de los requisitos regulatorios nacionales. La UIF o entidad regulatoria relevante deberá emitir guías para orientar a las entidades que tienen el deber de informar sobre cómo tratar a individuos y entidades que se encuentren en las listas de sanciones financieras.

Los operadores pueden usar dichas listas de sanciones financieras para identificar a los individuos/entidades sancionadas(as) y deberán ser conscientes de que los individuos enumerados en las listas de sanciones no necesariamente son PEPs ni han sido condenados por un delito. La congelación de activos como medida preventiva busca detener el flujo de fondos u otros activos hacia grupos terroristas y el uso de fondos u otros activos por parte de grupos terroristas u otros individuos/entidades sancionadas. En este caso, los activos congelados no pueden ser decomisados ni pueden retornar a su país de origen sin un debido proceso que cumpla con los procedimientos judiciales.

5.5. El rol de las UIFs en el rastreo de activos

Las UIFs son agencias nacionales que reciben y analizan Reportes de transacciones sospechosas o informes de actividades sospechosas (IASs) así como cualquier otra información relacionada con el lavado de activos, delitos precedentes o financiación del terrorismo. Asimismo, las UIFs divulgan los resultados de dicho análisis a sus contrapartes (principalmente agencias del orden público, Fiscales y UIFs extranjeras).

Las UIFs son actores cruciales en el marco legal ALA y el proceso de rastreo de activos ilegales, en tanto pueden actuar como interfaz entre el sector privado y las agencias del orden, permitiendo el flujo de información financiera relevante¹⁵.

El rol de las UIFs en el proceso de rastreo de activos depende de lo siguiente:

- *Los poderes de acción que se les otorgue, así como sus características conforme a su tipo;*
- *La cantidad y calidad de la información que reciben;*
- *El manejo/análisis efectivo de información sensible y –la mayor parte del tiempo - confidencial recopilada.*

¹⁵ Véase al respecto el documento del Fondo Monetario Internacional "Unidades de Inteligencia Financiera", marzo 2021. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>

Tipología de UIF	Poderes	Restricciones
Administrativa	<p>Actúa como intermediaria entre las entidades obligadas y las Agencias de cumplimiento de la ley;</p> <p>Las entidades obligadas están más dispuestas a dar información si la divulgación va a estar limitada a temas de lavado de activos/ financiamiento del terrorismo y se incluirá en el análisis/informe de la FIU;</p> <p>Intermediaria neutral, técnica y especializada;</p> <p>Normalmente ubicada en una agencia regulatoria.</p> <p>La información puede intercambiarse con UIFs de todo tipo.</p>	<p>Retrasos en la aplicación de medidas coercitivas;</p> <p>No tiene poderes directos para obtener evidencia</p> <p>Sujeta a supervisión directa de autoridades políticas (a menos que sea realmente independiente)</p>
Judicial/Policial	<p>Trabaja mejor en sistemas con fuertes leyes de secreto bancario;</p> <p>Se encuentra dentro del sistema judicial;</p> <p>Puede ejercer poderes judiciales/de policía;</p> <p>Mayor nivel de independencia de la voluntad política;</p> <p>La información es llevada directamente a una agencia autorizada para investigar/enjuiciar;</p> <p>La congelación/incautación y otros poderes judiciales pueden ejercerse de manera inmediata.</p>	<p>Más enfocada en investigación que en prevención;</p> <p>No es un interlocutor natural para las entidades que tienen el deber de informar/se necesita tiempo para establecer la confianza;</p> <p>La información que se recibe es limitada, puesto que no recibe datos sobre transacciones monetarias sobre un monto fijo</p> <p>Dificultad para intercambiar información con UIFs no judiciales/procesales</p>
Policial	<p>Dentro de una infraestructura/ agencia existente;</p> <p>Máximo uso policial de la información financiera;</p> <p>Respuesta policial rápida a las actividades ilegales;</p> <p>Congelación/incautaciones más expedito;</p> <p>La información puede intercambiarse a través de una red extensa de agencias internacionales;</p> <p>Fácil acceso a la inteligencia en materia penal.</p>	<p>Más enfocada en investigación que en prevención;</p> <p>No es un interlocutor natural para las entidades que tienen el deber de informar/se necesita tiempo para establecer la confianza;</p> <p>Normalmente no recibe datos de transacciones monetarias sobre un monto fijo;</p> <p>Para acceder a la información de las organizaciones financieras podría ser necesario haber iniciado previamente una investigación formal;</p> <p>Las instituciones que tienen el deber de informar estarán conscientes de que la información brindada puede ser usada en la investigación de cualquier delito.</p>
Híbrida	<p>Combina los poderes de los tipos arriba mencionados</p>	

Tipo de información	Incluida en ROS	Documentos sustentatorios
Identidad de las personas naturales	Nombre, dirección, número de teléfono, e-mail, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, ciudadanía, número de registro de contribuyentes, profesión.	Copia de documentos de identificación, pasaporte, cualquier otro documento de identificación
Identidad de las personas jurídicas	Forma jurídica, nombre legal, domicilio, número telefónico, e-mail, número del registro de contribuyentes, representantes legales, accionistas o socios, o beneficiarios finales (hasta llegar a las personas naturales)	Certificado de constitución, certificado de vigencia, acuerdo de asociación, instrumento fiduciario (ej.: escritura de fideicomiso, documentos de representación legal, otros documentos de fuente confiable)
Transacciones financieras	Montos (débitos, créditos), cuentas, contrapartes	Copia de registros bancarios
Transferencias	Pagadores/beneficiarios	Copia de transferencias
Actividad (no financiera) llevada a cabo	Naturaleza, fin, descripción, razones por las que es sospechosa	Correspondencia comercial, cualquier otro documento relacionado
Delito precedente sospechado con relación a Lavado de Activos LD / Financiación del Terrorismo FT	Descripción o indicación de la tipología relacionada con LD/FT	
Indicación geográfica de la transacción/ actividad	Descripción del área geográfica involucrada en la transacción/ actividad sospechosa	
Acciones tomadas por la entidad que emite el informe	<p>Descripción, comentario y justificación de la transacción/ actividad sospechosa o inusual;</p> <p>Resultados de la investigación y demás acciones tomadas;</p> <p>Descripción de la cooperación/ relación con el sujeto y extensión/ ámbito de las actividades del sujeto.</p>	Cualquier documentación sustentatoria

5.5.1. Obligación de informar e información recibida por las UIFs

En el proceso de rastreo de activos, los operadores pueden recibir información valiosa de los Reportes de operaciones sospechosas u otra información presentada a las UIFs. Las agencias de investigación, fiscalías y UIFs normalmente reciben una gran cantidad de información de los Reportes y otra información adquirida por sujetos obligados y por otras fuentes. Al mismo tiempo, las entidades obligadas pueden presentar un informe especial respecto de una actividad/transacción sospechosa sin tener ningún conocimiento o sospecha de un delito específico. El mecanismo de presentación de informes a menudo opera como un insumo para descubrir actividades ilegales/delitos precedentes.

La efectividad de los Reportes en el proceso de rastreo de activos depende primordialmente de lo siguiente:

- El contenido y los detalles de los informes;
- La identificación y real presentación de todas las transacciones sospechosas por las entidades que tienen el deber de emitir reportes.

5.5.2. Contenido del reporte de transacciones sospechosas (RTS)

Los sujetos obligados tienen que presentar TTS o informes de actividades sospechosas IAS ante la UIF cuando sospechan, o tienen razones para sospechar que los fondos son los efectos de una actividad criminal o están relacionados con la financiación del terrorismo. Estos reportes deberán contener toda la información relevante respecto de la(s) persona(s) relacionada(s) con la actividad/transacción. A mayor cantidad de información proporcionada, más efectiva será la investigación de la actividad/transacción hecha por la FIU y, consecuentemente, el rastreo de activos.

La mayoría de las UIFs normalmente tienen disponibles formularios o plantillas preparados para presentar un ROS/IAS en sus páginas webs. Ellas pueden también pedir información adicional de las entidades que tienen el deber de informar, incluyendo información que las mismas tienen el deber de mantener en virtud de las recomendaciones relevantes del GAFI (respecto de Debida diligencia del cliente y mantenimiento de registros) y su ley nacional.

5.5.3. Cómo obtener la cooperación más efectiva entre las UIFs y las entidades obligadas

Las UIFs pueden analizar transacciones sospechosas, siempre que las entidades que tienen el deber de informar cumplan con la obligación de presentar los informes respectivos. Las UIFs pueden crear conciencia sobre la importancia de presentar RTS/IASs e informar a dichas entidades sobre sus obligaciones en este sentido. La cooperación más efectiva entre UIFs y las entidades que tienen el deber de informar se puede alcanzar a través de:

- **Confianza.** *Debe haber una relación de confianza entre la UIF y las entidades que deben informar a través de una cooperación y comunicación regular. Cuando la entidad que tiene el deber de informar siente que la información compartida con la UIF se va a manejar de manera confidencial, y que se tomarán acciones de acuerdo con ello, será más propensa a presentar más informes;*
- **Supervisión.** *Los sujetos obligados son supervisados y regulados efectivamente a través de autoridades competentes y/o entidades supervisoras relevantes o entidades autorreguladoras. Los supervisores deben aplicar un enfoque basado en riesgos: i) al*

asignar sus recursos de supervisión sobre la base de su entendimiento de los riesgos (presentes en el país y asociados a productos, servicios y clientes); y ii) al supervisar entidades no financieras, tomando en consideración su perfil de riesgo de lavado de activos/ financiación del terrorismo y el grado de discreción que se les otorga bajo el enfoque basado en riesgos. Estos supervisores tienen una influencia considerable en el comportamiento de las entidades. Una vez que se ha establecido una supervisión efectiva, los supervisores pueden trabajar de cerca con los profesionales, proporcionándoles información sobre las restricciones y desafíos que enfrentan con las entidades que tienen el deber de informar para que estas recuerden sus obligaciones;

● **Sanciones.** *Se imponen sanciones disuasorias, proporcionales y efectivas contra los sujetos obligados que incumplen con su obligación de informar, así como contra sus directores y alta gerencia. Las sanciones pueden ser civiles, administrativas o penales. La mayor parte del tiempo no es la severidad del castigo lo que tiene un efecto disuasorio contra la delincuencia, sino la consciencia de que el acto ilegal definitivamente será castigado.*

En el aspecto penal, en particular, es muy importante notar que una IF o NPNFD (en países en los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas), así como sus directores y altos gerentes pueden ser acusados de lavado de activos por actuar (o ayudar, instigar, facilitar, aconsejar, etc.) en el proceso, cuando no cumplen con sus obligaciones de informar y se ha cometido un delito de lavado de activos.

5.5.4. El rol de las UIFs en las investigaciones financieras

Luego que la UIF ha recibido los ROS/IASs u otro tipo de información, la misma deberá tratar de identificar casos potenciales de lavado de activos o financiación del terrorismo, analizando la información recibida, pidiendo información adicional, cuando sea necesaria, usando diversas fuentes de bases de datos públicas y privadas y, dependiendo de sus poderes, aplicando varias técnicas de investigación. Cuando la cantidad de información recibida es muy grande, deben establecerse reglas para priorizar la información sobre la base de criterios preestablecidos, como importancia, prioridades de investigación, estrategias nacionales, etc.

5.5.4.1. Investigaciones Financieras

Generalmente, las investigaciones Anti Lavado de activos - ALA pueden iniciarse sobre la base de los siguientes escenarios:

- *Cuando se ha cometido delito de lavado de activos y delitos precedentes, rastreando los activos ilegalmente obtenidos y realizando las acciones correspondientes;*
- *Cuando solo hay información relacionada con transacciones/actividades sospechosas descubriendo los delitos cometidos y luego de ello, rastrear los activos ilegalmente obtenidos y tomar las medidas correspondientes.*

La investigación financiera puede ser una herramienta importante en el proceso de descubrir la comisión de un delito: siguiendo el rastro de las transacciones sospechosas y cualquier otra información, los investigadores pueden desvelar la comisión de un delito precedente específico.

Al mismo tiempo, los operadores deberían ser conscientes de que el marco legal ALA resalta la importancia de llevar a cabo investigaciones paralelas, lo que implica investigaciones simultáneas del delito precedente y el del lavado de activos. La investigación financiera del

delito precedente que a menudo es proactiva (con relación al rastreo de activos) y se lleva a cabo en una etapa temprana del proceso, es extremadamente valiosa y efectiva, puesto que identifica los efectos de los delitos que serán incautados/sujetos a medidas restrictivas y puede evitar que los activos desaparezcan y se infiltren en la economía legal.

5.5.4.2. El proceso de análisis

El ámbito del análisis se refiere a la integración e interpretación de toda la información disponible para luego convertirla en inteligencia. El gráfico siguiente describe el mecanismo de análisis dentro de una UIF.

