



Del 22 de junio al 11 de enero de 2022

Informe de producto:

Título de la actividad: LA MINERÍA ILEGAL Y EL LAVADO DE ACTIVOS

País de la actividad - Fechas

Metodología de la actividad: Carácter remoto

Nombre Apellidos del(os) Autor(es): Maria del Carmen Eiró Bouza, Fiscal de Medioambiente



Este documento ha sido elaborado con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es sólo responsabilidad de su autor y del programa EL PAcCTO, y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.

Instrucciones:

- El texto debe contar con un mínimo/máximo de xxx páginas en **formato Word, Arial 10**; notas al pie de página Arial 8, (el número de páginas estará en función de los días de trabajo previstos para la redacción del producto, entre otros criterios).
- **Estructura y contenido:** Incluir la estructura del contenido en función del tipo de producto que ha sido solicitado (ej. guía práctica, análisis normativo, diagnóstico, estudio, etc.) adaptando el contenido y lenguaje al público meta (ej. jueces y fiscales, cuerpos de seguridad del estado, público general, funcionarios de ministerios, etc.)
- En caso de incluir **recomendaciones:** las recomendaciones deben estar incluidas en un espacio bien identificado del documento. Cada recomendación se tiene que expresar a través de una frase sencilla y sintética. Cada recomendación tiene que venir acompañada de un párrafo de explicación.

Contenido



Introducción	3
Contenidos	4
Conclusiones	8
Recomendaciones de actuación futura	12
Anexos	¡Error! Marcador no definido.

Introducción



LA MINERÍA ILEGAL, EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Esta guía es un complemento a la Guía Regional de Investigación Delitos Ambientales en América Latina del año 2019, elaborada dentro del Programa EL PACTO, por D^o Javier Rufino, Fiscal de Medioambiente de Sevilla y D^o Ricardo Vaz Alves, Major de la Guardia Nacional Republicana, poniendo el acento en la actuación procesal de los delitos cometidos en el marco del crimen organizado, particularmente el lavado de activos procedentes de la minería ilegal.

La denominada minería ilegal se trata de una situación que, a decir de la ONU, torpedea el control y la administración de los recursos del Estado y, en esta medida, genera un enorme costo social, toda vez que afecta a las fuentes de empleo, a los ingresos tributarios y, lo que es más grave, menoscaba descontroladamente la oferta ambiental.

El panorama no es muy alentador ya que la actividad minera ha generado nuevos marcos de ilegalidad, las altas utilidades que arroja este sector han despertado el interés de las organizaciones que operan al margen de la ley quienes han encontrado en el oro una gran fuente de financiación para sus actividades ilícitas.

La actividad aurífera, debido a su ilegalidad, genera graves impactos para el Estado, la sociedad y el medio ambiente, por no hablar de nuevas olas de criminalidad, terrorismo e inseguridad.

Las organizaciones criminales constituyen un desafío de gran magnitud a escala internacional y transnacional. Las estructuras criminales desarrollan su actividad económica a través de la clandestinidad de sus miembros, recursos o alianzas. Los grupos organizados recurren a la violencia como insumo para llevar a cabo sus propósitos y concretamente al homicidio, extorsión y diversas formas de afectación a la libertad.

El afianzamiento de su poder genera situaciones de cooptación (reclutamiento de nuevos miembros por nombramientos internos, sin acudir a criterios externos) irregular de sectores de la política, que se reflejan en hechos de corrupción del sector público, manifestando una de las peores alianzas para el Estado de Derecho que deriva en impunidad y desviación del poder público.

En lo que concierne al impacto económico, las ganancias derivadas de las estructuras criminales organizadas producen mercados de bienes y servicios prohibidos o ilegales que se fusionan con dinero limpio y contaminan el sistema financiero. Estos fenómenos delictivos se ven facilitados por el uso de las nuevas tecnologías, monedas electrónicas y utilización de empresas y constituyen un obstáculo para las iniciativas de reducción de la pobreza y crecimiento sostenible en los países más pobres, dado que el carácter transnacional del crimen organizado propicia la transferencia de riqueza fuera de estos países.

La delincuencia organizada responde a parámetros de ocultación de su actividad, desaparición de huellas y vestigios del delito, por ello es necesaria y útil la figura del agente encubierto, que por medio de un engaño se infiltra en una banda organizada y puede descubrir sus actividades.

La delincuencia organizada está íntimamente ligada a la corrupción que preocupa muy especialmente a la sociedad actual, por lo cual es razonable que ésta quiera dotarse de las necesarias medidas de prevención que la eviten o, al menos, la disminuyan todo lo posible. En este sentido, no cabe duda que unas buenas normas de conducta y transparencia, además, naturalmente, de un buen sistema judicial, ágil y eficiente, contribuyen notablemente la logro de tal fin.

Las propias Naciones Unidas han venido expresando la necesidad de estas medidas de prevención, estableciendo hace años, en su **Convención contra la corrupción de 2003**, en donde se hace mención expresa de la transparencia como una de las políticas dirigidas a tal fin, unas bases para la cooperación internacional, con el objeto de poder prevenir, detectar y sancionar la corrupción, principalmente.

La transparencia es un instrumento idóneo para prevenir conductas corruptas tanto en el sector público como en el privado, y debe servir, en aquel, para que los gestores públicos, actúen con mayor responsabilidad, evitando situaciones de abuso de poder para provecho propio o de utilización de los cargos que ostentan con fines diferentes al único que debe guiar la actuación de aquellos, que no es sino, la satisfacción de los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y absoluta objetividad en el desempeño del cargo.

Se ha fortalecido considerablemente la capacidad investigadora de la policía científica y se ha incrementado el número de sujetos colaboradores, entre los que se encuentran los abogados, procuradores y otros profesionales independientes cuando actúan por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

No podemos olvidar que los despachos de abogados son utilizados o se pretenden utilizar para realizar operaciones ilegales, razón por la que surge la obligación por parte de quienes los integran de examinar con especial cuidado cualquier operación que revele indicios de lavado de activos, que les alerte sobre conductas irregulares de clientes que puedan apuntar a un posible lavado.

Contenidos distribuidos

1-LA MINERÍA AURÍFERA Y EL LAVADO DE ACTIVOS

5

a. La conexión de los bienes con un delito previo.

Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de lavado de activos es que ha de tener su origen en un hecho delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del lavado y el delito previo (bienes contaminados o manchados).