Información				Inteligencia
	Recibiendo	Consultando	Analizados	
	ROS IAS Información de fuentes abiertas Información de terceros	Bases de datos FIU Bases de datos de terceros (Nacionales y extranjeras)	Evaluación de la fuente y de la información; Definir la información con los aportes antes mencionados; Revisar la información	

Normalmente, la UIF lleva a cabo dos tipos de análisis: operativo y estratégico. Las características básicas de los dos tipos de análisis se pueden resumir a continuación.

	Análisis Operativo	Análisis Estratégico
Ámbito	Identificar los fines específicos (personas, activos, redes criminales, etc.), seguir el rastro de actividades/transacciones particulares y determinar los vínculos entre los objetivos y los efectos del delito, lavado de activos/financiamiento del terrorismo y delitos precedentes.	Identificar tendencias y patrones relacionados con lavado de activos y financiación del terrorismo y desarrollar conocimientos de inteligencia estratégica contra lavado de activos/ financiación del terrorismo y otras amenazas para un país. Brindar insumos para la formulación de políticas y establecer prioridades operativas.
Componentes más importantes	Coincidencia con las listas predefinidas; Identificar todos los informes que se relacionan con la misma entidad; Capturar todas las posibles relaciones a través de las diferentes entidades; Analizar las relaciones para establecer las que se relacionan más de cerca	Examinar datos buscando patrones; Identificar conexiones entre las piezas de información; Desarrollar inferencias; Construir argumentos que lleven a inferencias; Construir argumentos que lleven a inferencias.
Productos	Informes de inteligencia para objetivos específicos (Intelligence Report – INTREP)	Tipologías y tendencias; Patrones; Análisis geográfico/regional; Análisis de fenómenos/actividades; Intelligence summary – INTSUM

Siguiendo el análisis de la información recibida como se describe arriba, normalmente se prepara un informe cuando los descubrimientos y toda la inteligencia son recopilados. Dichos informes podrían contener información importante para operadores respecto de activos ilegalmente obtenidos e individuos vinculados a los mismos. Esta información se puede usar durante las investigaciones en curso para que los operadores tomen acciones proactivas y eviten la desaparición de los activos.

5.5.5. Divulgación de la información a otras autoridades

Lo que un profesional debería esperar recibir de una UIF depende de si la misma tiene permiso para divulgar información, qué información se le permite divulgar y a quién, de acuerdo con la ley nacional y el tipo de UIF. Generalmente la UIF debería poder diseminar espontáneamente o, a solicitud, información y resultados de sus análisis a autoridades competentes y relevantes, a través de canales dedicados, seguros y protegidos.

Cuando una UIF tiene información que podría ser útil para otra UIF, debería considerar transferirla de manera espontánea sin necesidad de una solicitud previa, para poder ayudar a la UIF receptora a iniciar su propio análisis/investigación.

Sin embargo, cuando se está solicitando información, la decisión respecto de qué información debería brindarse en respuesta a dicha solicitud la mantiene la UIF.

Normalmente, el RTS/IAS en sí mismo no se comparte con otras autoridades debido al deber de confidencialidad aplicable a las UIFs respecto de la información que reciben. La UIF puede divulgar de manera espontánea los informes en los que se recaba inteligencia, así como otra información, cuando así se necesite. Las otras autoridades tienen el deber de mantener la confidencialidad de la información proporcionada, y de no divulgarla sin el consentimiento previo y por escrito.

5.6. El rol de la cooperación interinstitucional e internacional en el rastreo de activos

5.6.1. Cooperación interinstitucional a nivel nacional

El rol de la cooperación entre instituciones a nivel nacional es clave para obtener resultados en las investigaciones económico- financieras debido a que la información relevante para estas finalidades se encuentra normalmente disponible en las bases de datos propia de diferentes instituciones estatales (como aduanas, administración tributaria, reguladores bancarios, etc.):

Como mejor práctica se puede obtener un adecuado nivel de cooperación entre instituciones a través de diferentes medidas, entre las cuales, se destacan las siguientes:

- *Acuerdos escritos entre autoridades competentes, como Memorandum of Understanding (MoU) o acuerdos similares acordes a la legislación interna;*
- *Creación de sistemas y plataformas para compartir la información y políticas que vinculen todas las agencias de investigación y proporcionen formas de coordinación;*
- *Organización de grupos multidisciplinarios o fuerzas de tarea conjuntas entre las diferentes instituciones.*

5.6.1.1. Intercambio de información

Los operadores necesitan apoyarse en la cooperación inter-agencias para recabar información y compartir inteligencia. Uno de los prerequisites en este sentido es un elemento de confianza entre autoridades y varias entidades encargadas del mantenimiento del orden público. La información relativa a la lucha contra el lavado de activos es sensible, pues permite que las autoridades accedan a la información financiera de un individuo.

La cooperación a nivel nacional puede brindar información a los operadores de distintos recursos adicionales (además de la información recibida de los sujetos obligados) que pueden ser valiosos durante una investigación. La lista a continuación contiene un número de recursos y bases de datos que podrían estar disponibles para los operadores cuando cooperan con las agencias respectivas que los poseen:

- *Registro de propiedad/registro de bienes inmuebles;*
- *Antecedentes penales e inteligencia;*
- *Bases de Datos relacionadas con otros delitos como el narcotráfico;*
- *Bases de Datos de control de aduanas y fronteras;*
- *Registros de procesos judiciales civiles y penales;*
- *Registros vehiculares;*
- *Testamentos y Registros de Defunción;*
- *Registros Comerciales;*
- *Declaraciones de impuestos/expedientes fiscales;*
- *Registros de Inmigración y naturalización;*
- *Registro electoral;*
- *Registro de la propiedad.*

5.6.1.2. Creando grupos multidisciplinarios

Los poderes de investigación y enjuiciamiento pueden dividirse entre varias autoridades, enfatizando la necesidad de tener mecanismos de coordinación formalizados que permitan a las autoridades desarrollar e implementar una investigación coordinada de lavado de activos. La creación de un grupo o fuerza de trabajo multidisciplinario, especialmente en casos de investigaciones financieras grandes y complejas, garantiza la efectiva cooperación entre las autoridades de investigación, enjuiciamiento y decomiso. Un enfoque coordinado o un grupo multidisciplinario podrían comprender representantes de varias agencias, como una autoridad reguladora, la UIF, una autoridad impositiva, una agencia auditora, la oficina de un inspector general, control de aduanas y fronteras e incluso el sector privado.

Una manera menos formal de lograr la coordinación sería a través de Memorándums de Entendimiento (MEs) para intercambiar información y crear unidades conjuntas de investigación. Aunque los MEs son un instrumento más débil que la legislación, los mismos promueven y mejoran la cooperación y el intercambio de información en beneficio de las investigaciones de lavado de activos.

5.6.2. Cooperación a nivel internacional

No hay duda que la cooperación internacional es fundamental para una investigación exitosa contra el lavado de activos y para rastrear activos robados. Como hemos mencionado en los capítulos anteriores, una investigación con contrapartes internacionales deberá ser bien planeada y formar parte de una estrategia general de investigación.

5.6.2.1. Contactando funcionarios de enlace

El operador debe revisar su estrategia de caso a nivel nacional antes de acudir a sus contrapartes internacionales. Luego, puede revisar cuáles fueron los primeros esfuerzos que se hicieron para cooperar internacionalmente, qué información ya fue solicitada y qué información ya ha sido puesta su disposición. Uno de los primeros pasos es solicitar asistencia informal en la investigación por parte del funcionario de enlace del país requerido, cuando ya se mantenga un contacto directo o pueda proporcionarse el mismo.

5.6.2.2. Intercambio de información a través de varios canales

El intercambio de información puede ocurrir a través de varios canales y a través de una cantidad de redes de profesionales disponibles, como la Red Global Focal Point de Interpol y la Red Inter agencias de Recuperación de Activos de Camden (CARIN). Estas redes pueden facilitar la asistencia y cooperación informal en la investigación. Pueden facilitar conexiones personales con contrapartes extranjeros, que también son importantes para tener investigaciones exitosas, en tanto ayudan a reducir retrasos, particularmente cuando las diferencias en terminología y sistemas legales pueden resultar en malos entendidos. El contacto directo por vía telefónica, e-mail o reuniones (presenciales y/o virtuales) con las contrapartes extranjeras puede acelerar procedimientos largos con menos formalidades y conducir a un mejor entendimiento de los requisitos o condiciones específicas en jurisdicciones extranjeras.

5.6.2.3. Enlaces con UIFs extranjeras

El intercambio de información entre las UIFs nacionales puede hacerse a través de varios canales seguros, como la UIF.Net y la web segura de EGMONT. Normalmente, las UIFs suscriben Memorándums de Entendimiento bilaterales o multilaterales con sus contrapartes que definen claramente el método de cooperación y abordan temas de confidencialidad.

La cooperación entre UIFs proporciona inteligencia de forma informal y, la mayoría del tiempo, en un momento temprano del proceso investigativo. Específicamente, en el proceso de rastreo de activos ilegales, los profesionales deberían ser conscientes de que el marco ALM necesita que los países promulguen leyes con medidas nacionales relativas a acciones expeditivas en respuesta a solicitudes de países extranjeros para la identificación de bienes sujetos a decomiso. Dichas medidas apuntan a asegurar, y evitar la desaparición de bienes ilegalmente obtenidos.

Al contactar a UIFs extranjeras para pedir información, deberá darse una justificación adecuada a la UIF solicitada. Por ejemplo, el hecho de que los individuos se encuentren en una lista de sanciones no permite a la UIF compartir automáticamente todos los datos relativos a los individuos sancionados.

5.6.2.4. El proceso de Asistencia Legal Mutua - ALM

Como descrito anteriormente, la ALM es un mecanismo clave cuando se solicita mayor información para una investigación y/o para obtener evidencia que sea admisible en juicio. En el último caso, los operadores deben hacer uso de los acuerdos internacionales aplicables, que pueden basarse en la reciprocidad, MEs, acuerdos bilaterales o multilaterales. Los operadores deberían también ser conscientes de que el marco ALM permite que un país abra una investigación sobre la base de información recibida por un país extranjero a través de una solicitud formal de ALM.

Tomen el siguiente ejemplo: País A envía una solicitud de ALM al país B pidiendo información respecto de una investigación de corrupción contra uno de sus funcionarios públicos nacionales, en la que se sospecha que la actividad corrupta ha sido cometida en el país A y los efectos de la misma se han lavado en el país B. El país B puede usar su propio marco ALA para abrir una investigación contra los individuos o las instituciones financieras donde se cree que se encuentran los activos. Este procedimiento puede llevar al investigador en el país B a una situación en la que él mismo tendría que solicitar información del País A. Para fundamentar la consiguiente solicitud de ALM, el investigador tendría que considerar ofrecer información al País A donde se originó el delito precedente.

A través de este proceso, ambos países pueden beneficiarse e intercambiar información, y especialmente el país en el que se cometió el delito precedente (país A) puede recabar elementos importantes para potenciar su investigación.

6. El uso de estructuras jurídicas para ocultar activos ilegales

6.1. Introducción

Conforme los delincuentes se tornan más conscientes de las oportunidades que ofrece la economía global para cometer delitos cada vez más ingeniosos, ellos desarrollan formas cada vez más sofisticadas de ocultar sus ganancias ilícitas. El lavado de activos es el proceso a través del cual los efectos ilegalmente obtenidos de una actividad criminal se convierten o transforman en dinero u otros activos ostensiblemente legítimos para ocultar o disfrazar su origen o fuente ilícita. Es un delito que siempre necesita la comisión (mas no la condena) de otro delito, un delito precedente. Los delincuentes y los grupos del crimen organizado mantienen las ganancias de su delito inventando esquemas de lavado de activos que buscan crear una desconexión entre ellos mismos y los efectos de sus actividades criminales. Estas desconexiones finalmente facilitan que el delincuente disfrute de manera segura de los frutos de su delito.

Los esquemas sofisticados de lavado de activos frecuentemente involucran redes complejas de transacciones y estructuras, que ofrecen disfraz, ocultamiento y anonimato, y trascienden las fronteras internacionales. Al lavar los efectos del delito, a menudo se le brinda al dinero sucio un semblante de legitimidad de origen a través del uso de estructuras jurídicas. Por ejemplo, se pueden mover los fondos a través de varias cuentas bancarias, la mayoría pertenecientes a varias y diferentes estructuras jurídicas en múltiples jurisdicciones, por tanto, oscureciendo el rastro de auditoría y cortando el vínculo con el delito original. El delincuente luego se beneficia de tales fondos, que finalmente parecen emanar de una fuente legítima.