No se puede criminalizar el lavado de bienes procedentes de hechos ilegales (civiles o administrativos) no constitutivos de delito ya que se producirían situaciones vulneradoras de la necesaria seguridad jurídica.

El problema radica en determinar qué clase de delitos son los aptos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados. El delito de lavado de activos surgió, inicialmente, en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes, pero afecta también a otras actividades delictivas tales como la delincuencia organizada, el terrorismo o la minería ilegal.

Se pueden distinguir tres modelos para clasificar los delitos previos:

-El modelo de catálogo de delitos. La norma penal hace un listado de delitos que pueden generar los bienes que pueden ser lavados (así sucede en las legislaciones de Bolivia, Chile, Perú y otras en Europa). Este modelo se revela como insuficiente ya que existirían otras actividades delictivas que también generan ganancias que no se encuentran incluidas en el listado, por lo que el lavado de beneficios va a quedar impune.

-El modelo consistente en indicar una categoría específica de infracciones. Modelo seguido en Suiza y Austria y que abarca las infracciones de cierta entidad o gravedad. Plantea el mismo problema que el catálogo anterior ya que van a existir delitos que, sin ser graves, generan cuantiosos beneficios que no son abarcados por el tipo del delito de lavado.

-Modelo que sanciona el lavado de los bienes procedentes de cualquier delito. Es el modelo seguido por normativas como la italiana (que excluye los delitos imprudentes), la belga o la española desde el año 2004.

No obstante, es necesario destacar que el delito de lavado de activos es un delito autónomo que se desvincula lo máximo posible del delito previo. Ello es así hasta tal punto que basta para la sanción del delito de lavado, que el hecho previo sea atípico y antijurídico, siendo indiferente que el autor del delito principal sea irresponsable o esté exento de pena.

Para acreditar la existencia del delito previo- y del conocimiento del mismo por parte del lavador se recurre a la prueba indiciaria, siendo indicios relevantes (**Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, de fecha 24 de octubre de 2019, 501/2019**) los siguientes:

-incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que, por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

-inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

-la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes (u otras actividades delictivas), con personas o grupos relacionados con las mismas.



b. Comisión imprudente, lavado en cadena y lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero.

Es necesario considerar que desde el punto de vista político criminal es punible la sustitución o transformación de los bienes inicialmente obtenidos del delito. Es punible el lavado en cadena, esto es, el lavado de los bienes que proceden de un delito previo de lavado.

Los instrumentos internacionales para evitar situaciones de impunidad abarcan, no solo los bienes originados directamente en la infracción penal previa, sino también los indirectamente derivados, bien a causa de su transformación o de su sustitución.

Al ser el delito de lavado de activos de carácter marcadamente internacional, es harto frecuente que el delito previo que da origen a los bienes se haya cometido en un país y el delito de lavado en otro diferente. Para evitar estos problemas las legislaciones de países como España, Alemania o Suiza, incluyen una cláusula en la norma penal que declara punible el lavado de bienes procedentes de un delito cometido en el extranjero.¹

La mayoría de los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos exigen que el sujeto actúe “a sabiendas” del origen delictivo de los bienes, utilizando el concepto de ignorancia intencional de que los bienes son producto de un delito.

Estos términos plantean problemas interpretativos de gran calado referentes a la incriminación del lavado por imprudencia, no existiendo a nivel internacional un consenso acerca de su carácter obligatorio, sino que formalmente es de carácter facultativo.

Algunos países, como por ejemplo Chile, en el art. 27 de la Ley num. 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado de activos, castiga, con la rebaja de la pena en dos grados, las conductas de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes si el autor no ha conocido dicho origen por negligencia inexcusable.²

¹ Un reconocimiento expreso de este principio lo realiza la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General , de 15 de noviembre de 2000), en su art. 6,2.c dispone que “los delitos cometidos en el extranjero constituirán delitos determinantes, siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en el que se haya cometido y constituyese, asimismo, delito con arreglo al derecho interno del Estado parte que persiga el lavado”.

² El art. 301 del Código Penal español establece: “1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de

La comisión imprudente del lavado de activos se va a referir, mayormente, al desconocimiento del origen delictivo de los bienes. Sin embargo, realiza un delito de lavado como consecuencia de la infracción de una norma de cuidado, que le impone la obligación de examinar minuciosamente los bienes implicados en la operación para conocer su procedencia

2- LAVADO DEL ORO ILEGAL.

La minería sigue siendo necesaria para el desarrollo de la sociedad e influyente en la economía de los países de América Latina y El Caribe, pero las políticas públicas no son coherentes para mejorar su manejo sociomedioambiental.

Las actividades de explotación minera generan minería ilegal y la utilización de ésta para el lavado de activos derivados de las actividades delictivas. La minería aurífera es una de las economías ilegales menos estudiadas en parte debido a su clandestinidad.

La explotación ilegal del oro, analizada desde una perspectiva de cadena de valor, implica el rastreo de las distintas fases de la actividad económica y la generación de valor en el mineral desde la explotación hasta su comercialización en mercados internacionales, proceso a través del cual se capitaliza esta economía ilegal.

clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en el título VII bis, el capítulo V del título VIII, la sección 4.ª del capítulo XI del título XIII, el título XV bis, el capítulo I del título XVI o los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX”.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.”



Aplicando lo anterior al oro obtenido ilegalmente, el proceso desarrollado a lo largo de la cadena de valor es el siguiente:

-Primera Fase: Comienza en los sitios de producción minera, cuya relación con los grupos armados ilegales responde a las distintas dinámicas empleadas por estos para sustraer los capitales de la cadena de valor.

No obstante, dichos capitales no pueden ser sustraídos si el oro no se incorpora a la economía legal. Hay que colocar el oro obtenido ilegalmente a nombre de explotadores mineros autorizados (inscripción ante la alcaldía del municipio donde desarrollan las actividades de explotación o contar con Registro Único Tributario).

Los implicados en la comercialización de oro ilegal se amparan en la figura de los mineros de subsistencia que a pesar de tener poca capacidad y utilizar métodos artesanales la producción registrada a su nombre es significativa y sus identidades son suplantadas para registrar el oro de origen ilegal o de la mediación violenta.

En esta etapa tienen gran importancia los gobiernos municipales y los comercializadores. Es factible que las alcaldías registren personas que no tienen porqué ser mineros para que su nombre sea utilizado por quienes desarrollan el lavado de activos con las empresas comercializadoras, o éstas elaboren certificados de origen y declaraciones de producción irregulares.

Segunda Fase: Comercializadores Internacionales.

En esta fase el metal queda a cargo de los comercializadores internacionales (o exportadores) que han de llevar control de sus actividades para surtir los trámites antes dos autoridades, la Agencia Nacional Minera ante la cual han de presentarse los certificados de origen, la inscripción

en el Registro Único de Comercializadores Mineros y el certificado de pago de las regalías del oro que se pretende exportar.

Aquí el papel estrella le corresponde a las empresas transportadoras de valores, que son las que movilizan el oro ilegal, con certificados fraudulentos circulando en el mercado.



Ha de destacarse en esta fase de capitalización de la economía ilegal la importancia del carácter documental de los procesos de verificación que supone la falsificación del certificado de origen por quienes transan con oro ilegal en el mercado ya que en la mayoría de los casos los distintos actores no actúan con la diligencia debida y es necesario un compromiso más activo de mejora de verificación por parte de las instituciones.

Tercera Fase: Reintegro de los recursos a través del sistema financiero.

Aquí la clave es el sistema financiero.

Los bancos en los que los exportadores poseen sus cuentas son, finalmente, quienes permiten el ingreso de los recursos procedentes del oro al mercado financiero y el flujo de recursos entre la economía legal y la economía ilegal de la extracción aurífera, que termina por posibilitar la obtención de capital por parte de todos los actores involucrados en la cadena de valor y, por tanto, beneficiando el fortalecimiento de las estructuras y dispositivos de las organizaciones criminales.

Es aquí donde se nutre el negocio entero.

3-EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Las características determinantes de la utilidad de figura del Agente Encubierto se recogen en la Carta Informativa 1999/2 de la Asociación Internacional de Derecho Penal (en concreto en el XVI Congreso internacional de Derecho Penal sobre “El Derecho Penal frente al reto del crimen organizado” celebrado en Budapest del 5 a l 11 de septiembre de 1999) y son las siguientes:

- División del trabajo y la disolución de la responsabilidad de cada individuo en el seno de la propia organización.
- Posibilidad de intercambio de los individuos.
- El secreto.
- La frecuente mezcla en el seno de la misma organización, de actividades lícitas que se utilizan como “tapadera” e ilegales.
- La especial capacidad de la transferencia de las ganancias.
- La habilidad para neutralizar los esfuerzos de la aplicación de la ley por medio de la extorsión, la violencia, la intimidación y la corrupción.

En este caldo de cultivo es donde se integra la figura del infiltrado, que en España permite la LECRIM y que supone otorgar a un agente de policía una identidad supuesta, ocultando su verdadera filiación, para que pueda establecer una relación de confianza con los miembros de una banda organizada, integrándose como uno más, en el seno de la misma, con la finalidad principal, oculta, también, de obtener toda la información posible que permita conocer las actividades ilícitas de la banda organizada, la identidad de sus miembros o las relaciones con otros entes similares, es decir, se trata de obtener, puesto que la infiltración nace con la vocación de mantenerse en el tiempo, todos los datos posibles acerca del grupo delictivo.

En Colombia se desarrolla la figura del Agente Encubierto en la Ley 906 de 2004, específicamente en los arts 241 y ss y además del funcionario/s de la policía judicial pueden ser particulares que actúen en tal condición y pueden realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica.³

Características de la figura:

-Investigación de la totalidad de las actividades ilícitas del grupo organizado donde se integra.

El objetivo es conocer la mayor información posible del grupo durante el tiempo que dure la infiltración, identidad de los individuos, modo de organizarse, jerarquía, modus operandi, lugares que frecuentan, relaciones de poder....

-Prolongación en el tiempo.

³ La Directiva sobre el Orden de Investigación en materia Penal de mayo de 2014, con plazo de implementación a los Estados de la Unión Europea el 22 de mayo de 2017, dedica un artículo separado a las **operaciones encubiertas**, dentro del Capítulo IV, art 29:

“1. Podrá emitirse una OEI con el fin de solicitar al Estado de Ejecución que colabore con el Estado de emisión para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de los agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa.

- a) En la OEI; la autoridad de emisión indicará las razones por las que se considera la realización de las investigaciones encubiertas puede ser pertinente para el derecho penal. En cada caso particular, la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de una OEI emitida en virtud del presente artículo será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución ateniéndose a su derecho interno y a sus procedimientos nacionales.*
- b) Además de los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la OEI mencionada en el apartado primero podrá denegarse por la autoridad de ejecución si la realización de las investigaciones encubiertas no estuvieran autorizadas en casos internos similares o, no se ha podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas, en virtud del apartado 4.*

4. Las investigaciones encubiertas se realizarán conforme a Derecho y a los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. La competencia de la actuación, así como la dirección y el control de las operaciones relacionadas con las investigaciones encubiertas recaerán en las autoridades competentes del Estado de ejecución. Los Estados de ejecución y emisión acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos derechos internos y procedimientos nacionales”

La labor del agente ha de ser duradera, no esporádica.

-Uso del engaño para conseguir obtener la confianza, de la que se prevale el agente, y, con ello, la colaboración de los miembros de la organización criminal.

11

La ética no se pierde en ningún momento de la utilización de esta técnica de indagación dado que existe control jurisdiccional y están prohibidas las conductas poco respetuosas de derechos fundamentales. El infiltrado no posee “patente de corso”, está sujeto a las normas del ordenamiento jurídico.

En España la regulación de la figura del agente encubierto se encuentra prevista en el art. 282 bis de la LECRIM.⁴

⁴ “1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

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

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testimonien en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la [Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre](#).

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el [artículo 156 bis del Código Penal](#).
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los [artículos 164 a 166 del Código Penal](#).
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el [artículo 177 bis del Código Penal](#).
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los [artículos 187 a 189 del Código Penal](#).
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los [artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal](#).
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los [artículos 270 a 277 del Código Penal](#).
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los [artículos 312 y 313 del Código Penal](#).

a-Ámbito Subjetivo del Agente Encubierto.

El funcionario de policía judicial llamado a realizar funciones de agente encubierto será escogido por el pertinente mando policial, según las circunstancias del caso (**en el FBI estadounidense y del Reino Unido se desarrolla un teórico perfil** del agente, indicando las cualidades que ha de poseer: eficiente, empático, alta inteligencia incluida la emocional, capacidad de mimetización con el medio, perfil de vendedor, alto grado de control , flexibilidad, tolerancia a la crítica y a la frustración, rango ideal de edad entre 25 a 45 años, nivel cultural medio-alto....).