En muchos casos, el delincuente no actúa solo, sino que involucra los servicios de profesionales para diseñar complejas estructuras para alcanzar sus objetivos. Las estructuras jurídicas, incluyendo las corporaciones, decomisos, fundaciones, sociedades de responsabilidad limitada y estructuras similares, se han vuelto un componente integral e indispensable del panorama financiero global. Sin embargo, como resaltó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) podrían ser utilizadas con fines ilícitos, incluyendo lavado de activos. Como los bancos y otras instituciones financieras establecen defensas contra el lavado de activos, los delincuentes responden con el mal uso de estructuras jurídicas, y aquellas que brindan servicios societarios y fiduciarios, para disfrazar y convertir sus efectos legales antes que entren al sistema financiero tradicional.

Las opciones que tiene el delincuente respecto de los vehículos de lavado de activos para disfrazar actividades ilegales solo están limitadas por su creatividad.

El éxito de la corrupción pública, el lavado de activos y la mayoría de las investigaciones de delitos financieros depende enormemente de la capacidad del investigador penal para rastrear el camino de la titularidad del dinero y otros activos, que se aleja del delito o del delincuente a destinos tanto domésticos como offshore. Es esencial poder vincular al autor con el beneficiario final de dichos activos.

El profesional debe por tanto desarrollar un entendimiento de los tipos de asistencia y las estructuras que normalmente brindan los proveedores de servicios societarios o fiduciarios (PSSFs) y otros profesionales que están siendo usados como portales a través de los cuales los delincuentes disfrazan el origen ilegal de sus activos. Para este fin, es esencial entender la forma en la que se obtiene un barniz de respetabilidad, y en la que se explota el secretismo al involucrar a proveedores de servicios profesionales, y cómo las estructuras jurídicas se manipulan y se les da un mal uso en el proceso. Según los estándares internacionales del GAFI, la definición de PSSFs se refiere a una persona o negocio que proporciona alguno de los siguientes servicios a terceros:

- *Actuar como agente de formación de personas jurídicas;*
- *Actuar como (o hacer arreglos para que otra persona actúe como) director o secretario(a) de una empresa, un socio de una sociedad, o un puesto similar con relación a otras personas jurídicas;*
- *Brindar una oficina registrada, domicilio social o alojamiento, domicilio para correspondencia o administrativo para una empresa, una sociedad o cualquier otra persona jurídica o régimen jurídico;*
- *Actuar como (o hacer arreglos para que otra persona actúe como) un fideicomisario de un fideicomiso expreso;*
- *Actuar como (o hacer arreglos para que otra persona actúe como) un accionista nominal para otra persona.*

En este capítulo se propone explicar el sentido de “estructura jurídica” y otros conceptos relacionados, como beneficiario final y el rol de los proveedores de servicios corporativos, antes de enfocarnos en los tipos más comunes de estructuras jurídicas usadas con fines ilegales.

6.2. Definición de estructura jurídica

Al entender lo que significa una estructura jurídica (también llamada comúnmente estructura) particularmente en el contexto de las jurisdicciones offshore, los profesionales ayudan a desencantar la mística a menudo asociada con las investigaciones penales que involucran a dichas estructuras. Ellos necesitan mejorar su conocimiento de los diferentes tipos de estructuras jurídicas disponibles en países extranjeros y sus usos lícitos e ilícitos para mejorar las posibilidades de seguirle el rastro al dinero en casos de corrupción y lavado de activos.

Los siguientes términos son pertinentes para entender las estructuras jurídicas:

- *Una empresa es una entidad jurídica, autorizada por ley, que permite que un grupo de individuos, como accionistas, decidan crear una organización independiente con personalidad jurídica propia, que puede luego centrarse en un grupo de objetivos y que tenga derechos normalmente reservados para individuos como demandar y ser demandada, ser propietaria, contratar trabajadores, así como prestar y recibir préstamos;*
- *Corporativo significa relativo a una empresa o grupo grande, o una empresa o grupo de empresas.*

Una empresa (también llamada corporación en algunas jurisdicciones) es de propiedad de sus accionistas que participan de las ganancias y pérdidas generadas a través de sus operaciones. Por lo tanto, el beneficiario final de una empresa o corporación es, hablando generalmente, el accionista, es

decir la persona (individuo o corporación) que tiene registradas acciones en una empresa específica. Sin embargo, en algunas situaciones el accionista puede tener acciones en beneficio o en nombre de otra persona. Este tipo de accionista será llamado un “accionista nominal” y la otra persona – que sería el propietario real de las acciones - es el beneficiario final de dichas acciones.

En otras palabras, el beneficiario final es el propietario real de las acciones y tiene derecho a todas las ganancias, utilidades y beneficios conferidos a dichas acciones. El beneficiario final será también el que decida la última venta o disposición de las acciones. De acuerdo con esto, no todos los beneficiarios finales son accionistas, y no todos los accionistas son beneficiarios finales– mientras que, ciertamente, también es posible que los dos sean la misma persona.

Las empresas o las corporaciones necesitan cumplir con algunos requisitos legales para recibir reconocimiento como entidades jurídicas con una personalidad, independiente de sus propietarios. Desde el punto de vista jurídico, una empresa es una entidad corporativa legalmente reconocida e independiente creada por medio de un velo ficticio entre la empresa y sus miembros, que protege a las personas detrás de la empresa o corporación de tener responsabilidad civil. Las empresas o corporaciones tienen características distintas, como una existencia jurídica que les permite comprar, vender, ser propietarias o celebrar contratos. Ellas pueden demandar a otras personas y entidades, y ser demandadas por ellas. Las empresas o las corporaciones también tienen responsabilidad limitada y continuidad de existencia, por ej: pueden vivir más allá del tiempo de vida y la capacidad de sus propietarios, porque su titularidad puede ser transferida a través de ventas o donaciones de acciones.

El velo corporativo es perforado cuando, primeramente, se establece que los individuos detrás de la empresa o corporación gestionan las finanzas y prácticas comerciales de la entidad, al punto que la entidad corporativa ya no tiene una voluntad o existencia independiente. Y, en segundo lugar, el control ha resultado en un acto delictivo, deshonesto o injusto que causó daños o pérdidas injustas.

Las estructuras jurídicas son entidades legales a través de las cuales se lleva a cabo una amplia variedad de actividades comerciales y se tienen activos y bienes. En economías de mercado, son la base de la mayoría de actividades comerciales y empresariales.

Ellas juegan un rol esencial en el sistema económico global y en la absoluta mayoría de los casos desarrollan negocios y actividades estrictamente legales, pero pueden ser usadas, en determinadas condiciones, para fines ilegales, incluyendo lavado de activos, cohecho/corrupción, malversación, escondiendo y blindando activos de los acreedores, prácticas fiscales ilegales, fraude mercantil, elusión de requisitos de revelar información y otras formas de comportamiento ilícito.

Para cualquier operador que busca desvelar al “beneficiario final” de la estructura jurídica es, por lo tanto, fundamental desarrollar capacidades, herramientas y metodologías que le permitan ver a través del velo corporativo para identificar a la parte que lo controla.

6.2.1. Significado de offshore

Si bien el término offshore no está definido por el GAFI, en el contexto de las estructuras jurídicas la palabra se refiere a algo localizado o establecido fuera de las fronteras nacionales, por ej: en un país extranjero. Es normalmente usado para describir bancos extranjeros, fideicomisos, corporaciones, inversiones y depósitos con sede fuera de la jurisdicción. Aunque una empresa puede moverse legítimamente a un territorio de ultramar para evitar impuestos o para disfrutar de normas más flexibles, las instituciones financieras offshore (o de ultramar) pueden también ser usadas con fines ilícitos, como lavado de activos y evasión de impuestos. Los vehículos offshore o las estructuras formadas en los centros financieros offshore (CFOs) – aquellas jurisdicciones cuyas estructuras jurídicas son usadas principalmente por no-residentes - normalmente incluyen empresas, sociedades o fideicomisos que están localizados, constituidos o registrados en territorios de ultramar (offshore).

De acuerdo con lo descrito en la primera década del 2000 por el Foro para la Estabilidad Financiera (FEF)¹⁶ - Grupo de Trabajo en Centros Financieros Offshore, los CFOs no pueden definirse fácilmente, pero pueden ser categorizados como jurisdicciones que atraen un alto nivel de actividad no-residente. Tradicionalmente, el término ha implicado que existan algunos o todos los elementos siguientes:

- *Nivel de imposición tributaria bajo o inexistente sobre los ingresos comerciales o de inversión;*
- *Ninguna retención de impuestos para no residentes;*
- *Régimen extremadamente flexible para constitución de empresas y obtención de licencias comerciales;*
- *Uso flexible de fideicomisos y otras estructuras jurídicas especiales;*
- *Las instituciones financieras y/o estructuras corporativas no requieren que el beneficiario de cuentas o sociedades tengan una presencia física en el país;*
- *Un alto nivel de confidencialidad de la información relacionada con los clientes basado en leyes que establecen formas de secreto bancario o comercial;*
- *No disponibilidad de incentivos y regímenes jurídicos similares para los residentes.*

Muchos países, territorios y jurisdicciones califican como CFO, aunque el nivel de estándares regulatorios y transparencia varía ampliamente entre los CFOs mismos.

Se da un mayor énfasis a las jurisdicciones offshore en el contexto de investigaciones penales porque algunas jurisdicciones offshore brindan un nivel excesivo de secretismo a sus estructuras jurídicas y crean un ambiente favorable para que los mismos sean usados con fines ilícitos. Como consecuencia, las empresas de fachada o de papel constituyen una proporción sustancial de las estructuras jurídicas constituidas en algunos CFOs y enfrentan un mayor riesgo que puedan ser usadas de manera indebida. Asimismo, un número de otras jurisdicciones offshore han desarrollado regímenes especializados, sofisticados y sólidos para obtener y compartir información sobre el beneficiario final, y controlan y/o están llevando a cabo grandes esfuerzos para fortalecer sus regímenes jurídicos y de supervisión para reducir el uso de estructuras jurídicas con fines ilegales.

El cimiento de la mayoría de los CFOs es la formación de estructuras offshore, que normalmente incluyen lo siguiente:

- *Empresa offshore, que puede referirse tanto a una empresa que se constituye fuera de la jurisdicción de sus operaciones principales, sin importar si dicha jurisdicción es un CFO (a veces conocida como empresa no-residente), así como una empresa (residente o no) constituida en un CFO, es decir en una jurisdicción offshore;*
- *Fideicomiso offshore, o sea un fideicomiso convencional que se forma bajo las leyes de una jurisdicción offshore;*
- *Sociedad offshore, un contrato ilegal celebrado entre dos o más personas, en virtud del cual cada una acuerda dar una parte de capital y trabajo para un emprendimiento comercial, y cada uno compartirá una porción fija de ganancias y pérdidas;*
- *Fundación privada que es una entidad jurídica establecida por un individuo, una familia o un grupo de individuos con un fin, como la filantropía o un objetivo legal en la operación económica.*

¹⁶ El Foro para la Estabilidad Financiera fue creado por los países del G7 en 1999 con sede en Suiza, y posteriormente ampliado a otros países y entidades financieras. Tras la Cumbre del G-20 en Londres (abril de 2009) se convirtió Consejo de Estabilidad Financiera, CEF (Financial Stability Board, FSB por sus siglas en inglés), que es un organismo internacional que persigue la eficacia y estabilidad del sistema financiero internacional que integra a todas las economías importantes del G-20 y tiene su sede en Basilea, Suiza.

6.2.2. Rol de proveedores de servicios societarios y fiduciarios

En la mayoría de los casos, las estructuras jurídicas o las estructuras offshore, como empresas de fachada o fideicomisos, se usan de manera indebida para ocultar o disfrazar que el autor de un crimen sea el beneficiario final de los efectos del delito. En la mayoría de los sistemas jurídicos y financieros, las instituciones bancarias actúan como obvios guardianes de la entrada al sistema financiero legítimo, facilitando el acceso al mundo de dichas estructuras y del sistema financiero a los operadores “legales”. Sin embargo, las personas y/o entidades que no son instituciones bancarias, como los PSSFs, empresas fiduciarias, profesionales legales, contadores y asesores financieros, que también tienen una obligación analoga, se han convertido en unos casos en actores importantes en esquemas que han tenido un impacto profundo en la lucha contra el lavado de activos, tanto global como localmente. Las organizaciones criminales y los individuos que cometen delitos, en muchos casos, usan PSSFs para ayudar con las actividades ilegales, buscando servicios, profesiones y asesoría sobre los vehículos o jurisdicciones más adecuados que pueden usar para cumplir con sus agendas delictivas. Debido a su conocimiento y experiencias, los PSSFs generalmente se encuentran con las experiencias y las capacidades para facilitar el lavado y el ocultamiento de activos, hasta facilitando la comisión del delito precedente y la división de bienes delictivos y también ayudando a los beneficiarios finales de activos ilícitos a disfrazar u ocultar la titularidad sobre dichos bienes.