El agente encubierto será propuesto a la autoridad judicial o, al Ministerio Fiscal y, una vez obtenida la pertinente autorización empieza su labor.

La asunción de tal función es voluntaria, no le se le puede imponer ni por el mando policial, ni por la autoridad judicial ni por el Ministerio Fiscal.

-
- **h)** Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el [artículo 318 bis del Código Penal](#).
 - **i)** Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los [artículos 332 y 334 del Código Penal](#).
 - **j)** Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el [artículo 345 del Código Penal](#).
 - **k)** Delitos contra la salud pública previstos en los [artículos 368 a 373 del Código Penal](#).
 - **l)** Delitos de falsificación de moneda, previsto en el [artículo 386 del Código Penal](#), y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el [artículo 399 bis del Código Penal](#).
 - **m)** Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los [artículos 566 a 568 del Código Penal](#).
 - **n)** Delitos de terrorismo previstos en los [artículos 572 a 578 del Código Penal](#).
 - **o)** Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la [Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre](#), de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.”

Los funcionarios policiales han de recibir **información y preparación** adecuada para desarrollar con éxito la labor de infiltración, sobre todo teniendo en cuenta los avances de la criminalidad organizada.

b-Ámbito Objetivo del Agente Encubierto.

13

La actuación del agente encubierto se circunscribe al ámbito de investigaciones que afectan a la delincuencia organizada, entendiendo por tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente y reiterada, conductas que tengan por objeto la comisión de determinados delitos, entre los que se encuentran, el lavado de activos o blanqueo de capitales.

En general se establece un sistema de *numerus clausus* de delitos en los que es posible utilizar la figura del agente encubierto para la persecución de los mismos. Entre ellos se encuentran la trata de seres humanos, secuestro de personas, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (lavado de activos), derechos de los trabajadores, tráfico de especies de flora y fauna protegidas, terrorismo, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, patrimonio histórico...

El sistema de *numerus clausus* genera, como casi siempre, valoraciones negativas dado que hay otros delitos cometidos por las organizaciones criminales que podían perseguirse por el agente encubierto y no es posible dado el carácter tasado de los delitos. Lo ideal sería introducir una cláusula de cierre que permitiera emplear la figura del agente encubierto en supuestos en los que, de manera indiscutible, se verifican en el marco de la criminalidad organizada.



PROCEDIMIENTO

- Iniciativa de la policía judicial mediante oficio fundamentado.
- Resolución judicial o decreto del Ministerio Fiscal motivada/o.
- Ratificación de la identidad supuesta suministrada, previamente por el Ministerio del Interior (pieza separada).
- Duración de la medida (6 meses prorrogables por otras por resolución judicial) En Colombia es la duración de 1 año prorrogable por otro.
- Comunicación de la información obtenida en su integridad a la autoridad judicial
- Si la actuación del agente encubierto afecta a derechos fundamentales ha de solicitar autorización judicial

14

c-Valor Probatorio de la Actuación del Agente Encubierto y Responsabilidad del mismo.

El policía infiltrado ha de aportar al proceso las informaciones que vaya obteniendo, en su integridad, y han de ser valoradas por el órgano judicial competente.

Su declaración en el acto de juicio oral, como testigo, es crucial, constituyendo una prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, cuya valoración corresponde al Tribunal de Instancia.

Aquí se vuelve a manifestar el problema principal que plantean las operaciones encubiertas ya que el plus de peligrosidad de las organizaciones criminales genera miedo en el policía que ha de declarar en el juicio oral por temor a las más que previsibles represalias de la organización, que se pueden manifestar en la realización de comportamientos violentos hacia su persona o su familia, poniendo en peligro la vida, integridad o seguridad de los mismos.

Por ello se prevé el mantenimiento de la identidad secreta de los agentes en el acto de juicio oral mediante resolución judicial motivada y se le aplica la LO 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos.

En este contexto, todas las referencias que se realicen a la actuación de dicho agente en el proceso ha de hacerse mediante un número o clave.

El agente ha de aportar al proceso la investigación realizada, sin que sea posible acudir a los testigos de referencia (conocen el delito en virtud de persona/s interpuestas).⁵

No obstante lo anterior, aún en casos de criminalidad extrema, como es la criminalidad organizada se ha de garantizar la contradicción efectiva, de manera que la parte contraria pueda controlar y constatar la licitud de las actuaciones del agente encubierto, siendo por ello crucial que deponga en el acto de juicio oral, si así lo solicita la defensa.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la misma y no constituyan **una provocación al delito**.

La provocación del delito constituye el límite infranqueable de la actuación del agente encubierto.

Se entiende por delito provocado (según la jurisprudencia abundante y reiterada del Tribunal Supremo español), aquel que aparece cuando la voluntad de delinquir no surge en el sujeto por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad , que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquel, y que de otra manera no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

No existe delito provocado cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, sino que ya había resuelto cometerlo con anterioridad a la labor desarrollada por el agente encubierto.

d-Agente Encubierto Informático.

La figura del Agente Encubierto en la red es una exigencia procedente desde distintos ámbitos, teniendo en cuenta los delitos convencionales de organización vehiculizados a través de las nuevas tecnologías (blanqueo informático de capitales, venta de oro a través de Internet...)

A diferencia de lo que ocurre en el mundo convencional, en el virtual, la actuación por el agente encubierto, salvo que suponga la simple “aceptación” de las típicas ofertas delictivas que realiza el infractor en el escaparate público que es Internet, generalmente a través de webs y aflorando el autor inmediatamente, sin otras actividades ulteriores, lo normal es que sólo pueda realizarse con **autorización judicial**.

Desde hace tiempo se venía reclamando una regulación específica de esta figura, teniendo los agentes encubiertos informáticos la consideración de espías de la red, que ya habían sido aceptados por la jurisprudencia y que permitirán a la policía judicial, a través del uso de

⁵ El Tribunal Supremo español en una sentencia de 15 de noviembre de 2007 ha puesto de relieve que la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos, sino proporcionar datos para dismantelar la organización criminal, siendo tales datos los que, a la postre, conforman la convicción judicial.

identidades falsas, intercambiar archivos ilícitos en Internet, distribuir troyanos en el transcurso de una investigación para identificar a los delincuentes.

Estos agentes podrán, a través de la creación de un pseudoperfil en cualquier red social, intercambiar con otro usuario material que por su propia naturaleza sea constitutivo de delito a fin de poder identificar al autor material.⁶

16

Se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos informáticos actúen con autorización judicial en los canales cerrados de comunicación y, a su vez, requerirá una autorización especial, ya sea en la misma resolución judicial o en otra distinta, para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación



- **AGENTE PROVOCADOR** : Funcionario policial que, ocultando su identidad, induce a otra persona a la comisión de un delito con el propósito de descubrirlo o penarlo. La finalidad es detener al delincuente en el instante y evitar la consumación del delito. No requiere identidad ficticia ni autorización judicial.
- **CONFIDENTE**: Transmite información a quienes están encargados de una investigación penal y que, a cambio de ella, obtiene ciertas ventajas. No tiene la condición de policía del agente encubierto.
- **ARREPENTIDO O COLABORADOR DE LA JUSTICIA**: Su conducta consiste en abandono de sus actividades, confesar sus acciones, revelar a la justicia la identidad del resto de los autores participantes en el hecho delictivo, presentarlos directamente ante la misma y hacerlo con tiempo suficiente para evitar sus resultados. Responsable penalmente.



**DISTINCIÓN CON
FIGURAS AFINES**

7

⁶ El agente virtual puede investigar siempre que se produzcan en el marco de las comunidades cerradas de Internet:

-Cualquier delito, grave o leve, cometido por una organización criminal.

-Cualquier delito, grave o leve, cometido por una estructura más simple como es el grupo criminal.

-Delito de terrorismo cometido por una o varias personas.

-Cualesquiera otros delitos dolosos cometidos por una o varias personas con un límite máximo de pena de los menos tres años de prisión.

⁷ Los delitos típicos del agente provocador son los delitos de tracto sucesivo o delitos continuados, como el tráfico de drogas o de seres humanos, también el robo y la prostitución.

En Alemania se le denomina falso comprador, pues es una figura común en el tráfico de estupefacientes.

4-LA ACTUACIÓN LETRADA Y EL LAVADO DE ACTIVOS.

La delincuencia organizada es un fenómeno transnacional que lleva aparejada la corrupción. Es razonable que, si la corrupción preocupa muy especialmente a la sociedad actual, ésta quiera dotarse de las necesarias medidas de prevención que la eviten o, al menos, la disminuyan todo lo posible. En este sentido, no cabe duda de que unas buenas normas de conducta y transparencia, además, naturalmente, de un buen sistema judicial, ágil y eficiente, contribuyen notablemente el logro de tal fin.

17

Las propias Naciones Unidas han venido expresando la necesidad de estas medidas de prevención, estableciendo hace años, en su **Convención contra la corrupción de 2003**, en donde se hace mención expresa de la transparencia como una de las políticas dirigidas a tal fin, unas bases para la cooperación internacional, con el objeto de poder prevenir, detectar y sancionar la corrupción, principalmente.⁸

La transparencia es un instrumento idóneo para prevenir conductas corruptas tanto en el sector público como en el privado, y debe servir, en aquel, para que los gestores públicos, actúen con mayor responsabilidad, evitando situaciones de abuso de poder para provecho propio o de utilización de los cargos que ostentan con fines diferentes al único que debe guiar la actuación de aquellos, que no es sino, la satisfacción de los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y absoluta objetividad en el desempeño del cargo.

Se ha fortalecido considerablemente la capacidad investigadora de la policía científica y se ha incrementado el número de “sujetos colaboradores”.⁹

La utilización de información derivada de confidentes o informadores, directamente, que colaboran con las Fuerzas de Seguridad del Estado ha sido avalada en numerosas resoluciones como fuente lícita de investigación. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 (Sentencia Kostovski), o de 27 de noviembre de 1990 8 sentencia Windisch) han considerado dichas fuentes como medio lícito de investigación.

La declaración del arrepentido (que desde el punto de vista penal está imputado en el proceso) constituirá una prueba de cargo en el proceso. Sin embargo la jurisprudencia española (SS del TC 207/2002, de 11 de noviembre y 181/2002 de 14 de octubre,) exige que para que estas declaraciones resulten eficaces, se debe corroborar mínimamente la participación del acusado en los hechos enjuiciados, a través de elementos externos que sean realmente confirmaciones mínimas e independientes de que los hechos se produjeron tal y como los relata el coacusado (para superar la desconfianza despertada por una declaración sin la obligación de decir la verdad).

Se diferencia con el agente encubierto en su estatus policial que no ostenta el arrepentido y en que no es necesario ocultar su identidad.

⁸ En España se aprobó la **Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**.

⁹ En España estos sujetos colaboradores /obligados están enumerados en la **Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención de capitales y de la financiación del terrorismo** y entre ellos se encuentran los abogados.

Concretamente la ley se aplica a “los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la corrupción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compra o venta de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros, cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, sociedades o

Se ha criticado en varias ocasiones desde los despachos de abogados, la regulación contra el lavado de activos, no sólo porque supone una sobrecarga de trabajo, por cuanto que tienen que gestionar las obligaciones derivadas de la ley y las que las autoridades les requieran, sino porque además se les impone una labor de control a sus clientes que podría afectar al **secreto profesional** que deben los letrados a sus clientes.

18

Esta cuestión ha dado lugar en algunos países a intensos debates para persuadir a los países miembros a no aplicar las **40 recomendaciones del GAFI**¹⁰

La intención básica detrás de las 40 recomendaciones es consecuente con lo que los abogados, como guardianes de justicia y el imperio de la ley, profesionales sujetos a obligaciones éticas, siempre han hecho, esto es, evitar asistir a los criminales o facilitar su actividad delictiva.

A pesar de estas bases éticas comunes, persisten serias preocupaciones acerca de la obligación prevista en las 40 recomendaciones de informar de actividades sospechosas, sobre todo en jurisdicciones donde los abogados no tienen excepciones a la obligación de guardar confidencialidad en la relación abogado-cliente.

En la reforma de las cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio “conozca a su cliente”.

Muchos abogados, Colegios de Abogados y otras personas de la comunidad jurídica internacional rechazan o impugnan la validez de la exigencia impuesta a los abogados de informar de sospechas de blanqueo de capitales a las autoridades debido a la preocupación de que esto infringe las normas básicas de confidencialidad abogado-cliente y secreto profesional. En algunos países esto ha dado lugar a intensos debates para persuadir a los países miembros a no aplicar las 40 recomendaciones a los abogados y/o modificar su aplicación y en otros países a cambiar, desafiar o suspender las leyes que han sido aprobadas y, en algunos países para desarrollar procedimientos alternativos en los que se anima a los abogados a actuar con el fin de prevenir el blanqueo de capitales, pero de manera diferente a las recomendaciones del GAFI.