Los PSSFs están a menudo involucrados en el diseño de estructuras jurídicas, en tanto ofrecen un amplio rango de servicios, que incluyen la constitución de empresas, servicios de dirección, servicios de accionista nominal, servicios secretariales para la empresa, servicios de oficina registrada y servicios fiduciarios. Los PSSFs tienen un conocimiento único de las operaciones diarias y de la “vida financiera” real de las estructuras jurídicas y pueden ser una fuente invaluable de información para el operador.

En ciertos casos, además, los PSSFs son propiedad de bancos privados y dan servicios a los clientes de dichos bancos, ofreciendo “paquetes societarios y fiduciarios” que incluyen los servicios antes mencionados de oficina registrada, directores, accionistas y contabilidad por unos miles de dólares.

De esta manera, los empleados de estas empresas firman contratos legítimos a nombre de las empresas (que a su vez son de propiedad de fideicomisos, en varias ocasiones) que representan para manejar y controlar grandes sumas de dinero y por una pequeña recompensa. Estos PSSFs también actúan como fiduciarios para los fideicomisos, que son titulares de la empresa a través de accionistas nominales ofrecidos por los PSSFs.

6.3. Beneficiario final

Durante una investigación penal que involucre estructuras jurídicas, especialmente aquellas formadas en jurisdicciones offshore, el meollo del asunto para un profesional es develar quién es el “beneficiario final” de la estructura jurídica.

El beneficiario final se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente son titulares o controlan un activo y directa o indirectamente gozan de los beneficios del mismo. Él/ella también tiene o controla al cliente y/o persona natural que puede aparecer como titular o como quien controla el activo, en cuyo nombre se está llevando a cabo una transacción para ocultar la verdadera titularidad. También incluye a esas personas que ejercitaron finalmente el control efectivo de una persona o régimen jurídico. “Finalmente tener la propiedad” y “el último control efectivo” se refiere a situaciones en las que la titularidad/control se ejercita a través de una cadena de propietarios o por medio de un control distinto del control directo¹⁷.

¹⁷ Resulta muy útil para comprender las diferentes disciplinas que regulan esta definición, consultar el documento “Regulación sobre beneficiarios finales en América Latina y el Caribe”, Banco Interamericano de Desarrollo – BID, 2017. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Regulación-sobre-beneficiarios-finales-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf>

A diferencia del ‘beneficiario final’, los propietarios y fiduciarios de la empresa legal o nominal pueden estar registrados como propietarios legales de un activo sin tener realmente el derecho a disfrutar de sus beneficios. Las estructuras complejas y opacas establecidas a lo largo de diferentes jurisdicciones facilitan el ocultamiento de los beneficiarios finales, especialmente cuando se usan propietarios nominales y parte de la estructura corporativa es establecida en una jurisdicción famosa por su secretismo.

Como mencionamos anteriormente, es esencial ser capaz de “ver a través” del velo corporativo que brinda la estructura para identificar a la parte que controla, es decir al beneficiario final. La pregunta fundamental es quién tiene el control de una estructura jurídica ya que este dato es esencial para los fines de la investigación, con el fin de identificar a la(s) verdadera(s) persona(s) detrás del mismo y recuperar los activos correspondientes. La información sobre la titularidad legal y efectiva (beneficiario final) puede ayudar a las autoridades policiales y otras autoridades competentes, identificando a las personas naturales que pueden ser responsables de la actividad criminal subyacente. También ayuda a identificar a aquellos que pueden tener información relevante para la investigación, y por tanto ayudar aún más a “seguir el dinero” en las investigaciones financieras que involucran cuentas/ activos sospechosos de estructuras jurídicas.

6.4. Estructuras jurídicas comúnmente usadas con fines delictivos

La práctica y los resultados de las investigaciones llevadas a cabo a nivel internacional demuestran que las estructuras jurídicas juegan un rol central en el ocultamiento de conductas idóneas a obtener ganancias económicas particulares, lavado de activos y esconder la titularidad efectiva de activos ilegales. En muchos análisis recientes sobre estructuras corporativas y financieras que se encargan de mover flujos financieros ilícitos, el Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), que han creado la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR)¹⁸, han evidenciado lo fácil que es para los autores de corrupción esconder sus intereses detrás de un velo corporativo. El análisis también trató las dificultades a que se enfrentan los investigadores al tratar de levantar ese velo ya que, en la mayoría de casos, se evidencian las siguientes características comunes:

- *El uso indebido de una estructura jurídica (empresa o corporación) para esconder el rastro del dinero;*
- *Los flujos derivantes de la corrupción se movimentaban a través de fondos en una cuenta bancaria;*
- *En los casos en los que se contaba con información sobre la titularidad, la estructura jurídica en cuestión había sido constituida o era manejada por un intermediario.*

En la gran mayoría de casos de corrupción analizados, las estructuras jurídicas, incluyendo empresas, decomisos, fundaciones y entidades ficticias se usaron de manera indebida para ocultar las identidades de las personas involucradas en la corrupción. De estas estructuras jurídicas, la empresa fue la que se usó con más frecuencia.

Los funcionarios públicos corruptos y los lavadores de dinero no quieren conservar el dinero sucio a su nombre. Por ello, lo que normalmente hacen es crear una empresa o una serie de empresas y hacen que esta empresa sea titular de sus activos. La empresa puede abrir una cuenta bancaria, puede comprar un edificio o una mansión y puede transferir dinero alrededor

¹⁸ Larissa Gray y otros autores, Few and Far, the hard facts on stolen asset recovery, 2014 <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/Hard%20Facts%20Stolen%20Asset%20Recovery.pdf>

del mundo. Más importante aún es que resulta difícil y, a veces, totalmente imposible vincular la empresa a la persona que tiene la propiedad de la misma. Ello hace que este sea un mecanismo atractivo para esconder, mover y usar dinero u otros activos.

Otra dificultad es que mientras que los grandes casos de delitos económico-financiero tienen a menudo una dimensión internacional, los operadores tienen poco conocimiento sobre estructuras jurídicas fuera de su propio país y, frecuentemente, carecen de recursos para obtener evidencia de otras jurisdicciones.

A continuación, se tratarán las estructuras jurídicas más comúnmente usadas para estos fines.

6.4.1. Empresas de fachada o fantasma

Una empresa de fachada puede definirse como una empresa no-operativa, porque aunque ambas han sido creada con las formalidades de ley, ninguna ejerce su objeto social, ni realiza actos de comercio, ni tampoco cumple con sus obligaciones mercantiles por lo que no reportan beneficios a la sociedad en términos de generación de empleo, movilización de capital y generación de riqueza. Sin embargo, hay que considerar que las sociedades no-operativas no contienen un elemento de predisposición o de fraude a la ley sino que simplemente no ejerce su objeto social. En su forma más típica, una empresa de fachada es brindada por un intermediario profesional a una persona involucrada en una actividad ilícita, quien luego la usa para esconder el rastro del dinero puesto que los fondos ilícitos en cuestión son transferidos en y a través de cuentas bancarias.

Las empresas de fachada podrían constituirse para cumplir con una variedad de funciones económicas legítimas, como facilitar una fusión, secuestrar pasivos o para tener acciones o activos intangibles de otra entidad comercial. Sin embargo, las mismas también pueden ser usadas de manera indebida por actores ilegales sin tener un fin comercial legítimo. Para facilitar las operaciones de lavado de activos y otros esquemas ilegales, las empresas de fachada pueden ser usadas para generar facturas falsas, honorarios por consultas o pagos de comisiones ficticios, o préstamos falsos.

Una empresa de fachada no tiene presencia física en su jurisdicción. Normalmente se forma en un paraíso fiscal o en una jurisdicción que mantiene el secretismo, y su fin único y principal es aislar al verdadero beneficiario (beneficiario final) de impuestos, divulgación de actividades o ambas. Las empresas de fachada también son llamadas empresas fantasmas o 'empresas buzón'. Un tipo específico de estructura de empresa de fachada es la corporación internacional de negocios (IBC, por sus siglas en inglés), que normalmente es usada por empresas de fachada constituidas por no-residentes en CFOs. Por definición las IBCs forman empresas de fachada ideales, porque no se les permite llevar a cabo negocios dentro de la jurisdicción de constitución y generalmente están exentas de pagar impuestos locales a la renta.

Es rápido, fácil y relativamente barato constituir una empresa de fachada anónima. Las empresas de fachada normalmente usadas para dar y recibir sobornos, lavar dinero y evadir impuestos también se encuentran disponibles en línea por unos cuantos cientos de dólares a través de bufetes de abogados o empresas de consultoría en países off shore.

Las empresas de fachada, a menudo junto con otras herramientas usadas en crímenes financieros, pueden establecerse para disfrazar el rastro de evidencia, estableciendo capas entre el delincuente y la transacción corrupta, fraudulenta o de lavado, y entre el delito precedente y los efectos del mismo.

Considere el ejemplo que se mencionó anteriormente: a cambio de contratos muy lucrativos con el País A, la empresa X pagó grandes sobornos a aquellos encargados de otorgar los contratos. Sin embargo, una transferencia directa de la empresa a los funcionarios en cuestión sería extremadamente sospechosa. Por eso, en lugar de ello, la empresa X usó un intermediario aislado de la empresa y del receptor final por dos empresas de fachada con directores y accionistas nominales – una entre el intermediario y la empresa X, y el otro entre el intermediario y el receptor. Los flujos financieros

entre cada eslabón de la cadena están disfrazados como pagos por servicios vagos de “consultoría” y “marketing”. Para probar que se ha llevado a cabo un acuerdo con corrupción, los investigadores se enfrentan a la difícil tarea de seguir cada eslabón en la cadena a través de diferentes jurisdicciones para probar que estas partes ostensiblemente independientes son parte de la misma empresa criminal.

Las empresas de fachada, cuando son usadas de manera ilegal, generalmente se usan con esquemas adicionales para esconder al beneficiario final. Otros mecanismos incluyen el ejercicio subrepticio del control a través de contratos (en lugar de la titularidad y los puestos de control “estándar” o comunes), agregando capas de estructuras jurídicas, escondidas tras acciones al portador y garantizando que los beneficiarios finales se encuentren ubicados (o que la información de identificación esté guardada) en otra jurisdicción.

Como las empresas de fachada, a diferencia de las empresas normales, no tienen actividad económica, es difícil encontrar mucha información sobre ellas. Una empresa operativa que está involucrada en negocios legítimos normalmente se va a presentar en el mercado, se va a asociar a una cámara de comercio, creará una página web, auspiciará eventos de promoción y comprará bienes y equipo. Tendrá trabajadores que pueden ser entrevistados, guardará actas de las reuniones que pueden ser consultadas y producirá datos financieros que pueden compararse. Una empresa no-operativa, como una empresa de fachada, puede que cumpla con algunos de estos requisitos (las sociedades están obligadas a llevar a cabo reuniones de accionistas una vez al año en casi todas las jurisdicciones) pero probablemente no tenga que hacerlo o lo hará ficticiamente.

Sin embargo, es útil recordar que las empresas de fachada no existen, y por tanto los que constituyen dichas empresas se enfrentan a dificultades para fingir una presencia virtual (en línea) activa y sólida. Una presencia de este tipo incluirá la existencia de una página web bien diseñada, la presencia de otro contenido en línea, actualizaciones periódicas y regulares de información, y direcciones electrónicas de contacto vinculadas a direcciones de un sitio web legítimo y no a cuentas de correo electrónico gratuitas. Si la empresa no tiene presencia virtual en absoluto y no tiene la información esperada de ese tipo de empresas disponible en línea, esto ya constituye un indicio para el investigador que, de esta manera, empieza a descubrir información que puede llevarlo a revelar una red completa.