Por ejemplo, **la Federación de Colegios de Abogados de Canadá** puso en marcha un recurso de inconstitucionalidad contra los intentos del Gobierno de Canadá para obligar a los abogados

estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria” (art. 2.1.ñ).

¹⁰ Creado en 1989 en la Cumbre del G7 en París debido a la preocupación por el blanqueo de capitales. No son leyes internacionales, sino que son un conjunto de normas globales internacionalmente aprobadas, que se basan en parte en las políticas y recomendaciones de las Naciones Unidas, los Convenios y Resoluciones del Consejo de Seguridad. Además, requieren que los distintos países formulen y apliquen como delitos el blanqueo de capitales o lavado de activos y la financiación del terrorismo de conformidad con las disposiciones establecidas en las Recomendaciones.)

a informar de operaciones sospechosas que, en última instancia dio lugar a la modificación de la legislación eximiendo al asesor legal de informar sobre las operaciones sospechosas.

Lo único que se realizó en Canadá por parte de la Federación del Colegio de Abogados fue el desarrollo de una norma modelo para evitar que los abogados y los notarios de Quebec acepten grandes sumas de dinero efectivo de sus clientes, cualquiera que sea el procedimiento judicial.

19

La Federación Japonesa de Asociaciones de Abogados ha desempeñado un papel vital en obtener que los abogados en Japón estén excluidos de las obligaciones de información en la legislación que impone las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales. Sus propias regulaciones permiten que la profesión legal jamás dé la alerta en la lucha contra el blanqueo de capitales.

En resumen, la federación japonesa de Asociaciones de Abogados acepta la **debida diligencia del cliente**, pero no la comunicación de operaciones sospechosas.

a-Responsabilidad Penal de los Letrados por el Lavado de Activos en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El abogado es un profesional del derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demanden. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quién podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente.

En el año 2001 el National Criminal Intelligence Service del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de lavado usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o de un contable. Este patrón se observa también a nivel internacional.

Hay que hacer referencia al secreto profesional del abogado en relación al lavado de activos, tomando como punto de referencia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **asunto Michaud v. France de 6 de diciembre de 2012.**¹¹

¹¹ El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH, por vulneración del art. 8 del CEDH. Alega que las Directivas de la Unión Europea que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre abogado y cliente. En realidad, cuestiona la normativa francesa que incorpora al derecho francés la normativa europea.

El Reglamento dispone que los abogados deben de ejercer una "vigilancia constante y dotarse de procedimientos internos" para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha, especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de declaración.

Según el demandante las disposiciones de la Directiva 91/308/CEE, modificada por la Directiva 2001/97/CEE, son incompatibles con lo dispuesto en el **art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que recoge el respeto a la vida privada y familiar y protegen el derecho fundamental al secreto profesional, y este artículo permite una**

El Tribunal considera que teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, **la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.**

El secreto profesional del abogado no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes y derechos merecedores de protección. Se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales:

1º-Derecho a un proceso justo.

El art. 6 del CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado indefectiblemente conectados con el secreto profesional de los abogados.

El acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección y ha de protegerse la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor que, naturalmente, han de estar presididas por la confianza y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos.

En definitiva, el TEDH ha relacionado la protección del secreto profesional con varios derechos protegidos por el art. 6 del CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le nieguen al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica.

2º-La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH).

Ya desde el año 2007 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) declara que las obligaciones de información y cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas no vulneran el derecho a un proceso justo.¹²

Ahora bien, destaca la sentencia que estas obligaciones contienen dos limitaciones importantes:

-sólo están obligados a informar o cooperar en la medida en la que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, nº 5, en determinadas transacciones enumeradas con carácter exhaustivo (transacciones de carácter financiero o inmobiliario).

injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho , sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito

¹² El art. 6, apado 3º, párrafo 2 de la Directiva 2001/97/CE, establece que los abogados (entre otros sujetos obligados) deben de colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pueda ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades ,a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable.

-según el art. 6, apdo 3º, párrafo segundo de la Directiva 91/308, los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados la obligación de información y cooperación en lo que atañe a la relación con algún procedimiento judicial para defender o representar a dichos clientes en los mismos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

21

3º-El derecho a la intimidad.

La estrategia del caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 del CEDH.

La jurisprudencia del TEDH es muy clara: la relación confidencial entre abogados y clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 del CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto.

La interferencia puede ser legítima cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

En el primero de los casos ha de examinarse la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional. El Tribunal no rechaza las interferencias en las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardas para proteger el secreto profesional.

La noción de “necesidad en una sociedad democrática” se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es relativa, si bien la ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos.

El TEDH exige garantías adicionales. Tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, ha de existir control por parte de un juez independiente. Si se trata de un registro en un despacho de abogados, ha de tenerse en cuenta, en particular, si el registro se encuentra amparado por una orden emitida por un juez y estaba fundamentada la sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia de un observador independiente para garantizar que no se revelen materiales sujetos a secreto profesional.

Es especialmente importante la presencia del observador independiente, normalmente el representante del Colegio de Abogados. No basta con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente, desde un punto de vista práctico, aquel ha de tener la posibilidad de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional.

4º-Necesidad de estar prevista por la ley la injerencia en las comunicaciones entre abogado-cliente.

Los Estados miembros de la Unión Europea han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista por la ley.

El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige, en primer lugar, que la ley sea suficientemente clara.

En esta línea no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por “operación sospechosa”, que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado, ni qué actividades puede decirse que reúnan dicha calificación.

22

A juicio del Tribunal, el concepto de “sospecha” es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente ser incapaz de precisarlo. Es más, en este caso la ley proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una “sospecha” de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

5º-La interferencia es necesaria para alcanzar objetivos legítimos.

El Tribunal no duda en que, en la lucha contra el lavado de dinero y los delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del art. 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia.

No obstante, el secreto profesional puede ceder ante determinadas situaciones y una de ellas es el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas, terrorismo internacional o, la cada vez más frecuente, minería ilegal.