Las organizaciones criminales usan una red de empresas de fachada para ocultar al beneficiario final de activos ilegales o un esquema de lavado de activos, haciendo que la identificación e investigación de dichas empresas lleve mucho tiempo y sea muy difícil sin recursos ni asistencia. Por lo tanto, los operadores deberían aprovechar todos los recursos virtuales, especialmente por parte de las organizaciones que están involucradas en varios aspectos de la investigación, la emisión de informes y/o el rastreo de empresas de fachada y las investigaciones penales como, por ejemplo:

- *GAFI, disponible en www.fatf-gafi.org;*
- *Testigo Global, disponible en www.globalwitness.org;*
- *Oficina de Control de Activos Estratégicos (OCAE), disponible en <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>;*
- *Red contra los Delitos Financieros (FinCen), disponible en www.fincen.gov;*
- *Alerta Offshore, disponible en www.offshorealert.com;*
- *El Consorcio Internacional de Periodismo de Investigación (ICIJ), disponible en www.icij.org.*

6.4.2. Empresas en reserva

Una empresa en reserva es una sociedad que no ha tenido actividad. Se ha constituido, se ha dejado “dormir” y se ha puesto “en reserva”. Esta sociedad es posteriormente vendida a alguien que prefiere utilizar una corporación ya existente con una cierta antigüedad que constituir una nueva, que podría dar lugares a sospechas y controles por parte de las autoridades. La diferencia importante entre empresas de fachada y empresas en reserva está en la edad de las mismas desde que fueron constituidas, en donde el valor de una empresa en reserva se basa en su historia y sus relaciones bancarias además de su edad. Una empresa en reserva es, por lo tanto, una sociedad que ya ha sido constituida con un pacto social estándar y que tiene accionistas y directores inactivos, así como una secretaría inactiva. Cuando una empresa en reserva es luego vendida, los accionistas inactivos transfieren sus acciones al comprador, y los directores y secretarios(as) presentan su renuncia. Normalmente las autoridades no necesitan ser notificadas cuando se vende una empresa en reserva.

La publicidad de una empresa en reserva normalmente resalta los beneficios inherentes en corporaciones en reserva y antiguas, que inmediatamente establecen historia corporativa. Por ejemplo, varios recursos on line tiene una lista de empresas “pre-presentadas”, “en reserva o en el estante” que se pueden adquirir. Al ser el titular de una empresa preconstituida, se puede tomar ventaja de disponibilidad instantánea y entrega rápida, y se puede mostrar longevidad y tener una empresa con una historia registrada. Además, la sociedad está lista para ser transferida, puesto que no se están emitiendo acciones en el momento y puede ayudar cuando uno se presenta solicitando que se le otorguen contratos o financiación. También es más fácil obtener tarjetas de crédito comerciales y líneas de crédito comerciales debido a la antigüedad de la empresa

Además, en algunas jurisdicciones, los procedimientos de constitución de empresas pueden tomar mucho tiempo, y por ello a menudo es más fácil, rápido y menos costoso transferir la titularidad de una empresa en reserva que constituir una nueva. En otros casos, los bancos o los prestamistas necesitan que un negocio tenga una existencia de seis a dos años o más antes de prestar dinero y, por lo tanto, muchas agencias solo suscribirán acuerdos con una empresa que haya estado en el negocio por lo menos por dos años.

El precio de una empresa en reserva para la compra inmediata tiende a variar dependiendo de su tiempo de existencia. Por ejemplo, para una empresa que tenga menos de cinco años, se puede esperar que el precio a pagar sea US\$ 1,000 por año de existencia de la empresa. En el caso de una empresa mayor de 10 años, este monto aumentará a US\$ 35,000. Los costos aumentan en los casos en los que la empresa en reserva ofrezca beneficios adicionales, como líneas de crédito preexistentes, registros y cuentas bancarias.

Las empresas en reserva merecen atención por parte de las autoridades de investigación porque los responsables de delitos pueden fácilmente desviar a los investigadores del rastro, comprando empresas en reserva y luego nunca transfiriendo oficialmente la titularidad. En estos casos, la investigación a menudo llega al fin del camino con un agente que constituyó la empresa y que hace tiempo la vendió sin registros del comprador y sin obligación de inscribir el cambio de titularidad.

6.4.3 Fideicomisos

El concepto de fideicomisos probablemente menos conocido para la mayoría que el de empresa, pero ya se ha estado usando por un periodo de tiempo considerable. El fideicomiso es una relación jurídica que se originó históricamente en Inglaterra, y consecuentemente se desarrolló principalmente en Estados que se rigen por la tradición jurídica anglosajona (common law), por ej: Gran Bretaña, los Estados Unidos, Australia, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda. Asimismo, se pueden encontrar instituciones similares a los fideicomisos en otros países, por ej: Japón, Israel y Liechtenstein.

Un fideicomiso es un acuerdo o relación jurídica que existe en muchas jurisdicciones cuando una persona (“fideicomisario”) es propietaria de activos, no para su propio uso y beneficio, sino en beneficio de otros (“beneficiarios”). A diferencia de las empresas o corporaciones, es una estructura jurídica que no tiene personalidad jurídica independiente y distingue propiedad legal de beneficiario final. Constituye una obligación vinculante en virtud de la cual la propiedad de los activos se transfiere a un fideicomisario(s) por medio de un acta de fideicomiso, que deberán manejarse y serán usados a favor de los beneficiarios nombrados o no nombrados.

El concepto de fideicomiso surgió de la práctica en la Inglaterra medieval, cuando los aristócratas y terratenientes que luchaban en las Cruzadas confiaban sus posesiones a familiares o amigos (el antecedente del fideicomiso moderno) para sostener a otros miembros de la familia en caso de que murieran en batalla. En consecuencia, la idea de dividir la propiedad de los bienes surgió a través de la misma, el cruzado (o aquellos nombrados por él) era tratado como poseedor de un beneficio efectivo en la tierra y la persona dejada a cargo como el propietario legal de la tierra. Los conceptos básicos aún permanecen hoy en día en el moderno instituto jurídico del trust.

Las relaciones de fideicomiso se forman por muchas razones y con muchos fines, y es imposible establecer una lista exhaustiva de los tipos de fideicomisos que se han desarrollado en la práctica legal. Un fideicomiso se hace “a la medida” para alcanzar un objetivo, siempre y cuando no sea contrario a las políticas públicas, sea ilegal, ni contravenga ciertos principios del derecho fiduciario. Los términos del fideicomiso identifican la ley aplicable al mismo. Asimismo, a través de la adopción de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los fideicomisos y su reconocimiento, los países partes reconocen la existencia y validez de los fideicomisos, pero, *inter alia*, solo aquellos que hayan sido creados voluntariamente y por escrito. Dentro de estos límites, el objetivo para el que se pueden usar fideicomisos se encuentra restringido solo por la imaginación de las partes involucradas, así como sus asesores profesionales.

En la práctica, el fideicomiso ha probado ser un instrumento extremadamente flexible y puede ser usado con muchos objetivos legítimos y encomiables. Es usado frecuentemente en conexión con el planeamiento inmobiliario y para la llamada protección de activos para individuos. Los problemas surgen cuando el fideicomiso se usa para ocultar el origen y la distribución de fondos ilegales. Desafortunadamente, los fideicomisos que ocultan la identidad de las partes se han vuelto una parte común de los arreglos para el lavado de activos.

Los componentes esenciales o las partes de un fideicomiso son el fideicomitente, fideicomisario, los beneficiarios y la propiedad fideicomitada. El fideicomitente transfiere la propiedad de sus activos a los fideicomisarios por medio de un acta de fideicomiso, que debe ser administrada y usada para el beneficio de beneficiarios nombrados o no nombrados. Esto constituye una obligación vinculante. En el proceso de transferir (o “liquidar”) ciertos bienes, la propiedad o control legal de los activos (conocidos como los bienes fiduciarios) es independiente del interés por beneficio efectivo que se tiene sobre dichos activos.

El fideicomiso expreso es el más común e incluye tanto fideicomisos fijos como discrecionales. En el fideicomiso discrecional, el interés de los beneficiarios no es fijo, pero depende del ejercicio de ciertos poderes discrecionales en su favor por parte del fideicomisario. Como tal, es el más flexible de todos los fideicomisos y es usado a menudo por los delincuentes porque el beneficiario puede ser nombrado o cambiado en cualquier momento, posibilitando que la identidad del beneficiario sea un secreto hasta que la propiedad de los activos fideicomitados se le transfiera.

En los casos que el fideicomisario tenga algún tipo de discreción respecto de la inversión y distribución de los activos del fideicomiso, el acta puede estar acompañada de una carta que no es vinculante jurídicamente, la que se conoce como Carta de Deseos/Instrucciones.

19 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>

La Carta de Deseos/Instrucciones, que a menudo acompaña a los fideicomisos discrecionales, establece los deseos del fideicomitente respecto de cómo desea que el fideicomisario cumpla con sus funciones, de quién debería aceptar instrucciones, y quiénes deberían ser los beneficiarios (lo que puede incluir al propio fideicomitente). Si bien la Carta de Deseos no es vinculante jurídicamente para el fideicomitente, él normalmente cumple con los deseos expresados en la misma.

Como mencionamos anteriormente, el fideicomiso no tiene personalidad jurídica independiente, y el fideicomisario mantiene los activos fiduciariamente. Sin embargo, por otro lado, el fideicomiso no es un simple contrato: si bien el fideicomiso es establecido originalmente por el fideicomitente, luego de su creación se vuelve esencialmente una relación jurídica o arreglo legal entre personas jurídicas – fideicomitente, fideicomisario y beneficiario - que es principalmente gobernado por el acuerdo o acta de fideicomiso y, secundariamente, por las reglas específicas del sistema legal aplicable.

El beneficiario es una persona designada para recibir algo como resultado del fideicomiso y, si bien los fideicomisos deben siempre tener algún beneficiario determinable, los fideicomisos pueden no haber definido beneficiarios actuales, sino solo objetivos de un poder hasta que alguna persona adquiera el derecho a ser beneficiaria de la renta o capital al expirar un periodo de tiempo determinado, al que se le llama el periodo de acumulación. Este periodo, normalmente, coincide con el periodo de perpetuidad del fideicomiso, que normalmente es llamado periodo de fideicomiso en la minuta de fideicomiso.

Un fideicomisario, que puede ser un profesional o empresa pagado(a) o una persona que no reciba pago alguno, mantiene los fondos en un fondo fideicomitado separado de sus propios activos. El fideicomisario invierte y dispone de los activos fideicomitados de acuerdo con el acta de fideicomiso suscrita por el fideicomitente, considerando cualquier Carta mandato del mismo. También puede haber un protector, que podría tener el poder de vetar las propuestas del fideicomisario o sacarlo, y/o un custodio fiduciario que mantiene los activos a la orden de los administradores fiduciarios.

Al constituir un fideicomiso, debe haber una transferencia de propiedad del dinero o de los bienes; sin embargo, no hay un monto mínimo de capital que deba ser transferido del fideicomitente al fideicomisario. El método preciso para encaminar los fondos dentro de la estructura del fideicomiso variará. Un responsable de un delito podría, por ejemplo, usar un “fideicomitente simulado” para establecer el fideicomiso con un monto nominal y evitar identificarse a sí mismo como el real generador de los fondos en el acta de fideicomiso. Como mencionamos anteriormente, en algunas jurisdicciones una “declaración de fideicomiso” elimina la necesidad de que se nombre un fideicomitente al establecer el fideicomiso.

Al establecer el fideicomiso, el fideicomitente tiene comparativamente una extensa libertad. Sin embargo, una vez que se ha establecido el fideicomiso, el mismo solo tiene cierto grado de influencia sobre el fideicomiso. Luego que el fideicomiso es creado, la obligación principal del fideicomisario es salvaguardar los intereses de los beneficiarios y no los del fideicomitente.

Es normal, pero no esencial, que se constituya el fideicomiso por escrito, en la forma de un “acta de fideicomiso” o instrumento de fideicomiso, que establecerá lo siguiente:

- *La forma en la que los beneficiarios pueden beneficiarse del fideicomiso;*
- *Los poderes/deberes que los fideicomisarios tendrán al administrar el fideicomiso y sus activos.*

En muchas jurisdicciones los fideicomisos no necesitan registrarse, lo que puede generar dificultades para la identificación del beneficiario final de un fideicomiso.

La separación de la propiedad legal de los activos fiduciarios (que recae en el fideicomisario) del derecho de beneficiarse de dichos activos (que recae en los beneficiarios) es el factor fundamental para entender los fideicomisos. Bastante a menudo se crea confusión, porque la persona (el “fideicomitente”) que transfiere los activos al fideicomisario no aprecia que, al hacerlo, pierde todos los títulos y el control sobre dichos activos, incluyendo el control sobre la forma cómo serán manejados, a menos que se reserve poderes específicos en el acta de fideicomiso. Si el objetivo del fideicomiso puede ser atacado, revelando que el fideicomitente (el delincuente) aún controla los activos, ello representará un gran avance para la investigación.

En muchos casos, el deber de confidencialidad del fideicomisario se usa como justificación para negarse a revelar información sobre el fideicomiso. Sin embargo, este tema va analizado considerando el deber de confidencialidad que tiene un fideicomisario respecto al beneficiario como similar al que mantiene un banco respecto de su cliente y por lo tanto dicho deber no es absoluto y puede considerarse, entre otros, en aquellos casos en que la divulgación es obligatoria por ley. Finalmente, el deber de confidencialidad tiene límites, especialmente a la luz de injusticias potenciales, y una investigación penal por lavado de activos puede justificar la revelación de información.