El TEDH destaca que existen dos elementos decisivos para la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio:

-la obligación de comunicar sospechas se limita exclusivamente a las actividades que quedan al margen de la misión de defensa confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito.

-la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad, en cuestión, hace referencia a las acciones judiciales, se trate de información que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el lavado de activos o la financiación del terrorismo.

Además existe un filtro que protege el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, sino al Presidente del Colegio de Abogados u otros órganos.

**OBLIGACIÓN DE
COLABORAR CON
LA
ADMINISTRACIÓN
TRIBUTARIA**

- **Directiva 2018/22 de la UE**, impone a los intermediarios fiscales, incluso a los abogados la obligación de comunicar a la autoridad tributaria, operaciones transfronterizas (anexo IV) que persigan una planificación agresiva, un ahorro fiscal, aunque no sean necesariamente fraudulentas.
- La planificación de estructuras societarias o la administración de empresas instrumentales del cliente por el letrado, constituyen una modalidad frecuente de participación delictiva en el delito de lavado de activos.
- Hay riesgo de contribuir al lavado de activos por parte del abogado que acepta una defensa sabiendo que sus honorarios serán retribuidos con dinero procedente de la actividad delictiva.

23

b-Conflicto Aparente de Deberes en la Prevención del Lavado de Activos y el Fraude Fiscal.

Los profesionales de la abogacía se encuentran entre la espada y la pared cuando legalmente se les obliga a cooperar para prevenir el lavado de activos y la evasión fiscal y aguardar sigilo sobre los hechos o noticias de sus clientes.

Tal conflicto de deberes solo existe en apariencia. Ejercer la abogacía y disfrutar de sus prerrogativas implica asumir una serie de obligaciones, entre ellas tomar conciencia y estar precavidos frente a la posibilidad de favorecer el reciclaje de dinero o el fraude al fisco con la labor profesional. Resulta notorio que una actividad ilícita de esta clase sólo se materializa tras un adecuado asesoramiento jurídico y fiscal.¹³

En materia de lavado de activos, la obligación de los profesionales de la abogacía se concretan en los deberes de identificar a los clientes, en no contratar si no pueden adoptar medidas de diligencia debida, en establecer en el despacho programas de prevención y de formación de los empleados, colaborar con el Servicio Ejecutivo de la comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y en no revelar al cliente ni a terceros que se ha comunicado información o que se está colaborando con dicho servicio ejecutiva.

Son deberes asumibles y proporcionados en atención a la lucha contra este tipo de criminalidad, que busca hacer rentable el delito con el enjuague. El secreto profesional no queda

¹³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017 374/2017 en el caso Messi: “cuando el acusado acude al despacho profesional no es para que este le informe sobre cuál sea su obligación tributaria y cómo darle adecuado cumplimiento, sino para que le indiquen cómo lograr eludirlo”.

comprometido, pues ampara las informaciones suministradas por los clientes cuando se les esté prestando consejo para determinar una posición jurídica favorable o que se les defienda en un proceso judicial.

No está de más recordar que no cabe asesorar para lavar dinero o defraudar, si bien no se puede negar la existencia de profesionales que ofrecen sus servicios para crear mecanismos de opacidad fiscal y ocultación de fondos en paraísos fiscales. Tales riesgos concurren igualmente cuando el profesional acepta una defensa sabiendo que sus honorarios serán retribuidos con dinero procedente de una actividad delictiva.

Los argumentos para excluir la comisión del delito de lavado consisten en exigir que no se pretenda ocultar el origen criminal en la facturación o que la minuta no sea muy superior a la habitual ni que camufle el dinero del cliente.

Es pertinente señalar que el delito de lavado no precisa de una cantidad mínima para su comisión, que la doble facturación o las facturas falsas son en sí posibles delitos o indicios de la comisión de otros y que resulta tan equívoca la exigencia de no saber con seguridad el origen del dinero utilizado para pagar la multa que es lo mismo que afirmar que sabe su origen, pero sin estar seguro del todo. Frente a la sospecha del origen criminal del pago de sus honorarios, el profesional no puede cerrar los ojos.

La pregunta es, pues, la siguiente:

¿Responde penalmente el abogado que cobra sus honorarios con dinero de origen delictivo?

Esta pregunta nos conecta con el problema de las **acciones socialmente adecuadas, la actividad comercial diaria, esto es, las acciones que se desarrollan en la vida cotidiana**. El panadero que vende pan al narcotraficante, el taxista que le transporta ¿realizan la conducta constitutiva del delito de lavado de activos cuando aceptan el pago por sus bienes o servicios?

El problema dogmático o teórico se ha planteado en el Derecho Alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo.

La sanción de tales conductas configura una norma que parece pretender el aislamiento de autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente, a sabiendas del origen de sus bienes, Sería una especie de excomunión económica de los delincuentes.

Se abarcarían todos los negocios dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes y los negocios de bagatela o escasa cuantía.¹⁴

¹⁴ Para evitar un tipo tan excesivamente amplio del lavado de activos se han elaborado doctrinalmente diversos criterios.

-Criterios de limitación relativos al tipo subjetivo. Un sector doctrinal considera que la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es un problema concerniente al dolo y, en concreto, al dolo eventual. Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y es punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado),

2-Siguiendo con el pago a los abogados de sus honorarios con dinero de origen delictivo, hemos de reparar en la cuestión de que el cobro de honorarios con dinero sucio o manchado es una conducta típica del blanqueo pero justificada por el ejercicio de un derecho. No es que el abogado tenga derecho a cobrar con dinero delictivo o a defender al que así le paga. Es que el cliente penal tiene derecho a que el abogado penal guarde reserva sobre la información que él le transmite sobre la conducta por la que se procesa o se va a procesar,

Ese derecho es esencial en todo el derecho comparado, pues sin ella no hay defensa posible, ni presunción de inocencia.

Se puede replicar que no se pide al abogado que denuncie al cliente, sino que renuncie a la defensa, con el consiguiente detrimento que para la defensa supone que el abogado penalista pueda ser acusado: además de que puede ser investigado y que esa investigación depare información sobre su cliente que debería de estar blindada, está el hecho de que pueda necesitar el sacrificio de los intereses de su cliente para preservar los propios.¹⁵

Ahora no se trata del cobro de servicios, sino del tipo de servicios realizados. No habrá excepción aquí a sus deberes de diligencia para evitar el blanqueo; el abogado podrá ser un blanqueador que actúa en nombre de otro o en connivencia blanqueadora con él; y como asesor podrá ser un partícipe en la medida en que su asesoramiento no sea neutral.

ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (encubrimiento). De lo contrario quedarían impunes.

-Criterios de limitación relativos al tipo objetivo. Este sector doctrinal considera que las acciones socialmente adecuadas quedan ya fuera del propio tipo objetivo.

La doctrina alemana niega que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de lavado de activos. Quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido u otras necesidades básicas, del autor del delito previo o del lavador no realiza el tipo de lavado de activos.

¹⁵ Lo anterior es válido para la actuación del abogado como defensor, pero cuestión distinta es (en términos de la sentencia del Tribunal Supremo 56/2014 de 6 de febrero) que participe en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, gestión de fondos, valores u otros activos, apertura o gestión de cuentas corrientes

ACTUACIÓN LETRADA: MALEABILIDAD Y AMBIVALENCIA

- Condición de sujeto obligado en el letrado sólo cuando las operaciones se realicen **POR CUENTA DEL CLIENTE**.
- Otro criterio más amplio es el criterio de **“ALTERACIÓN PATRIMONIAL”** que **deban entrañar las transacciones**. Esto ha sido elevado a criterio de sujeción por consenso de facto en la doctrina jurisprudencial.
- Los casos en los que el abogado está obligado han de estar tasados por ley y no ha de ser objeto de analogía o interpretación extensiva.
- Hay dos indefiniciones que han de resolverse en el caso concreto: la sujeción, o no, del obligado y la condición de sospechosa, o no, de la operación.

26

Recomendaciones de actuación futura

Estas recomendaciones sólo pretenden un complemento a las lagunas tanto penales como procesales que se producen en el ámbito del crimen organizado en los distintos textos internacionales existentes sobre la materia.

1-En Relación con la Minería Ilegal:

1.1-Contra el crimen organizado ha de propugnarse la necesidad de incorporar a las políticas de seguridad, el fortalecimiento de los mecanismos que hacen posible el buen gobierno y la interiorización de una cultura de la ilegalidad. Cuanto mayores son los logros en el buen gobierno y en la cultura de la legalidad, la implantación del crimen organizado y la inseguridad es menor.

1.2-Los países de exportación han de simplificar y mejorar el proceso de formalización por el cual los mineros informales pueden obtener su status legal, que aseguren que los inspectores cuenten con recursos y capacidad suficientes para proteger, apoyar y rehabilitar a las víctimas de explotación y que responsabilicen a las empresas y organizaciones criminales involucradas en la extracción del oro ilegal.

1.3-Los países de importación han de obligar a los interesados y a sus subcontratistas a cumplir con los estándares locales e internacionales en materia de derechos humanos y de los trabajadores, con los estándares relativos al medio ambiente que hagan cumplir legislaciones y que responsabilicen a las empresas que importan y venden oro ilegal.

1.4-Las empresas han de adherirse a los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos e implementarán mecanismos mejorados para analizar sus cadenas de suministro, conseguir el oro de manera responsable y asegurarse de que no se ha producido ilegalmente y/o bajo condiciones que violan los derechos humanos y de los trabajadores.

2-En Relación con la Prevención y Persecución del Lavado de Activos y el Crimen Organizado.

2.1-Es necesario que la sociedad tenga una policía democrática, una policía en la que confíe y que no tenga que demostrar de manera constante su legitimación, porque no deja de ser un órgano más del Estado.

27

La formación de la misma ha de ser plena y tomando en consideración la existencia de delitos transnacionales, de manera que se eliminen las sospechas y se garantice el principio de responsabilidad. Ha de fomentarse el protagonismo y la responsabilidad y controlar y ser rigurosos con el mal uso de la confianza y así se necesitará a la Policía para garantizar derechos y no se debería de controlar a la misma para garantizar esos derechos.

2.2-La figura del agente encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica. Es una figura polémica pero necesaria y que requiere el reforzamiento de la misma y su potenciación con la cooperación jurídica internacional de los Estados Miembros de la Unión Europea.

2.3-Es necesario fomentar la participación del agente encubierto en el acto de juicio oral. Los problemas se plantean en aquellos casos en los que la actuación del agente encubierto extranjero interviene en una investigación que se lleva a cabo en un país que no es el suyo y su normativa de procedencia prohíbe expresamente que el mismo comparezca como testigo en el proceso, pudiendo conllevar la absolución del investigado/s.

3-En Relación con la Actuación Letrada y el Lavado de Activos.

3.1-Una de las garantías que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. Es decir, **la necesidad de crear un organismo autorregulador de la abogacía.**

De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del lavado de activos en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto.

Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, sino al organismo autorregulador de la abogacía y éste transmitirá la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente.

No obstante, la idea va más allá y parece que lo que se pretende es que dichos organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegios cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen causas de exoneración de esta obligación. **Esto es, cumplen la función de filtro, pero sin controlar el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea compete, en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de abogados no pueden asumir esta función** (so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea).

3.2-Se prevé la defensa de oficio como solución.

La causa y el objeto de cualquier contrato han de ser lícitos y, esto vale para el contrato de prestación de servicios jurídicos, que no lo es cuando el precio se satisface con dinero delictivo o cuando su función económica consiste en blanquear o evadir impuestos.

28

El derecho a la defensa no justifica que el profesional se desvíe del fin supremo de justicia al que la abogacía se halla vinculada. El profesional no tiene por qué realizar una pesquisa patrimonial de su cliente, pero debe de asegurarse de que su retribución es ajena a cualquier actividad delictiva.

No se puede tener todo, al menos en teoría, no se puede pretender vivir del crimen y, al mismo tiempo, elegir abogado a la carta y pagarle con los beneficios de la actividad criminal. Por muy seductora que sea la oferta para el profesional, si no la rechaza, se convertirá en uno de los suyos.

Esa misma oferta o el descubrimiento posterior de que su retribución consiste en dinero ilícito estarían amparados por el secreto profesional. A partir de ahí, si el abogado desea mantenerse en la legalidad, renunciará a la defensa, liquidará la cuenta con su cliente y le aconsejará que acuda **a profesionales del turno de oficio**.

Los profesionales del turno de oficio constituyen la garantía estatal para que quienes carezcan de recursos para litigar puedan ejercer su derecho de defensa, incluyéndose entre tales beneficiarios a aquellos que no tienen otro medio de vida más que el crimen.



EL PACCT



EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