6.5. Estableciendo el control y el beneficio

Como se mencionó anteriormente, un desafío clave en la investigación de estructuras jurídicas es develar al beneficiario final, probando quién está en control real. El principal deseo del autor de delito es ser capaz de beneficiarse de las ganancias ilegalmente obtenidas, a menudo corriendo el gran riesgo de alertar a las autoridades penales y cometer errores, y una pieza de información puede a menudo iniciar el proceso de “perforación del velo”. Existen muchas técnicas de investigación disponibles para ser usadas en este proceso, incluyendo bases de datos que revelan información de nombres detrás de empresas encubiertas y fideicomisos privados, pero no hay una regla única, excepto por ser tan creativo como el propio delincuente.

El operador no solo debe determinar quién controla la estructura jurídica, sino que debe también establecer quién se beneficia finalmente de la misma. Como con la investigación de cualquier delito que genera ganancias, ello implica llevar a cabo una investigación financiera para identificar y documentar el movimiento de los fondos, es decir: seguir el rastro del dinero. El vínculo entre el origen del dinero, los receptores, cuándo se recibió el dinero y dónde se tiene guardado o depositado puede darnos información para identificar al beneficiario.

El sector financiero puede ser una fuente muy valiosa de información para el operador que lleva a cabo una investigación financiera y rastreo de activos. El buen investigador debe conocer los requisitos que tienen que cumplir las instituciones financieras en virtud del marco legal antilavado de activos (ALA), especialmente respecto de la debida diligencia del cliente (DDC) y los requisitos de mantener registros. Este conocimiento le permite hacer las preguntas correctas, y solicitar la información realmente relevante, como informes de antecedentes de la relación comercial individual, además de la correspondencia, evaluación de riesgos, registros de cuentas bancarias, documentos de apertura de cuentas, etc.

Se deben conocer los requisitos de debida diligencia del cliente utilizados por las instituciones financieras (por ejemplo: la identificación del beneficiario final, además del cliente) y tomar pasos razonables para verificar dicha identidad. En una investigación para identificar y recuperar activos, además, debe prestarse especial atención a los productos financieros que levantan sospecha por su propia naturaleza, como en los casos en los que el cliente no coincide con el beneficiario final (cuentas mancomunadas, cuentas de valores mancomunadas, empresas de inversión y otras inversiones colectivas), empresas offshore, clientes que poseen activos con beneficiarios finales específicos (abogados o notarios que mantienen cuentas con fines específicamente profesionales).

Si se han formado estructuras jurídicas para esconder la propiedad real de los fondos, el rastreo financiero a menudo penetrará el esquema creado para ocultar los flujos financieros ilícitos, identificando al beneficiario final del dinero. La persona que goza los frutos del delito - es decir, la persona que mantiene activos costosos - es el beneficiario final.

6.5.1. Cooperación internacional

Cuando existen activos delictivos registrados en estructuras offshore, la cooperación internacional deberá facilitar ayuda en la investigación, obteniendo documentos y evidencia para desenmascarar al beneficiario final (en la medida de lo posible). Saber cómo enfocar una investigación con un componente transnacional, hacer uso de tratados bilaterales y multilaterales, cartas de solicitud y canales informales son conocimientos fundamentales en la caja de herramientas de los investigadores que deben conectar efectos delictivos con el autor del delito y, consecuentemente, identificar los activos a recuperar. También es importante saber lo que tenemos disponible en diferentes jurisdicciones, y cómo obtener dicha información en tanto los esfuerzos de cooperación entre jurisdicciones son esenciales para concluir la investigación de manera exitosa.

El proceso de investigación en dichos casos se basa en el uso, análisis y confrontación de innumerables fuentes, tanto documentales como humanas, en las jurisdicciones relevantes. Este tiene que tomar en cuenta los ambientes comerciales y legislativos que varían de país a país y de sector en sector. Mientras más sofisticada sea la estructura offshore, más compleja será la investigación. Uno de los elementos clave de investigación y análisis es buscar inconsistencias y errores.

El éxito de una investigación a menudo depende mucho de la capacidad del operador para utilizar todos los poderes, herramientas y fuentes que tiene disponibles para recabar evidencias y rastrear activos. Una fuente especial de inteligencia que ha venido siendo utilizada cada vez con más frecuencia desde la década pasada es la fuente de inteligencia pública, que involucra la adquisición y el análisis de información de fuentes disponibles públicamente. Las bases de datos disponibles al público son un ejemplo de estas fuentes (como bases de datos corporativas y de bienes). Las mismas pueden ser fácilmente localizadas usando motores de búsqueda disponibles, como Google, o analizadas usando programas hechos específicamente a la medida, que, con siempre mayor frecuencia, se encuentran on line.

Las búsquedas deberían dirigirse no solo al fideicomiso o la empresa, sino también a entidades asociadas y posibles enlaces. Se deberá realizar el perfil de todos los individuos involucrados, incluyendo los nominales, fiduciarios y otros terceros involucrados en las estructuras offshore. La tarea más importante es el mapeo de cada pieza de información descubierta a nivel local y en el exterior y documentar los vínculos sin importar qué tan pequeña o insignificante puede parecer cada pieza. Una dirección o número telefónico puede brindar la clave para descubrir la red de fachada. Para garantizar que no se pase por alto ninguna pieza de información, los operadores deberían hacer uso de herramientas de mapeo y relacionamiento, en particular utilizando metodologías de análisis de redes sociales, a través de software que faciliten el análisis cuantitativo o cualitativo de las redes sociales, al describir las características de una red, ya sea mediante representación numérica o visual²⁰.

La información debería luego ser comparada con los detalles proporcionados por el sospechoso para identificar cualquier inconsistencia. Un ejemplo de inconsistencia sería cuando un beneficiario final (sospechoso) declara que no tiene activos. La investigación establece que una persona nombrada como director de un número de estructuras jurídicas asociadas con el sospechoso maneja activos que valen millones ya que es posible que el sospechoso sea el propietario de estos activos.

²⁰ Un listado de los software mas utilizados se encuentra en https://es.wikipedia.org/wiki/Software_de_análisis_de_redes_sociales

6.5.2. Documentación/Información relevante

Es necesario enfocarse en, y obtener, toda la información posible de los PSSFs. Como regla general son cada vez más los proveedores de fideicomisos, ya que los trust son arreglos privados y una relación legal, y no llegan a ser entidades artificiales como en el caso de las empresas que son personas jurídicas independientes con un marco jurídico y obligaciones legales definidas. Por ello, para poder ver a través del velo corporativo que brinda una estructura para identificar a la parte controladora, es más probable que el profesional obtenga información/evidencia relevante de los PSSFs u otros profesionales responsables de establecer/ manejar la estructura.

Si un fideicomiso no ha sido constituido de manera adecuada, ello puede ayudar al investigador a identificar/ confirmar al beneficiario final real de la estructura. Por ejemplo, si el fideicomitente (sospechoso) finge haber establecido un fideicomiso y sin embargo mantiene el control de la propiedad fiduciaria, no podrá considerarse como un fideicomiso. Mostrando que da instrucciones al fideicomisario respecto de desembolsos hechos desde la cuenta bancaria del fideicomiso y que asimismo se beneficia en el proceso, se ayuda a destruir la noción de fideicomiso y con firmar el beneficiario final de las ganancias delictivas.

También es importante obtener un grupo completo de registros financieros de los bancos involucrados, puesto que ello ayudará a la porción financiera de la investigación. Debe obtenerse todos los memorándums, la correspondencia o los correos electrónicos asociados con las cuentas, y deberá revisarse y analizarse cuidadosamente todos los cheques, transferencias, memorándums de débito/crédito y actividad bancaria.

Respecto de las compras de propiedad, se obtendrá un set completo de registros de acuerdos/liquidaciones, incluyendo todas las notas, memorándums de archivos y correos electrónicos, y todos los documentos de respaldo de pagos de hipotecas. Debe determinarse la identidad de los individuos que reciben y envían correspondencia desde y a la propiedad además de los registros de la fuente de fondos pagados a cuentas de fideicomiso a cargo de abogados o agentes inmobiliarios.

El cuadro siguiente proporciona un ejemplo del tipo de información que puede encontrarse respecto de fideicomisos y empresas.

Fideicomiso	Empresa
<p>Detalles completos del fideicomitente y el fideicomisario;</p> <p>Acta de fideicomiso, variaciones de la misma;</p> <p>Minutas y resoluciones del Fideicomisario;</p> <p>Cartas de Deseos;</p> <p>Cualquier correspondencia, poderes;</p> <p>Detalles del beneficiario y cartas que agregan o eliminan beneficiarios;</p> <p>Cuentas (que se han mantenido) de fideicomisos, aunque estas no sean auditadas;</p> <p>Cronogramas de activos;</p> <p>Correspondencia con todos los administradores de inversiones;</p> <p>Valoraciones regulares;</p> <p>Decisiones tomadas por el fideicomisario, ej: adjudicaciones de capital, distribuciones de ingresos, referencias a cambios o variaciones del instrumento de fideicomiso, cambios o transacciones significativos que involucren activos fiduciarios; y</p> <p>Notas del expediente/transcripciones telefónicas (es práctica común que el fideicomisario reciba una llamada telefónica del fideicomitente con interés discrecional en un fideicomiso, pidiendo que se haga una distribución o un préstamo. Si ello no es tomado ni tratado como una solicitud sino como una instrucción, ello puede llevar a la conclusión de que el fideicomitente está controlando los activos fiduciarios.)</p>	<p>Artículos de constitución, Pacto social;</p> <p>Accionariado;</p> <p>Libros estatutarios;</p> <p>Capital social autorizado y emitido/copias de los certificados de acciones y acciones al portador; y</p> <p>Cualquier correspondencia, poderes, correos electrónicos o instrucciones</p>

7. Dinero Electrónico y Criptodivisas

7.1. Introducción

Con el desarrollo tecnológico y la globalización, los mercados financieros han experimentado una ola sin precedentes de innovaciones que han llevado al desarrollo de nuevos métodos e instrumentos electrónicos de pago. Estas herramientas conllevan más preocupaciones sobre la posibilidad para organizaciones delincuenciales de gozar de posibilidades aún más efectivas para lavar activos y financiar actividades terroristas, ya que los nuevos canales del progreso tecnológico también pueden ser usados con fines criminales, sin dejar rastro. Lo anterior debido a que la tecnología se mueve extremadamente rápido, mientras que los legisladores normalmente son lentos para adaptarse y las agencias de cumplimiento de la ley no siempre tienen la capacidad y los conocimientos para llevar a cabo investigaciones en el mundo virtual. La diferencia en el ritmo de ambos lados crea una brecha que es rápidamente aprovechada por los delincuentes y esto es potencialmente un riesgo, especialmente cuando se trata de nuevas formas de mover el dinero alrededor del mundo.

Las transacciones financieras, que siempre han involucrado el uso de efectivo o de instrumentos derivados del efectivo, pueden ahora realizarse con nuevas tecnologías, como internet, pagos con teléfono celular e instrumentos de tarjetas, que rápidamente están ganando aceptación en el mundo. Los mismos tendrán (y de hecho ya han tenido) un impacto en la efectividad de las técnicas de investigación existentes y las mejores prácticas para combatir los delitos financieros. Estos modi operandi se basaron en experiencias pasadas, como el uso de efectivo, cheques y cuentas bancarias para llevar a cabo transacciones, y se apoyaron fuertemente en la obligación que tienen las entidades financieras de aplicar exhaustivamente los requisitos de “Conoce a tu cliente”. Los nuevos métodos de pago que se han desarrollado recientemente pueden volver obsoletas a las antiguas técnicas y mejores prácticas y desafiar la forma en la que se llevan a cabo las investigaciones financieras.

El dinero electrónico tiene el potencial de facilitar el ocultamiento del origen de las ganancias de los delincuentes, y hacer que ellos puedan mover sus fondos más fácilmente a través de las fronteras sin ser detectados. Casos de los últimos años (como “Liberty Reserve” y “Silk Road”) muestran que las organizaciones criminales ya están usando dinero electrónico para lavar los efectos de sus delitos. Por otro lado, estos casos también han mostrado que, aunque sea difícil, la investigación de la propiedad de dinero electrónico no es imposible. Las redes de dinero electrónico normalmente registran transacciones en un libro contable público (que será descrito con mayor detalle a continuación), que puede someterse a herramientas de monitoreo analítico capaces de indicar transacciones sospechosas. Una transacción digital siempre deja un rastro. Una vez que el velo del secreto se ha penetrado, los activos pueden buscarse, encontrarse y decomisarse.

7.1.1. Características generales

La moneda digital normalmente se define como un medio de intercambio disponible en forma digital, no en forma física (es decir, no en forma de billetes y monedas) que posee propiedades similares a las monedas físicas, permite transacciones instantáneas y transferencia de propiedad sin fronteras. Como tal, esta definición se aplica virtualmente a todas las divisas que existen actualmente (US\$, EUR, etc.). Algunos de estos medios de intercambio de ellas (como el bitcoin) son “criptomonedas”, o sea un activo digital que emplea un cifrado criptográfico para garantizar

su titularidad y asegurar la integridad de las transacciones, y controlar la creación de unidades adicionales, es decir, evitar que alguien pueda hacer copias como haríamos, por ejemplo, con una foto. Estas monedas no existen de forma física: se almacenan en una cartera digital utilizando un tipo de token digital que se basa en criptografía (para encadenar firmas digitales de transferencias por token), creación de redes entre pares (peer-to-peer) y descentralización. Las criptomonedas debido a sus características, son activos que crean una gran preocupación cuando están involucradas en una investigación financiera.

Entre las características que promueven la creciente adopción de criptomonedas se encuentran: un cierto nivel de privacidad, la velocidad de las transacciones y el bajo costo involucrado. Su comunidad está creciendo diariamente, atrayendo un cada vez mayor número de usuarios, comerciantes e inversores.

En noviembre de 2008, un documento publicado en Internet con el nombre de “Satoshi Nakamoto” (Satoshi) y titulado “Bitcoin: Un sistema de efectivo electrónico entre pares” introdujo el uso de una red entre pares para generar lo que se describió como “un sistema para transacciones electrónicas sin basarse en la confianza”. El 3 de enero de 2009, surgió la red Bitcoin con el lanzamiento del cliente Bitcoin de código abierto y la emisión de los primeros bitcoins.

La característica principal que diferencia a Bitcoin de otros intentos previos de crear una moneda digital es su descentralización. Usa tecnología entre pares (peer-to-peer) para transferir un valor entre los usuarios sin involucrar a una autoridad central, banco ni otra institución financiera. El software que ejecuta su red es de código abierto. Su código es público, abierto a desarrolladores, y no es de propiedad ni está controlada por una sola entidad, sino por una comunidad de individuos. La administración y compensación de transacciones y la emisión de nuevos bitcoins se hace colectivamente por una red que voluntariamente comparte la capacidad de sus máquinas para manejar el sistema. Estas actividades son parte de un proceso llamado minería (mining). Las computadoras que manejan la red verifican y graban transacciones en un libro contable público y compartido en el que cada transacción que ha ocurrido en algún momento se registra permanentemente y de manera irreversible. Los voluntarios son recompensados por esta actividad con bitcoins recientemente acuñados y costos de transacción.

La médula de esta red es el libro contable público de transacciones antes mencionado, llamado la “cadena de bloques” (blockchain). La cadena de bloques registra cada transacción en bitcoins en una serie de unidades más pequeñas llamadas “bloques”, los mismos que se encuentran en orden cronológico y concadenados unos con otros, y sirven para estampar las transacciones que contienen en el tiempo y confirmar su validez. Un nuevo bloque es agregado aproximadamente cada 10 minutos cuando una de las computadoras conectadas a la red gana una competencia contra las demás al resolver un problema matemático. La recompensa por haber encontrado la solución es un número de bitcoins que se divide a la mitad cada cuatro años, poniendo por tanto un límite al número de unidades monetarias que se crearán. La minería no es la única forma de adquirir bitcoins, del mismo modo que la extracción de oro no es la única manera de obtener este metal precioso. Como cualquier otra moneda, uno puede recibirla a cambio por la venta de bienes o servicios. Miles de tiendas aceptan bitcoins hoy en día, incluyendo marcas internacionales. Un País de la región ya recientemente adoptó el bitcoin como moneda de curso legal y cualquier individuo también puede comprar bitcoins de otras personas que los venden, directamente o a través del uso de plataforma de intercambio.

Será útil en este punto presentar dos piezas diferentes de software involucradas en el uso de criptomoneda. La primera es piedra angular de la moneda, el software que permite que los pares se conecten unos con otros, compartan información y actualicen de manera colectiva el libro contable compartido. En la red Bitcoin es llamado “Bitcoin Core” (Núcleo Bitcoin), derivado del código original de Satoshi y mantenido por una comunidad de desarrolladores. La segunda categoría de software es el llamado “Bitcoin Client” (Cliente Bitcoin), usado en la computadora de un usuario o en un smartphone para manejar direcciones, así como para enviar/recibir transacciones.

7.1.2. ¿Dónde están nuestros bitcoins?

Los bitcoins se intercambian entre personas que usan una “Dirección bitcoin”, un código de números y letras que se ve así: 1Stefelt5x1CHRrCNLbtMDqcw6o5GNn4xqX. Las direcciones de Bitcoin son generadas automáticamente por el Cliente Bitcoin (junto con un par de claves criptográficas) al instalarse en un dispositivo. A diferencia del sistema bancario donde un usuario típicamente tiene una cuenta bancaria o solo unas cuantas, el usuario de una criptomoneda puede tener tantas direcciones como sea necesario. A menudo, las direcciones se usan solo una vez y luego se descartan para mantener privacidad. Cada transacción registrada en la cadena de bloques se asocia simplemente con una dirección y su par de claves público-privada. El saldo reflejado por una dirección en la cadena de bloques pertenece a, y puede ser gastado por, cualquiera que tenga la clave privada de la dirección y pueda suscribir una transacción con la misma – como usar nuestra clave (password) para acceder a nuestra cuenta bancaria.

Los usuarios pueden mandar bitcoins a otros usuarios usando el Cliente Bitcoin que se ejecuta en una computadora, un teléfono celular u otro dispositivo similar. Cuando el remitente inicia una transacción, esta información es notificada a la red. A cambio, la red certifica la validez de la transacción, verificando que la misma ha sido firmada de manera adecuada con la clave privada correcta y que el valor transferido no se ha gastado en el pasado. Como el saldo, no es más que una serie de transacciones grabadas en el libro contable público, no existen “monedas físicas”, y el cliente usado para llevar a cabo las transacciones no guarda ningún valor. Los bitcoins son simplemente una entrada en la cadena de bloques y el propietario de bitcoins es, en realidad, el simple usuario de una clave privada que le permite firmar una transacción. Como se verá, este concepto genera serias dificultades y preocupaciones cuando un monto de bitcoins involucrados en una actividad delictiva necesita incautarse o decomisarse.

7.1.3. Características legislativas

La popularidad de Bitcoin está constantemente creciendo. Hay ahora una gran comunidad de gente y comerciantes que intercambian la moneda por bienes virtuales y físicos y como hemos visto, un país ya le dio curso legal. Ya el Bitcoin se usa frecuentemente como moneda, y, debido a su volatilidad, está atrayendo grandes inversiones.

Muchas cosas han cambiado desde que la primera compra con bitcoins se llevó a cabo en el 2010, ya que como instrumento financiero nuevo y radicalmente diferente, la situación legal de bitcoin ha cambiado constante y rápidamente en esta década, siendo definida alternativamente como una moneda, un commodity, un activo digital y así sucesivamente

La mayoría de países actualmente no tienen una política oficial ni una definición respecto de bitcoin, aunque los gobiernos han comenzado a tomar nota de la misma y están discutiendo el tema sobretodo por sus implicaciones a nivel de fiscalidad y de control de las herramientas de pago. Aunque unos pocos de estos han advertido que los bancos y las empresas no deben negociar con bitcoins, hasta ahora la actitud general adoptada por los gobiernos y los bancos centrales es un enfoque *laissez-faire* (dejar hacer). Dentro de ese marco, los bitcoins no son tratados como moneda en términos de la ley estatal, y los ciudadanos pueden usarlo para comprar y vender bienes y servicios sin interferencias regulatorias. Las plataformas de intercambios de bitcoins, sin embargo, que normalmente operan exclusivamente en línea, normalmente necesitan registrarse como transmisores de dinero y deben seguir las reglas de “Conoce a tu cliente” o tener una licencia específica.

7.2. Rastreo de dinero electrónico

7.2.1. Bitcoin y actividades delictivas

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en el 2014 ha elaborado un documento que resume las definiciones de moneda virtual y los potenciales riesgos en tema de Lavado de activos y Financiación del terrorismo²¹ que se ha ido progresivamente modificando a raíz de la evolución tecnológica y de los mercados de estas “monedas” así como de la introducción de nuevos activos virtuales. Posteriormente, otros documentos emitidos por Autoridades de control de diferentes países habían considerado la amenaza que representa el dinero electrónico en su uso para facilitar actividades delictivas ya que las criptomonedas no tienen una autoridad centralizada, la policía se enfrenta a dificultades para detectar actividades sospechosas, identificar usuarios, y obtener registros de transacciones – problemas que pueden atraer actores maliciosos a dichas monedas, así como atraer lavadores de dinero y otros delincuentes que evitan usar los sistemas financieros tradicionales, usando Internet para llevar a cabo transferencias de dinero a nivel global.

De hecho, las organizaciones criminales ya han usado dinero electrónico para lavar efectivamente los efectos de sus delitos. Uno de los primeros ejemplos de esta tipología de transacciones se verificó, con un procesador de pagos de Costa Rica que se llamaba Liberty Reserve.

El mismo aceptó voluntariamente depósitos altamente sospechosos, y los convirtió en su propia moneda digital (dólares de Liberty Reserve) y luego los volvió a convertir en moneda limpia, luego de un proceso diseñado para romper los vínculos con su origen. La actividad de lavado de activos se llevó a cabo tras el velo del anonimato. Liberty Reserve fue cerrada eventualmente en mayo de 2013, pero no sin antes lavar supuestamente US\$ 6 billones. A diferencia de Liberty Reserve, Bitcoin es una red descentralizada y entre pares. No hay una empresa, ni un director ejecutivo (CEO) que pueda recibir una orden judicial para revelar la identidad del dueño de direcciones usadas para canalizar los efectos de actividades delictivas. De manera similar, no hay una “cuenta bitcoin” central que pueda ser incautada y decomisada ni un servidor principal que pueda cerrarse.

7.2.2. La cadena de bloques como herramienta de investigación

Se cree generalmente que las redes de criptomonedas permiten transacciones anónimas y no rastreables, y que los delincuentes pueden usar la moneda para mover sus fondos sin ser detectados.

Si bien las transacciones están vinculadas a líneas de caracteres con seudónimos en lugar de nombres, las mismas pueden verse claramente en la cadena de bloques y son simultáneamente archivadas en miles de computadoras y servidores de donde pueden ser fácilmente accedidas y analizadas por todos, incluyendo a las agencias encargadas del cumplimiento de las leyes (AOPs), como se ha hecho en muchas investigaciones recientes. Basta que una sola transacción o una dirección estén ligadas a una identidad real, para que seguir los flujos financieros a través de la cadena de bloques se vuelva un ejercicio relativamente sencillo por las autoridades. Pensemos en un autor que escriba muchos libros con un seudónimo: si su nombre es finalmente revelado, cualquier libro que él haya escrito puede ahora atribuírsele. Ello no significa que la tarea de identificación de la titularidad de una dirección sea fácil, pero la experiencia ha probado que no es imposible.

21 <https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>

A diferencia del efectivo, una transacción digital siempre deja un rastro, y una vez que se perfora el velo del secreto, los activos pueden buscarse, encontrarse y decomisarse. Como lo han reconocido sus desarrolladores centrales, conseguir un anonimato razonable con Bitcoin puede ser bastante complicado y el anonimato perfecto puede ser imposible. Si bien puede proporcionar un grado de privacidad que no se encuentra en ningún otro medio de pago en línea, una entidad lo suficientemente motivada puede analizar y reconstruir la actividad de transacciones Bitcoin de un sospechoso. En su artículo original, Satoshi recomendó el uso de una dirección totalmente nueva para cada transacción realizada para evitar que las mismas sean vinculadas a un propietario común. Aunque ello seguiría siendo la mejor práctica sugerida, no es suficiente para garantizar el total anonimato debido a otras características peculiares incorporadas en el código Bitcoin.

7.2.3. Técnicas de investigación

A pesar de lo que se cree normalmente y lo que los medios a menudo sugieren, Bitcoin no ha sido diseñada para lavar dinero ni para ocultar ingresos y evadir impuestos, y no es inherentemente anónima. Para un usuario de computadoras hábil y bien motivado, puede ser posible llevar a cabo transacciones de forma que se oculte su identidad, pero en la mayoría de los casos los usuarios y su historial de transacciones pueden ser identificados. Las transacciones Bitcoin son definitivamente menos anónimas que las transacciones en efectivo.

Muchos académicos han publicado estudios en los que explican y ponen a prueba diversas estrategias y técnicas buscando analizar la cadena de bloques y ligando direcciones a sus propietarios. Los resultados de esta investigación, combinados con las propiedades intrínsecas del protocolo Bitcoin y antiguas técnicas de investigación, pueden proporcionar a los investigadores y Fiscales herramientas útiles y poderosas para finalmente rastrear activos ocultos tras la cadena de bloques.

7.2.3.1. Usando los intercambios para recabar información

Aunque estas entidades pueden haber operado en el pasado con pocas obligaciones o ninguna, todos los intercambios hoy en día están obligados a implementar los controles de debida diligencia y en muchos países los operadores en criptomonedas deben registrarse como transmisores de dinero. Sobre la base de estos requisitos, se asume que las casas de cambio de moneda digital pueden convertirse en socios útiles en una investigación policial. Con su ayuda, los investigadores y los Fiscales pueden tener acceso a más información sobre las partes de la transacción, como, por ejemplo:

- **Información de Contacto:** nombre, fecha de nacimiento, dirección, teléfono, dirección de correo electrónico, copia del documento de identidad o pasaporte;
- **Información del Usuario:** historial del balance, ingreso (ubicación, tiempo y dirección IP);
- **Información financiera:** número de cuenta bancaria o de tarjetas de crédito usadas para financiar la cuenta para retirar fondos.

En su página de “acuerdo de usuarios”, las casas de cambio de criptomonedas hacen referencia a la política de “Conoce a tu Cliente” y avisan a los clientes que ellos podrán estar obligados a revelar información de sus clientes y “negarse a procesar o a cancelar cualquier Transacción pendiente de Bitcoin, conforme lo exija la ley o en respuesta a una citación, orden judicial u otra orden gubernamental vinculante.”

7.2.4. Estudio de caso: Silk Road

Un caso es particularmente interesante porque muestra cómo una actividad ilícita basada enteramente en bitcoins puede ser investigada y enjuiciada. También muestra que las AOPs no necesitan un título en tecnologías de la información (TI) para poder investigar un caso así, porque involucra una gran cantidad de trabajo detectivesco anticuado. El material a continuación ha sido tomado de la denuncia presentada por el FBI contra el supuesto autor que ha sido declarado culpable por un jurado popular en Manhattan.

El caso se refiere al famoso sitio web del mercado de drogas en línea que opera bajo el nombre de 'Silk Road' (Ruta de la Seda). Era una plataforma parecida a la de eBay que conectaba a varios narcotraficantes con clientes usando la moneda bitcoin. Los clientes recibieron sus órdenes por mail. El hecho de que los bitcoins fueran la única forma de pago aceptada revela cuánto confiaba el dueño de la página web (conocido en ese momento con el seudónimo "Dread Pirate Roberts", Temido Pirata Roberts]o "DPR") en el anonimato ofrecido por la moneda digital, al igual que los vendedores y compradores. Asimismo, la página web era solo accesible con el uso de una aplicación llamada "The Onion Router" (TOR), una red que brinda anonimato y busca evitar el análisis del tráfico web. Entre los bienes disponibles en la página web (había miles de productos a la venta en la primavera del 2013) el 70 por ciento eran drogas. Pero había también más de cien listados de "servicios" como herramientas para hackear en redes sociales, cuentas de Amazon hackeadas, y licencias de conducir y pasaportes falsos.

Todo empezó después que Silk Road entró a internet. En el 2011, investigadores de Estados Unidos empezaron a hacer muchas compras encubiertas desde el sitio. Ellos también hicieron una búsqueda en Internet y encontraron un post de principios de 2011 en un foro en el que un usuario llamado 'altoid' mencionaba y publicitaba a Silk Road. Poco tiempo después, el mismo usuario hizo otro post sobre Silk Road en otro foro en línea, 'Bitcointalk' buscando ayuda para desarrollar una nueva empresa que manejara Bitcoin. El usuario también posteó su supuesta dirección real de correo electrónico, rossulbricht@gmail.com. El FBI citó a Google para pedir información sobre la dirección de Gmail, la misma que estaba registrada a nombre de un hombre llamado Ross Ulbricht (Ulbricht) e incluía una foto que coincidía con la de su perfil de LinkedIn. Los registros también mostraron la dirección IP usada para acceder a la cuenta, que los condujo a un apartamento en San Francisco donde Ulbricht se había mudado en septiembre de 2012. Previamente, en marzo de 2012, él supuestamente abrió una cuenta bajo su propio nombre en otra página web, posteó un código informático (luego encontrado en el código fuente de Silk Road) y buscó asesoría para arreglar un problema. Luego de haber colgado el post se dio cuenta de su error y borró su verdadero nombre, pero ya era demasiado tarde para pasar desapercibido. En Julio de 2012, los investigadores localizaron servidores de Silk Road en Islandia, Letonia y Rumania, y escribieron una solicitud de ALM que les permitió recibir una copia del servidor, junto con los registros de 1.2 millones de transacciones y todos los intercambios de e-mail del operador del sitio.

Mientras tanto un agente encubierto del FBI se hizo pasar como un narcotraficante que quería hacer negocios en Silk Road, y DPR supuestamente habría instruido a uno de sus trabajadores para que lo asistiera. El supuesto comprador, que era el trabajador, coordinó un envío a su casa y los agentes federales lo arrestaron luego de recibir la droga. Tan pronto como DPR supo de esto, contactó al agente encubierto y supuestamente le pidió matar a su trabajador por miedo a la información que pudiera revelar al FBI. De acuerdo con los documentos judiciales, él habría pagado US\$ 80,000 por el asesinato. Como última pieza del rompecabezas, en Julio de 2013, los agentes de aduanas interceptaron un paquete con nueve IDs falsas, todas supuestamente con la misma foto de Ulbricht. Unos pocos días después los investigadores lo visitaron en San Francisco. Los documentos judiciales dicen que se negó a responder a las preguntas que le hicieron, excepto para indicar que hipotéticamente cualquiera pudo haber entrado a la página web de Silk Road y comprar drogas o documentos de identidad falsos. Finalmente, el 1 de octubre de 2013, los agentes federales lo arrestaron en una biblioteca pública en San Francisco.

Temiendo que el contenido de la laptop que traía consigo pudiera estar encriptado y por tanto no ser accesible a la investigación, los agentes federales esperaron hasta que el ingresara en su computadora antes de iniciar el operativo en la biblioteca.

De esta forma los investigadores pudieron acceder a las claves privadas de cientos de direcciones bitcoin en la laptop e incautar más de 170,000 bitcoins. En este punto los investigadores tuvieron que usar sus habilidades informáticas. Como mencionamos anteriormente, la simple incautación de una clave privada no garantiza el control exclusivo de los bitcoins almacenados en la dirección bitcoin relacionada con la misma, a menos que el poseedor esté seguro que nadie más tiene una copia de dicha clave privada. En este caso, los investigadores no sabían si algún otro cómplice tenía copia de dichas claves y por tanto movió los bitcoins incautados a nuevas direcciones bitcoin.

Ulbricht fue sentenciado a cadena perpetua en el 2015 por su participación en el mercado de Silk Road, condenado por ayudar a la distribución de drogas, piratería informática, fraude y lavado de dinero, entre otros y la apelación presentada fue negada por el Tribunal Supremo de EE. UU. En el 2018.

7.2.4.1. Lecciones aprendidas del caso Silk Road

Del caso Silk Road se pueden desprender algunas consideraciones aun actuales sobre cómo buscar pruebas, y cómo lidiar con evidencias encriptadas.

Cooperación

Como se desprende del caso de estudio, es imperativo en las investigaciones con varias jurisdicciones involucradas desarrollar relaciones de trabajo efectivas con otros países para facilitar el intercambio oportuno de inteligencia. Tales relaciones permiten que la autoridad solicitante entienda los requisitos legislativos particulares de la jurisdicción receptora. Al mismo tiempo hay que aprovechar de todas las herramientas brindadas por convenios internacionales, como la Convención contra el Cibercrimen del Consejo de Europa, para obtener órdenes de congelamiento y retención de datos. Al mismo tiempo es fundamental fomentar la creación de mecanismos de alerta temprana para intercambiar informalmente datos útiles a comenzar una investigación en cuanto se detecte la creación de plataformas que utilicen criptomonedas y puedan utilizarse por redes criminales.

Cadena de prueba

Aunque la cadena de bloques almacena y muestra una historia clara y transparente de todas las transacciones de Bitcoin una vez realizadas a través de la red y esta historia puede ser analizada para descubrir una pista de auditoría, los investigadores deben poder vincular la actividad del sospechoso con las transacciones sospechosas bajo investigación. La vigilancia, el análisis del tráfico de internet, el análisis forense de los dispositivos informáticos del sospechoso y la información obtenida de negocios emplazados puede vincular sus acciones a la actividad ilegal perpetrada y vista en la cadena de bloques más allá de la duda razonable.

Se debe dar una cuidadosa consideración a la forma en la que este material será retenido pericialmente en formato probatorio. Debe manejarse de manera escrupulosa y cuidadosa para evitar futuras alegaciones de manipulación de pruebas o conducta indebida que puedan comprometer al caso. El fin es probar que la integridad de la evidencia se ha mantenido desde el momento de la incautación hasta su actuación en el juicio, documentando cómo se recopilaron, analizaron y preservaron los datos. Asimismo, deben buscarse y analizarse las transacciones sospechosas, comparándolas con la cadena de bloques. Esta actividad puede revelar otras direcciones de propiedad del sospechoso y exponer otros potenciales flujos financieros y activos.

7.3. Consideraciones finales

Teniendo en mente que actualmente las limitaciones tecnológicas impiden la recuperación de una clave privada de una clave pública conocida (propiedad sobre la que se basan todos los estándares de encriptación actuales), la recuperación de una clave privada de las direcciones donde se encuentran los fondos a ser incautados es fundamental. Si bien en algunas jurisdicciones existen leyes que requieren que el sospechoso entregue su contraseña para permitir la descriptación de los archivos encriptados, existen muchas dificultades potenciales relacionadas con este requisito. En muchos casos, la pena por no revelar una contraseña es de solo dos años. En un caso como el de Silk Road, donde los fondos ilegalmente obtenidos suman cientos de millones de dólares, la pena parecería ser muy baja para tener un efecto disuasor. Adicionalmente, y especialmente en las jurisdicciones de tradición jurídica civil, la pena podría ser absorbida totalmente por la pena del delito que originó los fondos.

Como cualquier investigación penal, se pueden adoptar varias estrategias diferentes que, sumadas a un error del sospechoso, pueden dar como resultado el descubrimiento de detalles personales relevantes que ayudarán en los pasos siguientes. Debido a la forma en la que operan las direcciones bitcoin (pares de claves pública/privada) y el uso frecuente de la encriptación por parte de delincuentes con conocimientos informáticos para ocultar la evidencia, que tienen en sus computadoras, se le debe dar especial atención a la oportunidad de identificar contraseñas de palabras o frases, y claves privadas a través de la adopción de vigilancia informática forense o técnica y la vigilancia convencional.

Una vez que los activos recuperados se han asegurado, los mismos deben preservarse adecuadamente. Cuando la ley lo permita, debe considerarse cambiar los bitcoins incautados a alguna divisa convencional, debido a la volatilidad y potencial depreciación de los activos incautados. En el pasado, Bitcoin ha visto fluctuaciones de 60 por ciento en su tasa de cambio en pocas horas. Cuando ello no sea posible, los fondos deben moverse inmediatamente desde las direcciones incautadas por razones de seguridad. La clave asociada puede haber sido entregada a otros individuos que podrían transferir los bitcoins a cualquier otro lado. La mejor práctica sería crear una nueva dirección de manera segura para evitar la potencial manipulación por malware. En este caso debería siempre utilizarse una computadora segura y no conectada a internet para generar una nueva dirección y la clave privada asociada debidamente asegurada y documentada.

EL PACCTO



EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

EL PACCTO es un programa de cooperación internacional financiado por la Unión Europea que persigue promover la seguridad ciudadana y el Estado de derecho en América Latina a través de una lucha más efectiva contra el crimen transnacional organizado y de una cooperación fortalecida en la materia. Cubre los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es la primera vez que un programa regional europeo trabaja en toda la cadena penal para fortalecer la cooperación a través de tres componentes (cooperación policial, cooperación entre sistemas de justicia y sistemas penitenciarios) con cinco ejes transversales (ciberdelincuencia, corrupción, derechos humanos, género y lavado de activos).

Programa liderado por



FIIAPP
COOPERACIÓN ESPAÑOLA



**EXPERTISE
FRANCE**



iila

CAMÕES
INSTITUTO
DA COOPERAÇÃO
E DA LINGUAGEM
PORTUGAL
MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA