

RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DE LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA

RECOMENDACIONES DE POLÍTICA
INSTITUCIONAL Y AGENDA LEGISLATIVA

**RECUPERACIÓN DE ACTIVOS
DE LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA
RECOMENDACIONES DE POLÍTICA
INSTITUCIONAL Y AGENDA LEGISLATIVA**



GUILLERMO JORGE de
San Andrés



Universidad de San Andrés



Embajada Británica
Buenos Aires

Este documento fue elaborado en el marco del proyecto "Control de la Corrupción, Mecanismos de Denuncia y Recuperación de Activos: Investigación e Impulso Público" implementado por ACJU y el Área de Derecho de la Universidad de San Andrés, y auspiciado por la Embajada Británica en Buenos Aires. El proyecto tiene como objetivo reforzar los incentivos para la lucha contra la corrupción, aumentar la cantidad de denuncias por corrupción en los organismos del Estado y lograr la incorporación de nuevos mecanismos de control de la corrupción entre los actores estatales. En el marco del proyecto, entre otras actividades, han sido capacitados fiscales nacionales en el tema de recuperación de activos de la corrupción pública. Las opiniones de este documento son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

AUTOR

Guillermo Jorge

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (1995) y *Masters of Laws* por *Harvard Law School* (2003). Fue *visiting fellow* del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Stanford (2002), *del National Endowment for Democracy* (2006) y del *Center for Democracy, Development and the Rule of Law* de la Universidad de Stanford (2009). Sus publicaciones recientes incluyen *Recuperación de Activos de la Corrupción* (Editores del Puerto, 2008); *The Effectiveness of the Anti Money Laundering System*, en Tokatlian, J., (ed.) "The Failed Drug War: Towards a Post-Prohibitionist Debate" (El Zorzal, 2009) y, con Lucas E. Barreiros, *International Standards against Money Laundering*, en *FraudNet World Compendium* (Dr. Erich Schmith-Verlag, Berlin, 2009). Actualmente, es *lecturer* en la Universidad de San Andrés y consultor de varias organizaciones internacionales y gobiernos de América Latina en problemas asociados a la corrupción pública y el lavado de dinero.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Lucas E. Barreiros

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2005) y *Masters of Laws* por *Harvard Law School*, (2008). Ha sido becario *Fulbright* (2007-2008) y es actualmente Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público y Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires.

Diego H. Martinez

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2005). Se desempeñó como investigador en la Oficina Anticorrupción y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Fue consultor para ACIJ y el BID en temas de transparencia. Profesor asistente de Régimen del Proceso Penal. Actualmente forma parte de la Dirección de Transparencia Institucional del Ministerio de Defensa.

Mishkila Rojas

Estudiante de abogacía y ayudante de Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires. Fue pasante del *Human Rights Program* de *Harvard Law School* (2008) y actualmente dirige *Lecciones y Ensayos*, revista del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA.

Indice

RESUMEN EJECUTIVO	9
1. PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO	13
2. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL	15
3. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO REGIONAL	19
A. Síntesis de la experiencia peruana	19
B. Síntesis de la experiencia brasileña	20
C. Lecciones para Argentina	21
4. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA ARGENTINA	23
A. Prevención de Transferencias del Producto del Delito	23
A.1. Estándares internacionales	23
A.2. El sistema de prevención y detección en la Argentina	25
A.3. Recomendaciones.....	28
B. Detección e Investigación del Lavado del Producto de la Corrupción	32
B.1. Estándares internacionales	32
B.2. La detección e investigación del producto del delito en nuestro país.....	33
B.2.1. <i>El análisis preliminar de ROS</i>	34
B.2.2. <i>La investigación preliminar de declaraciones juradas de bienes</i>	36
B.2.3 <i>La investigación del delito en el Ministerio Público y el Poder Judicial</i>	37
B.2.4. <i>Técnicas especiales de investigación</i>	39
B.3. Recomendaciones	39
C. Medidas Cautelares	41
C.1. Estándares internacionales	41
C.2. Medidas cautelares en la Argentina.....	41
C.3. Recomendaciones.....	42
D. Decomiso penal, Decomiso Ampliado y Decomiso sin Condena	44
D.1. Estándares internacionales: el abandono de la noción tradicional de decomiso.....	44
D.2. El decomiso del producto del delito en Argentina.....	47
D.3 Recomendaciones	47
E. Cooperación Internacional con fines de Decomiso	48
E.1. Estándares internacionales.....	48
E.2. La cooperación administrativa y la cooperación judicial en la Argentina	50
E.3. Recomendaciones	52
F. Mecanismos de Recuperación Directa	53
F.1. Estándares internacionales	53
F.2. La recuperación directa en la Argentina.....	54
F.3. Recomendaciones.....	55
5. SÍNTESIS DE RECOMENDACIONES	57
REFERENCIAS	63
1. Bibliográficas	63
2. Regulación e informes de gestión.....	64

Resumen Ejecutivo

En los últimos 20 años, recuperar para el erario público el provecho originado en determinados tipos de delitos -narcotráfico, criminalidad organizada, corrupción- se ha convertido en una de las principales estrategias de política-criminal para reducir los mercados que tales actividades generan.

La idea que sustenta esta estrategia es que decomisar las ganancias ataca, al mismo tiempo, el fin (lucro) y los medios operativos de las organizaciones que actúan en esos mercados. Ponerla en práctica implica, sin embargo, un ambicioso proyecto jurídico, que exige la colaboración de diferentes organismos del Estado para rastrear bienes, desentramar transacciones financieras y tener la habilidad para litigar competentemente en varias áreas del derecho y, usualmente, en países con sistemas jurídicos diversos. En el caso de la corrupción pública, a esas complejidades técnicas deben sumarse la falta de voluntad política general y la influencia de las personas involucradas para interferir en la persecución de los casos concretos.

Para enfrentar estas dificultades, más de 140 países han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante “la Convención”), un tratado que, entre todas las obligaciones previstas, ha escogido a la recuperación de activos como un “principio fundamental” del tratado (art. 51), e incluyó un capítulo específico (Capítulo V) dirigido a establecer las diferentes vías jurídicas mediante las cuales los países víctimas de hechos de corrupción pueden satisfacer el derecho –por primera vez reconocido- de repatriar el provecho obtenido cuando se encuentra en otro país.

La **Sección 2** del documento introduce al lector en el contexto internacional en el que fueron negociados los estándares establecidos en la Convención. Sobre esa base, la **Sección 3** contrasta las experiencias

adoptadas en dos países de la región, Perú y Brasil, y analiza en qué medida el contexto internacional y el regional son útiles para pensar una política para Argentina. En Perú, la recuperación de activos fue una prioridad de la reinstauración constitucional post-Fujimori y se concentró específicamente en delitos de corrupción ocurridos durante los años 90s. A pesar de ser un caso exitoso por ciertos resultados obtenidos –recuperación de USD 175 millones en menos de tres años; incorporación al ordenamiento jurídico peruano de varias instituciones novedosas para el derecho latinoamericano- el arraigo institucional de esta política y la acumulación de experiencias no parecen haber calado hondo en las dinámicas de investigación de estos delitos hacia el futuro, ni haber ayudado a delinear una frontera más clara sobre los usos tolerados de los fondos del Estado. En Brasil, en cambio, la recuperación de activos fue diseñada como una parte esencial de la política de persecución penal de los delitos de criminalidad organizada, incluyendo los asociados a la corrupción política. Constituye una parte importante del trabajo de una de las 3 secretarías del Ministerio de Justicia y, hasta el momento, aparenta haber encontrado un camino para ser internalizada en las prácticas de investigación criminal en general.

Con ese escenario de fondo, la **Sección 4** –el cuerpo central del documento- se concentra en explorar detalladamente la posición normativa e institucional adoptada por la Argentina en relación con los estándares internacionales consensuados en la Convención y recomienda opciones de política para informar el debate público que el país se debe en esta materia.

A pesar de haber ratificado la Convención en junio de 2006 (Ley 26.097), el desempeño de los órganos competentes para prevenir, detectar y actuar

coordinadamente para recuperar a favor del erario público el producto obtenido en delitos de corrupción ha sido prácticamente nulo.

Así lo atestigua el hecho de que el decomiso de un bien inmueble de una ex funcionaria pública, ubicado en misma jurisdicción del tribunal que la ha condenado por enriquecimiento ilícito hace ya más de cinco años, es una noticia que todos los medios de comunicación de circulación nacional han calificado como el primer episodio de esta naturaleza.

El desempeño de los órganos competentes para recuperar a favor del erario público el producto obtenido en delitos de corrupción ha sido prácticamente nulo.

La principal explicación de este pobre resultado es la inexistencia de una política de Estado y la consecuente falta de estrategias específicas en cada agencia con competencias para actuar en este ámbito.

Aunque la interferencia política en casos específicos —a la que ningún país escapa en este área— juega un rol negativo en el clima general que viven los funcionarios de diferentes agencias, la falta de dirección política impacta tanto sobre la calidad de la legislación y las regulaciones —muchas veces adoptadas para cumplir con algún organismo internacional o en ocasión de un hecho coyuntural—, como sobre la coordinación institucional y las prácticas de las agencias del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Poder Ejecutivo.

Las consecuencias se aprecian en todas las etapas de la recuperación de activos analizadas con detalle en la **Sección 4**: prevención, detección, investigación, medidas cautelares, decomiso y mecanismos de recuperación directa.

El sistema de prevención del lavado de dinero es un buen ejemplo de un sistema más orientado a satisfacer evaluadores internacionales que a servir a la reducción de algún mercado ilícito en particular. Como resume la **Sección 4.A.**, el sistema cumple con la mayoría de los estándares internacionales y es, formalmente hablando, relativamente sofisticado. En la práctica, sin embargo, el sistema produce información de muy baja calidad, en muchos casos irrelevante, que la UIF — pese a recientes esfuerzos por mejorar el proceso— analiza muy lentamente y, luego de meses o incluso años, informa al Ministerio Público. Prácticamente el 80% de los reportes está pendiente de análisis y menos del 2% de los reportes se ha transformado en investigaciones por lavado de activos.

Prácticamente el 80% de los reportes está pendiente de análisis y menos del 2% de los reportes se ha transformado en investigaciones por lavado de activos.

La cantidad de reportes continúa en aumento y no se advierte que los esfuerzos para evitar que bloqueen a la ya atiborrada UIF sean los más adecuados. La capacidad de este sistema para detectar, por ejemplo, la necesidad de inmovilizar bienes inmediatamente después de recibir un reporte es muy dudosa y, aun si el sistema fuera capaz de detectarla, el procedimiento para obtener tal medida establece plazos tan laxos que el riesgo de disipación es inmenso.

El resultado es un sistema formalmente equipado pero cuya contribución a la reducción de mercados ilícitos está lejos de aparecer como decisiva.

La **Sección 4.B.** aborda el ámbito de la investigación penal. En contraste con el sistema de prevención del lavado de dinero, aquí es imperiosa la reforma del sistema de enjuiciamiento federal. Además de imponer un procedimiento autoritario en general, e inadecuado para hechos complejos en particular, el sistema vigente condiciona notablemente la adopción de otras reformas dirigidas, como sucede en toda la región, a consolidar la investigación penal en el Ministerio Público. Hasta que ello ocurra, poner en sus manos los recursos necesarios para investigar delitos complejos, como transferirle la responsabilidad de ejercer la autoridad central en la cooperación internacional en materia penal facultarlo para utilizar técnicas especiales de investigación con control judicial no parece tener demasiado sentido.

La necesidad de reformar el proceso penal federal, aunque genuina, ha servido de excusa para fundamentar retrocesos en la obtención de información y para posponer la implementación de otras reformas legislativas.

La necesidad de reformar el proceso penal federal, aunque genuina, ha servido de excusa para fundamentar retrocesos en la obtención de información y para posponer la implementación de reformas legislativas.

Una interpretación excesivamente formalista y restrictiva de la distribución de roles que el actual sistema de enjuiciamiento federal realiza entre el poder judicial y el ministerio público ha servido para impedir al Ministerio Público el acceso a información clave para la investigación de delitos económicos en general

–como la información tributaria- y de corrupción en particular –como el acceso a los anexos reservados de las declaraciones juradas de bienes- durante sus investigaciones preliminares.

Algo similar ha ocurrido en el ámbito de las medidas cautelares y el decomiso del producto del delito que se examinan con detalle en las **Secciones 4.C y 4.D** respectivamente. La reforma del art. 23 del Código Penal –adoptada inmediatamente después de la visita de la misión de evaluación del GAFI en el año 2003- introdujo en nuestro sistema jurídico la noción de decomiso del producto del delito y modificó el régimen de medidas cautelares previsto en el Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, la falta de una política que capacitara y proveyera los recursos necesarios para implementar esa reforma impidió que, a más de seis años de su entrada en vigencia, se tradujera en que los jueces y fiscales orienten sus investigaciones hacia la identificación del provecho del delito para inmovilizarlo con miras a su posterior decomiso. Al contrario, el diagnóstico muestra que la regla ha sido sistemáticamente ignorada.

Si no se ha fomentado una cultura local que oriente a los operadores hacia la recuperación de activos, no es extraño que el desconocimiento de las técnicas y prácticas utilizadas en los centros financieros donde muchas veces se oculta el producto de los hechos de corrupción sea exponencialmente mayor. La **Sección 4.E** examina las prácticas de la cooperación internacional administrativa y judicial. Nuestro análisis muestra que dos tercios de los pedidos de asistencia judicial en casos de corrupción ha sido rechazado por problemas que podrían haber sido subsanados utilizando mecanismos disponibles de cooperación administrativa, como Interpol o la red de UIFs.

En atención a que la vía penal no siempre es posible, o la más efectiva, los estándares internacionales enfatizan la necesidad de combinar el decomiso penal con las posibilidades que ofrecen las acciones civiles y

administrativas. Aunque, como se sugiere en la **Sección 4.F**, sería prudente introducir reformas legislativas para permitir un uso más eficiente de estos mecanismos, nuestro análisis muestra que las vías existentes, aunque precarias, también son sistemáticamente sub-utilizadas. El principal problema en este ámbito es la falta de coordinación entre los operadores de la justicia penal y la Procuración del Tesoro de la Nación en la transmisión oportuna de la información necesaria para evaluar los riesgos del litigio, tanto en el país como en el exterior.

Luego del episodio que culminó con la renuncia del Fiscal de Investigaciones Administrativas en marzo de 2009, la iniciativa más alentadora en materia de recuperación de activos ha sido la puesta en marcha de la Oficina de Coordinación y Seguimiento de Delitos contra la Administración Pública en el ámbito de la Procuración General de la Nación.

Uno de los principales objetivos de esta Oficina es, precisamente, contribuir a generar, dentro del Ministerio Público, una cultura orientada hacia la recuperación de activos originados en hechos de corrupción. En esa dirección, la PGN ha suscripto convenios de cooperación con dos organizaciones de la sociedad civil –ACIJ y CIPCE- que apoyarán el trabajo de la Oficina, ha instruido a los fiscales para que informen a la Oficina sobre los casos en los que el perjuicio económico al Estado supere el equivalente a cien mil dólares, para que orienten las investigaciones hacia la identificación de bienes que podrían estar sujetos a decomiso y adopten medidas cautelares desde el inicio de sus investigaciones. Se trata, sin dudas, de un paso auspicioso que, como se propone en las páginas que siguen, deberá ser acompañado de otros esfuerzos, tanto institucionales como legislativos.

El documento concluye con un cuadro que, en la **Sección 5**, sintetiza las deficiencias detectadas y las recomendaciones de política y las reformas legislativas sugeridas para subsanarlas.

1. Presentación del Documento

El objetivo de este documento es acercar a algunos órganos del Estado y de la sociedad civil elementos que enriquezcan, cuando existe, o promuevan, cuando no, la discusión acerca de los arreglos institucionales y legales adecuados para que el Estado argentino mejore las posibilidades de recobrar el provecho obtenido a través de delitos de corrupción.

En los últimos 20 años, el decomiso del producto del delito se ha convertido en una de las principales estrategias de política-criminal para reducir mercados ilícitos asociados con la criminalidad organizada – tráfico de estupefacientes, armas, órganos, personas, etc- y la corrupción pública. La idea que sustenta esta estrategia es que decomisar las ganancias contribuye a reducir los mercados que generan estas transacciones con bienes o servicios que están fuera del comercio legítimo. Aún quienes advierten sobre el fracaso de las estrategias orientadas a reducir la oferta en estos mercados (Tokatlian, 2009) valoran la contribución que una política orientada al decomiso podría aportar si se concentrara en atacar las finanzas de los eslabones superiores de las organizaciones delictivas.

Poner en práctica esta estrategia, supone, sin embargo, desandar el camino de quienes blanquean el dinero ilícitamente obtenido, lo cual convierte a la recuperación de activos en uno de los proyectos jurídicos más complejos y ambiciosos, que exige la colaboración de diferentes organismos del Estado para rastrear bienes, desentramar complejas transacciones financieras y tener la habilidad para litigar competentemente en varias áreas del derecho y, usualmente, en países con sistemas jurídicos diversos.

En el caso de la corrupción pública, a esas complejidades técnicas deben sumarse la falta de

voluntad política general para investigar los hechos y la influencia particular de las personas involucradas para interferir en la persecución de los casos concretos.

Para enfrentar estas dificultades, más de 140 países han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante “la Convención”), un tratado cuyo alcance y aplicación no tiene precedentes. La Convención establece un sinnúmero de acciones para reducir la corrupción. Sin embargo, entre todas las obligaciones previstas, únicamente la “recuperación de activos” ha sido escogida como un “principio fundamental” del tratado (art. 51).

La Convención es el primer instrumento internacional que establece el derecho de los países víctimas de hechos de corrupción de repatriar el provecho de esos hechos cuando se encuentran en otro país. El capítulo V del tratado está exclusivamente dedicado a establecer las vías jurídicas necesarias para hacer efectivo este derecho.

La Convención es el primer instrumento internacional que establece el derecho de los países víctimas de hechos de corrupción de repatriar el provecho de esos hechos cuando se encuentran en otro país.

A pesar de que la Argentina ratificó la Convención en junio de 2006 (Ley 26.097), el desempeño de los órganos competentes del Poder Ejecutivo, del Ministerio Público y del Poder Judicial para prevenir, detectar y actuar coordinadamente para recuperar a favor del erario público el producto obtenido en delitos de corrupción ha sido prácticamente nulo.

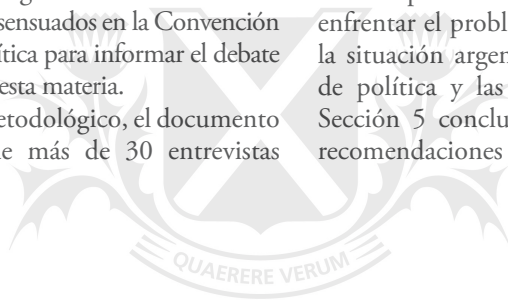
Además de la interferencia política —a la que ningún país escapa en estos casos—, existen otras razones que explican este desempeño: regulaciones deficientes que no permiten desarrollar las estrategias legales necesarias para investigar tanto localmente como en el exterior; falta de experiencia en la coordinación institucional entre las agencias judiciales, del Ministerio Público y del Poder Ejecutivo con competencia para actuar en este ámbito; y, notablemente, desconocimiento de muchos de los operadores acerca de los estándares legales y prácticas vigentes en la mayoría de los centros financieros para localizar, embargar, decomisar y repatriar el producto de actos de corrupción u otros delitos graves.

Con la pretensión de disminuir el impacto de estos factores técnicos, y de generar una discusión propicia sobre los obstáculos políticos, este documento analiza la posición normativa e institucional de la Argentina en relación con los estándares internacionales consensuados en la Convención y recomienda opciones de política para informar el debate público que el país se debe en esta materia.

Desde el punto de vista metodológico, el documento ha sido elaborado luego de más de 30 entrevistas

en profundidad con actores relevantes locales e internacionales, un exhaustivo análisis normativo y documental y las conclusiones aún vigentes de un Grupo Focal realizado en la Universidad de San Andrés en el que participaron funcionarios de la Oficina Anticorrupción (en adelante “OA”), la Unidad de Información Financiera (en adelante “UIF”), la Dirección de Asistencia Judicial Internacional de la Cancillería, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante “PTN”) y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (en adelante “FIA”) entre los meses de marzo y octubre de 2007.

El documento está organizado del siguiente modo. La Sección 2 contextualiza la recuperación de activos en la agenda internacional. La Sección 3 sintetiza dos experiencias de la región, las de Perú y Brasil, que estereotipan modelos adoptados en países vecinos para enfrentar el problema. La Sección 4 describe y analiza la situación argentina, y sugiere las recomendaciones de política y las reformas legislativas necesarias. La Sección 5 concluye con un cuadro que sintetiza las recomendaciones realizadas.



Universidad de
San Andrés

2. La Recuperación de Activos en el Contexto Internacional

El fin de la guerra fría colocó la reducción de la corrupción pública en el centro de la agenda internacional. Con la caída del muro de Berlín, cayeron también muchos de los incentivos para sostener alianzas políticas basadas en no inmiscuirse en los destinos de la asistencia financiera internacional. La apertura de nuevos mercados generó la necesidad de nivelar el campo de juego y establecer reglas mínimas para las oportunidades que se abrían para inversores y exportadores de la OECD en el mundo en desarrollo. La combinación de esos factores permitió que la corrupción pública dejara de ser un “asunto interno”, protegido por el principio de soberanía, para convertirse en motivo de escrutinio internacional y de parámetro de desarrollo de muchas jóvenes democracias.

Durante los años ‘90 proliferaron estudios que confirmaron que la corrupción constituye un obstáculo importante para el desarrollo económico y social. Ello generó una campaña internacional de importantes proporciones que se tradujo en tratados regionales (OEA, UE, UA) y sectoriales (OECD) y en programas de cooperación para el desarrollo centrados en reformas legales e institucionales.

Los esfuerzos se centraron en programas dirigidos tanto a incentivar la inversión extranjera —en la visión neoliberal de promover el desarrollo económico— como en reducir la pobreza a través de la mejora del acceso a derechos básicos de las personas de menores recursos. En ambos casos, los pilares de la agenda se concentraron en la reducción de la discrecionalidad en la función pública y el aumento de la eficiencia administrativa y judicial y de los niveles de transparencia para que permitan el control ciudadano de la gestión de gobierno.

La mayoría de esos proyectos se orienta reducir la corrupción administrativa, o “pequeña corrupción”, pero no afecta sino indirectamente a la corrupción política o “gran corrupción”.

A diferencia de los programas de reforma institucional y legal, la recuperación de activos requiere de los esfuerzos tanto de los países en desarrollo —víctimas de los actos de sus funcionarios y empresarios— como de los países en los cuales los bienes son invertidos —centros financieros que albergan países desarrollados o centros offshore—.

El esfuerzo más importante para reducir la “gran corrupción” a nivel global ha sido la Convención OECD contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante “la Convención OECD”). Este tratado comprometió internacionalmente a los países que concentran el 70% de la exportación mundial y el 90% de la inversión extranjera directa, a criminalizar en sus países de origen a multinacionales e inversores que sobornaran a funcionarios extranjeros para obtener o retener un negocio, y a quienes participaran del lavado del producto de ese delito (Pieth, Low y Cullen, 2007). En sus 10 años de vigencia, se iniciaron más de 150 procesos en 26 países miembros del tratado y se impusieron sanciones a más de 30 multinacionales (OECD, 2006).

La cuestión de “recuperar los activos de la corrupción” fue, sin embargo, una de las últimas áreas en ser

abordadas por la agenda internacional. A diferencia de los programas de reforma institucional y legal, la recuperación de activos requiere de los esfuerzos tanto de los países en desarrollo —víctimas de los actos de sus funcionarios y empresarios— como de los países en los cuales los bienes son invertidos —centros financieros que albergan países desarrollados o centros offshore—.

A pesar de que algunos autores proclamaron ya a fines de los años '80 la necesidad de estimular la repatriación del producto de la corrupción como una estrategia que los países centrales podían liderar para reducir el fenómeno en los países en desarrollo (Reisman, 1989), e incluso otros argumentaron en favor de elevar la corrupción sistemática de regímenes no democráticos a la categoría de delito internacional (Kofele-Kale, 1995), no fue sino hasta el año 2000 que el G-7, usando como plataforma las Naciones Unidas, dio la señal inicial de que se debían aunar esfuerzos para remover los obstáculos legales que impedían que países (generalmente en desarrollo) repatriaran los bienes que algunos de sus líderes políticos habían obtenido ilícitamente y ocultado en (usualmente) los principales centros financieros del mundo (ONU, 2000).

Aun las estimaciones conservadoras consideran que al menos el equivalente al 30% de los flujos de cooperación para el desarrollo es anualmente desviado en hechos de corrupción y exportados a centros financieros. Esta cifra ayudó a consensuar una política global al respecto y generó incentivos en los países desarrollados para dedicar esfuerzos más serios a establecer bases jurídicas que facilitarían la recuperación de activos de la corrupción (BM y UNDOC, 2007).

Aun las estimaciones conservadoras consideran que al menos el equivalente al 30% de los flujos de cooperación para el desarrollo es anualmente desviado en hechos de corrupción y exportados a centros financieros.

Esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción pública venían siendo realizados desde mediados de los años '80 por los gobiernos de Filipinas contra Ferdinand Marcos, de Haití contra Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier, de Nigeria contra Sani Abacha, de Indonesia contra Suharto, de Perú contra Montesinos y Fujimori, por citar sólo algunos casos conocidos (Jorge, 2008).

Las experiencias de los casos mencionados pusieron en evidencia que la metodología para “exportar” las ganancias ilícitas consistía en lo que hoy reconocemos como una maniobra típica de lavado de activos: los bienes obtenidos ilícitamente eran administrados por un “organizador” —una institución financiera, una firma administradora

de fondos, un estudio de abogados o de contadores con deberes de confidencialidad o una combinación de estos actores— que se encargaba de alejar el dinero de su origen utilizando vehículos corporativos registrados en países que proporcionan anonimato a sus beneficiarios—generalmente en centros financieros que proveen servicios *offshore*—; minimizaban las posibilidades de rastrear el dinero a través de transacciones en efectivo y sucesivas intermediaciones; y finalmente, realizaban inversiones seguras en centros financieros con estrictas leyes sobre secreto bancario, que permitieran a los beneficiarios disfrutar de tales ganancias a resguardo de las investigaciones judiciales (Pieth y Aiolfi, 2002; Gordon, 2009).

En todos estos casos, gobiernos democráticos que habían sucedido períodos *de facto* demandaban cooperación de los mayores centros financieros del mundo para localizar y repatriar las fortunas acumuladas por líderes, familiares y colaboradores estrechos del régimen.

Los tratados bilaterales y las leyes internas de los países en los que se encontraban los bienes reclamaban, para permitir la restitución, sentencias firmes que hubieran condenado con suficiente evidencia a los titulares de los bienes. La mayoría de las veces, este requisito resultaba imposible de cumplir por el uso indebido de influencias para destruir pruebas, corromper jueces, o simplemente eludir el juzgamiento a través de amnistías, indultos, inmunidades o fuga de la jurisdicción. En otros casos, las tradiciones jurídicas del país víctima y del país receptor albergaban procedimientos incompatibles que extendían indefinidamente los procedimientos y exacerbaba la desconfianza entre países carentes de una base jurídica común para arribar a una solución. (Claman, 2008)

Aun cuando se sortearan estos obstáculos y el producto de la corrupción hubiera sido localizado y hasta decomisado en el país receptor, no existía ninguna norma jurídica que indicara que tales bienes debieran ser “repatriados” al país de origen, ni un acuerdo que estableciera bajo qué condiciones un país tenía derecho a reclamarlos. Si bien algunas leyes nacionales, e inclusive algunos tratados bilaterales de cooperación en materia penal, prevén la *posibilidad* de devolver “objetos” decomisados, el destino final de estos bienes en procesos penales, cualquiera fuera su origen, ha sido tradicionalmente decidido de acuerdo a la ley del lugar en el que se produce el decomiso (*locus regit actum*). Y si bien el aumento de los delitos transnacionales generó incentivos para compartir los activos decomisados entre los países que participaron en la investigación del caso (*asset sharing agreements*), esta práctica tampoco garantizaba que los bienes regresaran al país de origen.

Para superar estos y otros obstáculos, más de 140 países suscribieron la Convención de las Naciones

Unidas contra la Corrupción, el primer instrumento internacional obligatorio en establecer el derecho de los Estados Partes a repatriar las ganancias obtenidas a través de la comisión de delitos asociados con la corrupción pública que se encuentren en otro país. El tratado no sólo considera a la recuperación un principio fundamental (art. 51), sino que además contiene un capítulo específico (Capítulo V), que establece obligaciones tanto para los países “víctima” como para los países receptores del producto de hechos de corrupción.

Lograr consenso para establecer esas bases mínimas de cooperación consumió varios años de intensas negociaciones. Como se dijo anteriormente, con excepción de la Convención OECD, la campaña mundial anticorrupción se articuló como un instrumento de desarrollo económico, lo que implicó que fuera abordada como un “problema del sur” cuyas soluciones podían ser importadas desde el norte. Independientemente del grado de plausibilidad de ese enfoque para la adopción de otras políticas de transparencia, era evidente que, dado que en la mayoría de los casos los bienes se encuentran en centros financieros de países desarrollados, la recuperación de activos requería un enfoque diferente.

Por ello, el Grupo de los 77 condicionó su compromiso para negociar el ambicioso programa de la Convención a que los países que albergaran

los mayores centros financieros se comprometieran a discutir un capítulo específico sobre recuperación de activos y a incluirlo como una parte integral del tratado. (Pieth, 2008)

Muchos países centrales que albergan centros financieros importantes ya tenían fuertes incentivos para aceptar esa condición —mejorar la competencia en los mercados internacionales, condicionar los flujos de asistencia financiera a índices de transparencia, mejorar la reputación de sus centros financieros golpeados por escándalos— y contribuyeron a crear el consenso para que la recuperación de activos se convirtiera en la parte más innovadora del tratado, no sólo por la sofisticación de las reglas técnicas consensuadas sino, primordialmente, por enfocar el problema como una responsabilidad compartida entre países en desarrollo y centros financieros (Claman, 2008).

La Convención establece obligaciones para prevenir y detectar las transferencias del producto de la corrupción desde y hacia el exterior, novedosas vías para rastrear estos fondos y nuevos modelos, tanto para cooperar internacionalmente en la persecución penal de los bienes sujetos a decomiso como para reclamarlos en el ámbito civil. Estas obligaciones serán analizadas a la luz de la legislación y las prácticas argentinas, en la Sección 4.

3. La Recuperación de Activos en el Contexto Regional

En el contexto latinoamericano, las experiencias en materia de recuperación de activos han sido, hasta el momento, limitadas. Una encuesta sobre recuperación de activos administrada en 2007 durante la reunión de autoridades centrales en asistencia jurídica en materia penal y extradición de la Organización de los Estados Americanos (OEA) muestra que aunque el 65% de las autoridades encuestadas consideró que el producto de los hechos de corrupción se encuentra en el extranjero y el 70% de ese grupo afirmó tener sospechas acerca del lugar en el cual se encuentran los activos, el 75% nunca recuperó activos del exterior. Esos magros resultados son consistentes con la percepción de la mayoría de los funcionarios encuestados (85%) que cree que las posibilidades de éxito en la recuperación de activos son menores al 60%. Los motivos que explican tan bajas expectativas se concentraron en tres áreas: la falta de instrumentos jurídicos eficientes, la falta de entrenamiento de las autoridades encargadas de la cooperación internacional y de la justicia penal y los excesivos requisitos exigidos por los centros financieros para cooperar internacionalmente. Es notable que, aun cuando el 80% de los países encuestados había ratificado la Convención, sólo el 5% respondió haberla implementado totalmente y más de la mitad reportó que nunca la había invocado como derecho aplicable en procedimientos de asistencia jurídica (Madruga, 2008).

Más allá de algunos esfuerzos específicos, como el de Chile contra Pinochet, la práctica latinoamericana reconoce dos casos —el de Perú y el de Brasil— en los que la recuperación de activos de origen ilícito ha sido parte de una política pública, guiada desde una estructura institucional dedicada de modo exclusivo y permanente a dicha función.

Estas dos experiencias reflejan dos modelos estereotipados vinculados a contextos institucionales específicos. La experiencia peruana, llevada a cabo en el período de transición democrática inmediatamente posterior al gobierno de Fujimori, representa, del mismo modo que los casos de Filipinas contra Marcos o Nigeria contra Abacha, la estrategia del “caso emblemático”. Se trata de una estrategia destinada a producir importantes efectos simbólicos, como dividir enfáticamente las aguas entre un período *de facto* y un período *de iure*, excluir de la vida política a actores que quebraron dramáticamente el orden constitucional, y restablecer la confianza pública en el estado de derecho. La experiencia brasileña, al contrario, se desarrolla en el marco de una política criminal dirigida a enfrentar tanto los desafíos que propone reducir la criminalidad organizada como la corrupción pública. Se trata de una política que se aplica por igual a cualquier delito y que enfatiza la consolidación de una estructura de investigación y procesamiento de casos penales orientados a decomisar el producto de los delitos en general.

A. Síntesis de la experiencia peruana

La caída del régimen de Fujimori trajo consigo el desarrollo de una estructura institucional abocada a la investigación y persecución penal de la corrupción, así como a la recuperación del producto de los delitos del entorno más cercano a Fujimori y a Vladimiro Montesinos. Los esfuerzos desarrollados durante el gobierno de transición (años 2000 y 2001) y continuados durante los primeros años de la presidencia de Alejandro Toledo permitieron recuperar y repatriar de diversas

jurisdicciones —que incluyen a la Confederación Suiza, los Estados Unidos y las Islas Caimán— cerca de 175 millones de dólares, y mantener congelados más de 30 millones en Suiza, Panamá, México y Luxemburgo (Jorge, 2008). La mayor parte del dinero recuperado, perteneciente a un grupo de militares del círculo íntimo de Montesinos, corresponde a comisiones ilícitas vinculadas a un puñado de hechos (tráfico de armas y defraudaciones en obras públicas) representativos de lo que ocurrió durante los 90 en Perú.

Las reformas implementadas para obtener ese resultado incluyeron la creación de unidades específicas dentro de la Policía Nacional, del Ministerio Público, de la Procuraduría —que representa en Perú los intereses económicos del Estado— y del Poder Judicial, dedicadas con exclusividad a la investigación, persecución penal, recuperación de activos y juzgamiento de hechos de corrupción. El gobierno de transición creó una Procuraduría especial que desempeñó un rol central en la recuperación del dinero y facilitó la tarea del Ministerio Público y del Poder Judicial en obtener las evidencias necesarias para condenar a numerosos altos funcionarios del régimen, incluyendo, entre otros, a varios Ministros, militares de alto rango y la reciente e histórica condena a 25 años de prisión del ex presidente Fujimori por violaciones de derechos humanos y los futuros juicios por corrupción.

Aunque indudablemente esta experiencia ha significado un importante avance para la democracia peruana, el éxito alcanzado en esos casos de alto perfil no se ha traducido en un aprendizaje institucional importante ni parece haber consolidado una política pública en materia de recuperación de activos, como se hubiera esperado *a priori*.

La Procuraduría especial —que depende del Ministerio de Justicia— fue objeto de numerosas manipulaciones políticas desde que la administración de Toledo comenzó a enfrentar problemas de legitimidad y acusaciones de corrupción. Paulatinamente, el *staff* profesional inicial fue alejándose de la institución y fue reemplazado por personas con menos entrenamiento y mayor afinidad política. A pesar de que continúa involucrada en más de 250 casos judicializados, desde el año 2004 no se han recuperado activos adicionales. Los 30 casos en los cuales ya en 2004 existían embargos por más de 30 millones de dólares continúan pendientes y la cuenta especial establecida para preservar y administrar los fondos recuperados —el *Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado*— se encuentra prácticamente agotada.

La captura de estas instituciones continuó durante la administración de García, que actualmente enfrenta

serios problemas de legitimidad como consecuencia de un escándalo, conocido como el caso de los “petroaudios”, que implicó la renuncia de la mitad de su gabinete de Ministros. Aunque la condena contra Fujimori contrarrestó parcialmente los efectos de ese caso, las consecuencias parecen reflejarse en el aumento de popularidad de Keiko Fujimori, la hija de Alberto, que lidera las encuestas de opinión para las elecciones de 2011 con la promesa de que su primer acto de gobierno será indultar a su padre.

La experiencia peruana pareciera sugerir que el diseño institucional asociado a un “caso emblemático” difícilmente generará, si no es acompañado por otros acuerdos políticos de largo plazo, las condiciones necesarias para la generación de una cultura institucional que permita la investigación y persecución penal de los hechos de corrupción y la recuperación del provecho que estos actos generan. Al contrario, la percepción de que los gobiernos subsiguientes participan de prácticas similares en la utilización de los fondos públicos parece ser un factor importante a la hora de explicar que, a pesar de haber sido condenado judicialmente en el marco de un proceso cuya legitimidad no está en dudas, la popularidad de Fujimori continúa en aumento.

B. Síntesis de la experiencia brasileña

La experiencia de Brasil en materia de recuperación de activos ha sido sustancialmente diferente de la peruana.

En enero de 2004, un año después de la asunción de Lula como presidente, el Ministerio de Justicia creó un Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Internacional (DRCI). La creación del DRCI no estuvo vinculada a ningún caso en particular sino a la percepción de que el aumento de la coordinación interinstitucional orientada al decomiso del provecho de ciertos mercados ilícitos contribuiría a aumentar sustancialmente la legitimidad del sistema judicial y, eventualmente, a reducir esos mercados.

La competencia del DRCI es, por ello, relativamente amplia. Desde el punto de vista material, no se limita a los hechos de corrupción, sino que incluye todos los delitos precedentes del lavado de activos, especialmente los asociados con la criminalidad organizada. Desde el punto de vista funcional, combina responsabilidades técnicas, como la de actuar como autoridad central para la cooperación internacional en materia penal, con funciones de definición y coordinación en la implementación de políticas, como la responsabilidad de coordinar la implementación de la Estrategia Nacional de Combate al Lavado de Dinero (ENCLA), que anualmente consensúan 29 organismos de los Poderes

Ejecutivo, Legislativo, Judicial y el Ministerio Público, a nivel federal, y algunas agencias provinciales.

Desde su creación, el DCRI ha sido un actor clave en la coordinación de políticas que han permitido aumentar la eficiencia de la investigación de delitos complejos en Brasil.

En el ámbito local, la estrategia se ha centrado, por una parte, en aumentar la disponibilidad de información automatizada para los órganos de investigación. De este modo, ha logrado interconectar diferentes bases de datos (financieras, fiscales, policiales, registrales, judiciales, etc.) y hacerlas accesibles a miembros del Ministerio Público y otros órganos de investigación penal. Ello ha resultado en un significativo aumento de la eficiencia en la investigación de delitos financieros, en el rastreo del producto de delitos cometidos con fines de lucro y en la eficiencia en el sistema de incautación de bienes. Por otra parte, ENCLA también ha promovido la discusión e impactado en la modificación de las reglas sobre registro y funcionamiento de los vehículos corporativos registrados en centros financieros *offshore*, los mecanismos de corrimiento del velo societario y las reglas sobre levantamiento del secreto bancario (Rocha Machado, 2006).

A diferencia del caso peruano, en el que el dinero recobrado ha sido aplicado, inclusive, a gastos corrientes —lo que contribuyó a su agotamiento— Brasil ha creado el Registro Nacional de Bienes Incautados, encargado tanto del registro de bienes incautados en la jurisdicción federal y estadual, como de su manutención con miras a evitar la depreciación de su valor durante el transcurso del proceso judicial, un problema de proporciones en la región, debido a la extensa duración de los procesos penales seguidos por hechos complejos.

En el plano internacional, el DRCI contribuyó a optimizar un arcaico sistema de asistencia jurídica internacional, que permitió la incautación de un promedio de 500 millones de dólares en sus primeros 4 años de trabajo. A diferencia de la experiencia peruana, donde gran parte del dinero recuperado del exterior estuvo vinculado a un puñado de casos en los cuales Vladimiro Montesinos o sus asociados más cercanos estaban implicados, en Brasil la cantidad de casos es sustancialmente mayor, los montos involucrados menores y prácticamente ninguno de ellos ha contado con un especial apoyo de la comunidad internacional.

Los progresos en materia de investigación local e internacional logrados a partir de las iniciativas del DRCI, como parte de la ENCLA, han sido de vital importancia para el esclarecimiento de casos de alto impacto político local, como el escándalo conocido como “mensalão”. Gracias a los sistemas de información

disponibles para el rastreo de fondos, en pocos meses de investigación, la unidad de investigación financiera de Brasil (COAF) pudo detectar la relación de movimientos financieros que permitió al Procurador General de la República requerir, y al Superior Tribunal Federal de Justicia aceptar, en agosto de 2007, el procesamiento de 40 personas, incluyendo a las más altas autoridades del actual partido de gobierno. La investigación del caso puso al descubierto, primero, un esquema de compra de votos en el congreso federal y, posteriormente, un sistema de financiación ilegal del partido de gobierno, que venía funcionando desde hacía más de 10 años. Como es sabido, el caso originó serias discusiones sobre la financiación de la política en Brasil y hasta puso en peligro la presidencia del senado, que fue cuestionada por miembros del propio Partido de los Trabajadores.

Aunque el esclarecimiento judicial de un hecho de corrupción política que involucra a altos funcionarios depende del grado de independencia de las agencias involucradas en la investigación y de la voluntad política de esclarecerlo, la experiencia brasileña parece sugerir que un enfoque sistémico consistente en orientar la persecución penal hacia el decomiso del producto del delito permite crear las capacidades necesarias para que, en caso de que tales condiciones estén presentes, exista la posibilidad de obtener un resultado adecuado y oportuno.

C. Lecciones para Argentina

En nuestro país, aunque durante la última década la cuestión de contrarrestar el fenómeno de la corrupción ganó algo de visibilidad social, los progresos para reducirla han sido, en el mejor de los casos, modestos.

Con 25 años de continuidad institucional democrática cumplidos, los esfuerzos realizados para transparentar la financiación de la política, para contar con controles confiables que monitoreen la utilización de recursos públicos y para desarrollar la infraestructura institucional necesaria para sancionar los delitos de corrupción, no han pasado de gestos aislados, que usualmente respondieron a alguna coyuntura política y que, sistemáticamente, sucumbieron frente a la necesidad de negociar otras prioridades.

En materia de recuperación de activos no ha habido, hasta el momento, ninguna política institucional específica. Así lo atestigua el hecho de que el decomiso de un bien inmueble de una ex funcionaria pública, ubicado en misma jurisdicción del tribunal que la ha condenado por enriquecimiento ilícito hace ya más de cinco años, es una noticia que todos los medios de

comunicación de circulación nacional han calificado como el primer episodio de esta naturaleza.

La cultura política argentina, en la que la investigación de la corrupción ha sido sistemáticamente parte de los “acuerdos de gobernabilidad”, parece difícil de conciliar con la estrategia del “caso emblemático” que busque el efecto simbólico de dividir las aguas entre el pasado y el futuro, como ha sido, con muchísimo más éxito, el Juicio a las Juntas Militares en 1985. A pesar de que la ciudadanía argentina reconoce que la corrupción es uno de los problemas sociales más serios, ello no se traduce en una coalición política que permita implementar una estrategia de este tipo y sostenerla en el tiempo.

Al contrario, con la actual distribución de fuerzas políticas, el desafío de la construcción institucional argentina debería pasar por consensos que, a través de casos específicos –probablemente menos espectaculares en términos económicos y políticos– permitan correr la frontera de las prácticas toleradas en el control del uso de los recursos públicos, de las contrataciones del Estado, de la financiación de la política y de la acumulación de riquezas indebidas.

La lección más interesante que podemos extraer de la comparación entre las experiencias de Perú y Brasil para nuestro país, es que si bien un caso emblemático

puede funcionar como catalizador para comenzar el proceso, orientar la persecución penal hacia el decomiso del producto del delito no sólo requiere la construcción de una infraestructura institucional capacitada para hacerlo sino de una cultura política preparada para enfrentar los efectos de transparentar los flujos de dinero que atraviesan la política y los negocios.

Del mismo modo que Brasil, Argentina ha creado en el ámbito del Ministerio de Justicia un organismo coordinador de las políticas de lavado de dinero. Su principal función es implementar la Agenda Nacional contra el Lavado de Activos, una serie de metas establecidas por el decreto 1125/07 como necesarias para optimizar el funcionamiento del sistema de prevención y represión del lavado de dinero.

Como veremos en la Sección que sigue, la recuperación de activos no ha sido, hasta el momento, un tema prioritario en la agenda de ninguna administración. Sin embargo, es innegable que, aunque modestos, los esfuerzos de este organismo coordinador, de la UIF, del Banco Central, de los sujetos obligados y, más recientemente, del Ministerio Público, están generando una base mínima de capacidades que facilitará el proceso en el momento en que exista la voluntad de ponerlo en marcha.

Universidad de
San Andrés

4. La Recuperación de Activos en la Argentina

A. Prevención de Transferencias del Producto del Delito

A.1. Estándares internacionales

Los sistemas para prevenir el lavado de dinero han sido creados para detectar transacciones con dinero originado en delitos que involucran la producción de bienes o servicios que están fuera del comercio legítimo y que generan “mercados” en los que esos bienes o servicios prohibidos son intercambiados —drogas, armas, órganos humanos, servicios de migración ilegal, servicios de explotación sexual transnacional, etc.—.

Dado que la estructura de estas transacciones es básicamente consensual —consisten en intercambios voluntarios entre productores, transportistas, vendedores a distintas escalas y consumidores finales, que no generan víctimas concretas— uno de los principales retos para detectar estos intercambios ha sido la creación de ámbitos específicos que reemplacen el rol que las víctimas desarrollan en los delitos comunes, es decir, poner en conocimiento del hecho a las autoridades para que puedan comenzar una investigación (Naylor, 2004).

Para ello, los intermediarios financieros, algunas profesiones liberales y determinadas industrias, han sido obligados a organizar sus negocios de modo de posibilitar la detección de transacciones que despierten sospechas sobre la licitud del origen del dinero involucrado y de reportar tales sospechas a las autoridades designadas para confirmarlas o descartarlas. Se espera que, incentivados por preservar su reputación

y por minimizar los riesgos legales y comerciales asociados, estos “sujetos obligados”, en su mayoría intermediarios financieros, establezcan procedimientos internos que les permitan conocer a sus clientes, monitorear la actividad transaccional de aquellos que presenten determinados riesgos y mantener registros de las operaciones que realizan durante un cierto lapso que permita, llegado el caso, que sean requeridas como evidencia en los procesos penales sustanciados como consecuencia de las transacciones detectadas.

Originalmente, los esfuerzos preventivos se concentraron en el momento de la *colocación* del dinero ilícito en el sistema financiero. Cuando el narcotráfico era el único delito antecedente del lavado de activos, el momento en que el dinero en efectivo ingresaba al sistema financiero era visto como la mejor oportunidad para detectar su origen porque, en muchas ocasiones, se trataba de billetes de baja denominación, producto de la venta minorista de drogas en busca de su primer transformación en algún instrumento financiero o en algún título que permitiera invertirlo o transferirlo a otra jurisdicción. Esta regla, sin embargo, no es aplicable al funcionamiento de aquellos mercados ilícitos que no operan al menudeo o, por lo menos no necesariamente, con grandes cantidades de efectivo.

En el caso de delitos de corrupción, los flujos del dinero ilícito, sea que se originen en el erario público —por ejemplo, en casos de malversación de caudales públicos o administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública— o en el sector privado —por ejemplo, a través de cohecho, tráfico de influencias, exacciones ilegales— usualmente ya están dentro del sistema financiero, sea bancario o de otros productos.

Los estudios de casos muestran que el mecanismo más frecuente es la utilización de cuentas de vehículos corporativos en centros financieros *offshore* (Pieth y Aiolfi, 2002; Gordon, 2009).

Por esta razón, las regulaciones dirigidas a prevenir y detectar eventuales instancias de corrupción pública se concentran tanto en los movimientos de las llamadas “personas expuestas políticamente” (en adelante “PEPs”), como en las transacciones a distancia (especialmente cuando provienen de países de baja tributación) y en las cuentas de *alto valor*, como llama la Convención a las operaciones de la banca privada o banca *premium*.

Desde el punto de vista del rol de los sujetos obligados, el sistema de prevención atraviesa actualmente un giro conceptual importante. Cuando el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante “GAFI”) definió en 1990 sus obligaciones, utilizó un modelo basado en la identificación formal del *cliente inmediato*, el aumento de los deberes de diligencia frente a *transacciones inusuales* o carentes de sentido económico aparente, el *reporte voluntario* de tales operaciones y la *conservación de la información* sobre las transacciones durante un lapso que permitiera que fueran requeridas por los órganos de la justicia penal.

Este modelo, usualmente denominado *normativo*, fue resistido por las industrias obligadas, que reaccionaron contra los elevados costos de implementación que acarrearía su aplicación uniforme a todos los clientes, sin distinción de los niveles de riesgo que cada uno pudiera implicar. Con ese argumento, influyeron para modificar el sistema por uno *basado en el riesgo*, que quedó plasmado en la versión 2003 de las 40 Recomendaciones del GAFI y que, paulatinamente, están adoptando los reguladores domésticos alrededor del mundo.

Esta concepción permite a los sujetos obligados —que siguen usualmente las guías elaboradas por los supervisores o las UIFs— establecer categorías de riesgo y disminuir la diligencia (y los costos de implementación) cuando los clientes presentan bajos riesgos, como por ejemplo, las transacciones de compañías que cotizan en mercados de valores, que son monitoreadas por otros actores de la economía. Pero los obliga a aumentarla cuando se presenta un *factor de riesgo*. Además de algunos factores de riesgo predeterminados, el aumento de diligencia requiere conocer el *perfil* del cliente con la profundidad suficiente para comparar sus transacciones habituales con una aparentemente riesgosa. El origen de los activos en cuestión, su destino y las razones económicas que justifican la transacción constituyen la información básica que un sujeto obligado debe coleccionar cuando se presenta un indicador de riesgo. Este ejercicio debe continuar hasta que el sujeto obligado o bien esté

satisfecho con la información colectada —caso en el cual actualizará el perfil de su cliente— o bien, si las dudas persisten, reporte la transacción como sospechosa.

El nuevo enfoque involucra a los sujetos obligados en la definición de riesgos y, en muchas instancias, les transfiere una parte importante de la responsabilidad de manejarlos adecuadamente. Bajo el presupuesto de que los sujetos obligados son quienes están en mejor posición de defender su negocio de situaciones riesgosas, este enfoque amplía su margen de maniobra para decidir cuáles son las mejores medidas defensivas para minimizar determinados riesgos (Pieth y Aiolfi, 2004).

El nuevo enfoque involucra a los sujetos obligados en la definición de riesgos y, en muchas instancias, les transfiere una parte importante de la responsabilidad de manejarlos adecuadamente

Pero este enfoque exige, como correlato, una estrategia de supervisión basada en una relación fluida entre los sujetos obligados y los supervisores que —a través de la elaboración de guías, de inspecciones, de la aplicación de medidas correctivas y de la aplicación de sanciones por incumplimiento— genere una estructura de incentivos adecuada para que los sujetos obligados cumplan sus obligaciones.

Un modelo basado en el riesgo requiere una estrategia de supervisión de los sujetos obligados que aliente la cooperación entre estos y genere una estructura de incentivos adecuada para que se sientan compelidos a cumplir con sus deberes.

La construcción de esta relación no es un camino sencillo. La cooperación entre el sector público y el sector privado en la implementación de políticas públicas es una característica más propia de las democracias de mercado más estables que de los países en desarrollo, donde la confrontación y la desconfianza predomina por sobre la cooperación. Pero aún las democracias maduras encuentran serias dificultades para involucrar al sector privado en las políticas asociadas a la reducción del delito que, históricamente, ha sido una responsabilidad exclusiva del Estado.

Este es el contexto en el cual se han definido los estándares adoptados por la Convención —entre muchos otros acuerdos internacionales que siguen la misma dirección— y en el cual, dentro del margen de soberanía reservado a cada Estado, la Argentina debe construir su política para prevenir y detectar las transferencias del producto de estos delitos.

Concretamente, de acuerdo a la Convención — que se nutre de los desarrollos previos en el ámbito del GAFI— los Estados deben establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, utilizando como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales (art. 14).

Este régimen requiere que las instituciones financieras identifiquen a los clientes directos y a los beneficiarios finales de cada transacción, además de intensificar el escrutinio frente a cuentas de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes, las de sus familiares y asociados cercanos. El escrutinio debe ser estructurado de modo que permita a las entidades obligadas identificar las transacciones sospechosas, informarlas a las autoridades competentes, y conservar registros de las transacciones para que estén disponibles en caso de ser requeridas como evidencia en un proceso penal (art. 52).

A fin de facilitar la aplicación de estas medidas, el art. 52 requiere que cada Estado Parte *imparta directrices* sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros respecto de ellas; y notifique, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.

El mismo artículo requiere que los Estados Parte adopten medidas *apropiadas y eficaces* para *impedir el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación* (“bancos cáscara”). Además, requiere que los Estados Parte consideren la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que *se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales*, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas en bancos cáscara.

También exige que los Estados Parte consideren la posibilidad de establecer sistemas de declaraciones juradas de bienes (en adelante DDJJ) para los funcionarios públicos y adoptar las medidas que sean necesarias para *permitir que sus autoridades competentes*

compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Finalmente, el artículo 52 requiere que los Estados Parte consideren la posibilidad de adoptar medidas para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta.

En el apartado que sigue, examinaremos el grado de implementación de estas medidas en Argentina.

A.2. El sistema de prevención y detección en la Argentina

En la última década, la Argentina dio respuesta a las exigencias de la Convención, al establecer, al menos formalmente, un sistema comprehensivo para prevenir y detectar transacciones realizadas con dinero de origen delictivo.

La Ley 25.246 creó la UIF y definió las instituciones del sector público y privado que se encuentran sujetas a las obligaciones de identificación de clientes, conservación de información y reporte de operaciones sospechosas (art. 20), sobre la base de las pautas, modalidades, oportunidades y límites que fije dicho organismo.

La ley sólo estableció de manera general qué información deben recabar y conservar los sujetos obligados, y qué operaciones deben ser consideradas sospechosas (art. 21), y delegó en la UIF del poder de exponer orientación adicional detallada (art. 14 inc. 10).

El modelo por el que se optó es de tipo semi-descentralizado. Los sujetos obligados que ya contaban con un ente supervisor continúan siendo supervisados y regulados por éstos, excepto con relación a la obligación de reportar operaciones sospechosas, que es regulada, supervisada y sancionada por la UIF, de acuerdo con la interpretación actual de la Ley 25.246.

Así, las entidades financieras y cambiarias comprendidas en la Ley de Entidades Financieras —bancos, compañías financieras, sociedades de ahorro, cajas de crédito, etc.— son supervisadas por el Banco Central (en adelante “BCRA”); quienes intermedian en el mercado de valores —agentes y sociedades de bolsa y otros intermediarios en la compraventa de títulos valores—, por la Comisión Nacional de Valores (en adelante “CNV”) y en el mercado asegurador, por la Superintendencia de Seguros de la Nación (en adelante “SSN”). Cada uno de estos organismos puede aplicar sanciones a las entidades que

supervisa en los términos establecidos por sus respectivas leyes de aplicación y en relación con las obligaciones no relacionadas con el reporte de operaciones sospechosas.

Los restantes sujetos obligados no tienen, hasta el momento, supervisión específica. En el mejor de los casos, los organismos u asociaciones profesionales encargados de la vigilancia de la conducta ética de sus miembros (Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Colegios de Escribanos, Lotería Nacional, etc.) estimulan el cumplimiento de las reglas de prevención.

La UIF también ejerce, sobre todos los sujetos obligados, el poder de sancionar el incumplimiento de la obligación genérica de informar —usualmente caracterizada como omisión de reportar operaciones sospechosas (arts. 14, inc. 8 y 23)— para lo cual ha dictado un procedimiento sumarial específico (UIF, 10/2003).

Argentina también ha avanzado en el establecimiento de parámetros de riesgo, hasta la fecha, para el sector financiero y cambiario (UIF, 2/2007; BCRA, 2007), mercado de capitales (UIF, 152/2008), seguros (UIF, 50/2008), para la CNV (UIF, 281/2008) y para las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (UIF, 282/2008), hoy estatizadas.

La UIF, a través de distintas resoluciones, ha establecido una guía para identificar operaciones inusuales o sospechosas; ha establecido reglas relativas a la identificación —no verificación— del cliente y de las medidas apropiadas para conocer a los beneficiarios finales de la transacción; ha fijado el plazo para la conservación de registros y las condiciones y términos para que los sujetos obligados analicen y reporten las operaciones sospechosas. También el BCRA, a través de circulares, ha sentado parámetros que vinculan a los sujetos regidos por la Ley de Entidades Financieras. Luego de algunos años de desavenencias inter-institucionales, a partir del año 2007, la UIF y el BCRA han homogeneizado la normativa que afecta al sector financiero y cambiario.

En las directivas más recientes dirigidas a las entidades financieras, además, se aprecia el paulatino abandono de un modelo puramente normativo y el avance hacia uno basado en el riesgo. Ellas establecen deberes de escrutinio intensificado en casos de presunta actuación por cuenta ajena, vehículos corporativos, fideicomisos, transacciones a distancia, PEPs y transferencias electrónicas (UIF, 2007; BCRA, 2007; UIF, 228/2007). Respecto a los demás sujetos obligados —remisores de fondos, obras de arte, antigüedades, joyas y piedras preciosas; organizadores de juegos de azar; profesionales de ciencias económicas y escribanos—, en cambio, hasta el momento se mantiene el enfoque normativo original, aunque es altamente probable que, paulatinamente el enfoque

basado en el riesgo sea expandido, también, a estos grupos de sujetos obligados.

Si bien la inclusión de PEPs como un factor específico de riesgo ha significado un importante avance, especialmente porque el BCRA adoptó un criterio amplio en su definición (ver Comunicación “A” 4928), su implementación, hasta el momento, ha sido obstaculizada por los sujetos obligados afectados quienes requirieron que los supervisores pusieran a su disposición un listado de PEPs para facilitar la tarea de identificarlos y así poder someter sus transacciones al nivel de escrutinio elevado que la normativa requiere. En la mayoría de los países que han implementado este estándar, la elaboración del listado de PEPs corre por cuenta del sector privado. De hecho, la elaboración de un listado oficial parece inconsistente con la transferencia de responsabilidad que implica un sistema basado en el riesgo. Sin embargo, la respuesta en Argentina ha sido posponer la implementación de la norma. Tratándose de un estándar vital para detectar hechos de corrupción pública sería deseable que la norma fuera implementada lo antes posible.

La Argentina también cuenta con reglas orientadas a impedir el establecimiento de *shell banks* o bancos cáscara. Además de los requisitos mínimos para obtener una autorización para operar en el mercado financiero argentino que establece la Ley de Entidades Financieras en su art. 13, el BCRA ha regulado el funcionamiento de las oficinas de representación de las entidades financieras extranjeras, que requiere, entre otros, la memoria y el balance general de los dos últimos ejercicios y la certificación de que ésta se encuentra autorizada por las leyes y autoridades del país de origen para actuar como intermediario financiero (BCRA, 1994).

Finalmente, más allá de las mencionadas facultades para establecer parámetros e impartir directivas, la UIF centraliza la recepción de los reportes de operaciones sospechosas (en adelante “ROS”), analiza su contenido y provee informes al Ministerio Público en aquellos casos en los que las sospechas de los sujetos obligados aumentan o son confirmadas.

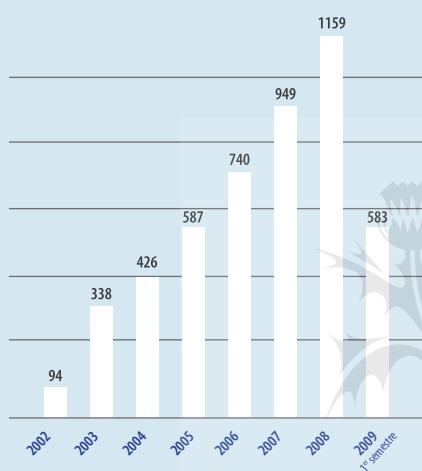
La UIF recibe reportes de parte de los sujetos obligados (ROS), e informes de otras fuentes (en adelante IOF), tales como declaraciones voluntarias (colaboraciones) y denuncias de sujetos no comprendidos en el deber de informar.

Las estadísticas de la UIF muestran que más del 90% de la información que recibe proviene de ROS enviados por el sector financiero y cambiario, preponderantemente del sector privado (75%). De este modo, de acuerdo a las estadísticas actualizadas a junio de 2009, sobre 4876 ROS totales, 3891

proviene del sector financiero y cambiario. A la vez, del total de los ROS, 3669 provienen del sector privado y 1207 del sector público.

Desde la creación de la UIF, la cantidad de ROS recibidos ha aumentado a un ritmo continuo. En los últimos 4 años, han aumentado en más del 20% con respecto al año anterior, lo que sugiere que los sujetos obligados han ido incorporando las obligaciones de prevención a sus rutinas.

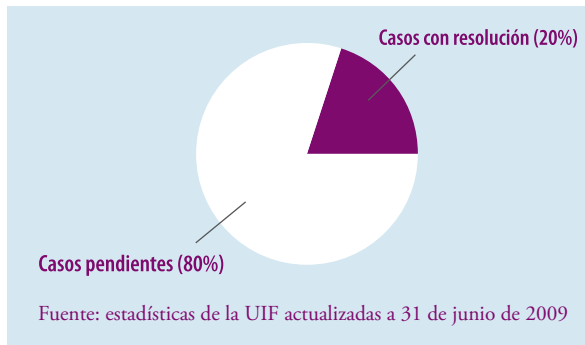
Gráfico 1: Evolución anual de los ROS recibidos por la UIF



Fuente: estadísticas de la UIF actualizadas al 30 de junio de 2009

Más allá del destino de los reportes, que será analizado en el capítulo siguiente, es oportuno señalar aquí la importancia de que la UIF analice los ROS en tiempo oportuno. Ello es de vital importancia para un sistema orientado al decomiso de bienes porque cuanto más cerca del momento en que la transacción es realizada pueda la UIF efectuar su análisis, mayores serán las probabilidades de localizar, incautar y decomisar los bienes relacionados. De otro modo, el sistema se limita a coleccionar evidencias sobre transacciones pasadas, útiles probablemente para obtener una condena, pero inútiles para decomisar bienes si ellos no son inmovilizados oportunamente.

A pesar de que la gestión que comenzó en 2007 ha duplicado el desempeño de la gestión anterior, la proporción de ROS que la UIF logra analizar no alcanza al 20% del total recibido (de un total de ROS recibidos a junio de 2009, 998 han sido resueltos y 3878 son casos pendientes). Gracias al aumento de personal y recursos informáticos destinados al análisis de ROS, actualmente la tasa de aumento de resoluciones (80% respecto del año anterior) cuadruplica la tasa de aumento de los ROS (20% respecto del año anterior), lo que sugiere que la brecha continuará disminuyendo.



Además del esfuerzo destinado a reducir la demora en el análisis de ROS, la UIF podría adoptar medidas destinadas a crear incentivos para mejorar su calidad. En todos los sistemas preventivos, los sujetos obligados tienden a adoptar una actitud defensiva, es decir, a reportar prácticamente cualquier caso sospechoso, aunque no existan sospechas concretas de que la procedencia del dinero es ilícita o, inclusive, aunque la experiencia de la entidad reportante indique que no existen sospechas al respecto. Si la actitud defensiva es adoptada colectivamente, aumentan las chances de que bloqueen las capacidades de la UIF.

Si los sujetos obligados reportan defensivamente de manera colectiva, aumentan las posibilidades de que bloqueen las capacidades de la UIF

Frente a esta situación, muchas UIFs han optado por concentrarse en aumentar la calidad de los ROS, no solamente a través de programas de entrenamiento sino, más eficazmente, a través de sistemas de retroalimentación con los sujetos obligados y procesos que midan su calidad (UIAF, 2005 y 2006).

Una parte importante de este proceso es la imposición de sanciones dirigidas a reorientar la conducta de los sujetos obligados frente a comportamientos que obstaculicen el funcionamiento del sistema. El más común, sobre todo al inicio, es la omisión de reportar operaciones sospechosas. Sin embargo, existen otros comportamientos que merecen ser sancionados por los efectos que provocan, como por ejemplo, los intentos de bloqueo de la institución a través de reportes masivos pero insustanciales al tiempo que se omite reportar operaciones evidentemente sospechosas. A pesar de que la UIF detenta el poder sancionatorio, hasta el momento no lo ha ejercido.

Algunos observadores entrevistados sugirieron que, cuando el sistema fue puesto en marcha, la legitimidad de la UIF era tan débil que la aplicación de sanciones podría haber tenido efectos contraproducentes para la construcción del sistema. Otros mencionaron que, al carecer de facultades para *inspeccionar* a los sujetos

obligados, la UIF depende de las actividades de inspección que ejerzan el BCRA, la CNV y la SSN respecto de aquéllos sometidos a su supervisión y de la posibilidad de que estos organismos, en ejercicio de sus potestades de vigilancia, adviertan la existencia de omisiones de reportar y lo comuniquen a la UIF para que, a su vez, esta ejerza sus prerrogativas sancionatorias.

En el caso de la supervisión en cabeza del BCRA, sin embargo, este argumento no es consistente con el hecho de que el BCRA también es un sujeto obligado y, en tal carácter, reporta transacciones sospechosas realizadas en otras entidades del sistema, de las que toma conocimiento precisamente durante el ejercicio de sus facultades de supervisión. Hasta junio de 2009, el BCRA había reportado 234 ROS, la mayoría de los cuales se refieren, presumiblemente, a transacciones realizadas en otras entidades financieras. Sin embargo, hasta el momento, ello no ha originado la aplicación de sanciones por parte de la UIF.

Es altamente probable que los reportes del BCRA aumenten significativamente en el curso del corriente año como consecuencia del nuevo sistema de inspección implementado por la Gerencia Principal de Análisis y Seguimiento de Operaciones Especiales a partir de fines de 2008. Entre 2002 y 2008, la supervisión que el BCRA ejercía en materia de prevención de lavado de dinero era un capítulo más de la supervisión prudencial a la cual regularmente son sometidas las instituciones financieras y cambiarias del país. Los resultados de esta política, además de los ROS mencionados en el párrafo anterior, se redujeron a unos pocos sumarios administrativos que, en más de 6 años, aplicaron multas por un total de alrededor de \$5.000.000, la mayoría de los cuales aún no están firmes.

A partir del último trimestre de 2008, sin embargo, el BCRA designó un cuerpo de más de 15 auditores especialmente capacitados en prevención de lavado de dinero cuya función es controlar, a través de inspecciones específicas, el cumplimiento de las disposiciones emitidas por el BCRA en materia de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

Respecto de la SSN y en la CNV, en cambio, si bien ambas cuentan en la actualidad con dependencias específicamente dedicadas a la materia —en la primera existe la Unidad Anti-lavado (UASSN), con competencia para “realizar, recabar, recibir, solicitar, [y] analizar” información relativa a la aplicación de la Ley 25.246; la CNV ha incorporado dentro de su estructura organizacional a la Subgerencia de Prevención del Lavado de Dinero—, la escasa cantidad de ROS provenientes de estos organismos y del sector de la economía que estos controlan (sobre un total de 4876 ROS, sólo 15 provienen de la SSN y 35 del sector seguros; de ese

mismo total, solamente 26 provienen de la CNV y apenas 22 de Sociedades de Bolsa) parece indicar que, como ocurre en muchos otros países, resulta necesario diseñar acciones específicas para aumentar el control sobre estas actividades.

A.3. Recomendaciones

En términos generales, la Argentina ha establecido formalmente las bases de un sistema preventivo que, en consonancia con la tendencia internacional del derecho prudencial bancario, se orienta gradualmente hacia la adopción de un modelo basado en el riesgo. Sin embargo, a juzgar por los resultados obtenidos a casi ocho años de su entrada en vigencia, las reglas formales no han sido implementadas adecuadamente.

Definitivamente, disciplinar el mercado financiero y algunas profesiones para que colaboren en la prevención y detección de delitos no es una tarea sencilla. En un país con altos índices de inestabilidad macroeconómica, con reiterados episodios de fugas masivas de capitales y con altos porcentajes de evasión impositiva, el mercado financiero y los servicios profesionales asociados están familiarizados con prácticas que, en muchos casos, son las mismas que se utilizan para canalizar el producto de delitos graves. Desterrar una práctica que cumple varias funciones requiere esfuerzos adicionales, sobretodo cuando algunas de ellas constituyen una parte importante del negocio financiero.

La Argentina ha adoptado un enfoque según el cual todos los delitos son precedentes del lavado de activos. En consecuencia, los sujetos obligados fueron conminados a reportar operaciones que, hasta poco tiempo atrás, no eran asociaban con delitos graves sino con prácticas relacionadas con la inestabilidad macroeconómica y con su actuación profesional diaria. La presión para eliminar los asuntos tributarios como delitos precedentes del lavado de dinero es una muestra de la incomodidad que el sistema provocó al respecto.

Aunque el punto merece un análisis específico, hay que reconocer que, en muchos otros países, la coyuntura permitió un proceso más gradual: durante algunos años el sistema sólo fue aplicado a transacciones relacionadas con el narcotráfico, lo que permitió un afianzamiento de las relaciones interinstitucionales y público-privadas implicadas en el nuevo sistema. En nuestro país, en cambio, una parte importante del sector privado fue conminado a colaborar con la detección de todos los delitos que generan ganancias y tal conminación no ha sido acompañada, como veremos a continuación, de esfuerzos tendientes a disciplinar las naturales resistencias que generó.

La premisa básica de un sistema preventivo basado en el riesgo es que los sujetos obligados son quienes se encuentran en mejor posición para advertir —en el sentido de “notar”, pero también en el de “dar noticia”— cuándo una operación debe ser considerada sospechosa.

Sin embargo, para que los sujetos obligados orienten su conducta y organicen sus negocios en el sentido que pretende la regulación, es necesario, en primer lugar, que perciban que el costo del cumplimiento con la regulación es menor que los costos asociados con su incumplimiento. Tales costos pueden tener su origen en asuntos legales (sanciones, costos de litigio, abogados, etc.), o estar asociados con la pérdida de reputación en negocios que se basan en la confianza del público —como el mercado bancario o muchos productos financieros— cuya magnitud depende, en gran medida, de la difusión del caso.

Una parte importante de esta evaluación de riesgos está basada en la percepción que los sujetos obligados tengan de las políticas que aplican sus reguladores, sus conocimientos sobre los mercados regulados y en la voluntad y capacidad real de sancionar a aquellos sujetos obligados que no cumplan con la regulación.

La incorporación de la UIF al espectro institucional argentino no ha sido sencilla en ninguno de estos aspectos. Su imagen inicial fue la de una agencia creada “para cumplir” con el GAFI, imagen que se reflejó en las reacciones de sus interlocutores, tanto privados como públicos. En sus primeros años de vida, no solamente tuvo que lidiar con varios grupos de sujetos obligados —que el sistema propone como sus aliados en la transmisión de información— que veían con desconfianza el nacimiento de un organismo con acceso prácticamente irrestricto a la información financiera, sino inclusive con algunos de sus pares institucionales, que en ciertos casos veían potencialmente amenazadas algunas de sus competencias exclusivas. A juzgar por las partidas presupuestarias y los recursos humanos asignados al nuevo organismo, estos problemas debieron ser enfrentados sin demasiado apoyo del Poder Ejecutivo.

Con el correr de los años, la UIF resolvió paulatinamente algunas de las resistencias iniciales que obstaculizaban su funcionamiento. Para muchos observadores, tanto del sector público como del sector privado, ello ha ocurrido a costa de un pronunciado desgaste institucional que implicó, en los hechos, resignar un rol prominente en la detección de delitos graves y ocupar un rol más bien pasivo y, fundamentalmente, inocuo.

El apoyo político que recibe, traducido en recursos humanos y presupuesto, no contradice esta percepción. A pesar de que la nómina de recursos humanos ha aumentado en más de un 40% desde su creación, el

90% de su presupuesto, que en 2008 apenas superó los \$5,3 millones, continúa asignado a pagar el salario de sus, actualmente, 70 funcionarios (UIF Informe Anual, 2008). Ello da cuenta de que la capacidad de investigación del organismo se limita al cruce de información contenida en la bases de datos a las que paulatinamente va logrando acceso.

Con la sanción de la Ley 26.119 en julio de 2006, el Congreso Nacional reemplazó el cuerpo colegiado —compuesto por miembros pertenecientes a diferentes instituciones— que gobernaba a la UIF originalmente, por un Presidente designado por el Poder Ejecutivo, a instancias del Ministerio de Justicia, de donde depende la UIF, sin perjuicio de su autarquía funcional. El Presidente de la UIF dura 4 años, designación que puede ser renovada indefinidamente. La ley no establece un sistema específico de remoción, por lo que puede ser removido directamente por el Poder Ejecutivo.

Existen buenas razones para creer que la dependencia del Poder Ejecutivo desincentiva a los sujetos obligados a reportar transacciones que involucren a miembros o a personas asociadas o percibidas como asociadas al Poder Ejecutivo, ya que razonablemente podrían pensar que, más allá de la autarquía funcional de la UIF y de la indemnidad que otorga la ley contra el lavado de dinero (art. 18), tales reportes podrían originar represalias informales.

Además de su independencia formal y real, la legitimidad del organismo también depende de la relación que construya con los sujetos obligados, de la calidad de la regulación —en cuanto al conocimiento del mercado, la evaluación de las opciones disponibles, la distribución de responsabilidades, el nivel de consulta y participación de los afectados o de grupos interesados en su elaboración— y del modo en el que exige su cumplimiento y aplica las sanciones por su incumplimiento —los recursos disponibles, la proporcionalidad, la frecuencia y no discriminación en la aplicación de las sanciones—. Nos referiremos brevemente a estos aspectos a continuación.

3.1. La calidad de la regulación

Una de las facultades principales de la UIF es guiar la conducta de los sujetos obligados a prevenir el lavado de dinero y a reportar las operaciones sospechosas. La herramienta más importante para ello es su facultad de impartir directivas de cumplimiento obligatorio para cada grupo de sujetos obligados. En sus primeros años, las resoluciones dictadas por la UIF no resultaron un instrumento idóneo para guiar la conducta de los sujetos, por diferentes razones.

En el caso de los sujetos que ya contaban con otros órganos de supervisión, porque las resoluciones no eran homogéneas con las dictadas por los otros supervisores, lo que generaba a veces contradicciones y a veces, duplicaciones innecesarias. En el caso de otros grupos de sujetos obligados, las regulaciones, a veces adaptadas de los lineamientos más generales dictados por organismos internacionales, no alcanzaban a capturar las sutilezas con las que opera cada mercado en particular en la Argentina, lo que generaba en algunos casos obligaciones de imposible cumplimiento, costos hundidos que no contribuían ni a prevenir ni a detectar operaciones sospechosas. El aparente desconocimiento de los mercados regulados es un factor que impacta negativamente en la legitimidad del organismo.

A partir de 2007 se aprecia un aumento de la coordinación entre las directivas de la UIF y los supervisores específicos (BCRA, CNV y SSN) que, luego de varios años de incoherentes superposiciones, han comenzado a homogeneizar las directivas y resoluciones dirigidas a los sujetos obligados, en consonancia con las recomendaciones formuladas por la evaluación mutua de GAFI-GAFISUD de 2004.

A pesar de la homogenización regulatoria adoptada en 2007, no es claro que exista un mecanismo que garantice la homogenización de regulaciones futuras. En materia de PEPs, por ejemplo, el BCRA ha impuesto recientemente a las entidades financieras obligaciones de identificación respecto de un amplio grupo de personas, lo que incluye funcionarios públicos (y quienes hayan desempeñado funciones en los últimos dos años) nacionales, provinciales y municipales, de los distintos poderes del Estado, y funcionarios y ex funcionarios extranjeros, y sus cónyuges y personas relacionadas (BCRA, 2009). La UIF en cambio, no ha actualizado su última resolución en relación con este sector y continúa, a la fecha de este documento, imponiendo tales deberes respecto de los sujetos que cumplan las funciones o cargos enumerados en el artículo 5 de la Ley 25.188, es decir, un conjunto de funcionarios nacionales del gobierno federal, y la obligación rige únicamente respecto de sus cuentas personales (UIF, 282/2007).

Por otra parte, en relación con la implementación de un enfoque preventivo basado en el riesgo, las resoluciones de la UIF no son del todo consistentes con el modelo. Por ejemplo, en materia de conservación de registros, pese a que la UIF ha establecido un plazo genérico de cinco años para la conservación de registros de todas las cuentas y transacciones (UIF, 2/2007, Anexo I, Parte III, Conservación de la Documentación), las diversas resoluciones en las que se establecen las condiciones de cumplimiento de la obligación de reportar operaciones

sospechosas no distinguen, a los efectos de la conservación de la documentación relativa a clientes y transacciones, entre los distintos tipos de clientes en función de su riesgo o en función de haber sido reportadas o haber sido mencionadas en otro reporte.

En sentido similar, en el caso de las transferencias electrónicas, si bien fueron incluidas a fines de 2007 entre aquéllas que deben ser sometidas a un escrutinio intensificado, no conocemos una regulación específica que obligue a acumular la información a lo largo de toda la cadena de pagos, ni que establezca la obligación de llevar a cabo un examen más minucioso de dichas transacciones cuando no se cuenta con la información adecuada acerca del remitente —que es lo mínimo que exigen los estándares internacionales.

Del mismo modo, aun cuando existe la obligación de llevar a cabo un escrutinio intensificado en aquellos casos en los que “*existan dudas sobre si los clientes actúan por cuenta propia o cuando exista la certeza de que no actúan por cuenta propia*” —e. g. testaferros— no existen guías o pautas concretas acerca de cómo reaccionar ante estos casos, ni tampoco acerca de cómo la UIF o el supervisor correspondiente evaluará si la reacción del sujeto obligado ha sido adecuada.

Los mencionados son ejemplos de situaciones relevantes para la detección de transacciones sospechadas de canalizar el producto de ilícitos que denotan que aún hay un largo camino por recorrer hacia el objetivo de afianzar una relación que permita que la información que fluya desde el sector privado hacia los reguladores alcance la calidad que el sistema requiere para que tenga alguna utilidad.

3.2. La calidad de los ROS

Además de optimizar el contenido de las directivas que imparte, sería deseable que la UIF dedicara esfuerzos a aumentar la calidad de la información que recibe. Cuando la regulación no es clara y el regulador no emite mensajes acerca del tipo de información que desea obtener, los sujetos obligados tienden a adoptar estrategias que inhiben aún más las capacidades del regulador.

La más común en este ámbito es la de adoptar una actitud defensiva reportando transacciones que contienen mínimas inusualidades, en algunos casos, inclusive a sabiendas de que la transacción no canaliza dinero de origen ilícito. Los reportes defensivos crean la ilusión de estar frente a sujetos colaboradores cuando en verdad están “devolviendo” su responsabilidad y los costos asociados con investigar cuidadosamente cada transacción a la UIF.

Cuando esta conducta se generaliza, es altamente probable que la UIF se burocratice —en el sentido más negativo del término—, pierda su capacidad de detectar dinero de origen ilícito en tiempos razonables para permitir su decomiso y, en consecuencia, se convierta en un órgano irrelevante. Aunque el aumento constante en la cantidad de ROS e, inclusive, de informes enviados al Ministerio Público pueda conducir a un analista desprevenido a juzgar que la UIF funciona adecuadamente, una conclusión informada debería basarse, también, en el contenido de los reportes y de los informes enviados al Ministerio Público. En otras latitudes tal análisis cualitativo ha permitido verificar que la UIF está procesando mucha información irrelevante o, por lo menos, de muy baja calidad.

Muchos observadores comparten la percepción de que, en la Argentina, los sujetos obligados, voluntariamente o no, han “tapado a la UIF de papeles”, irrelevantes, y que la UIF aun no ha reaccionado para revertir la situación. Las manifestaciones de los oficiales de cumplimiento entrevistados en el sentido de no haber recibido ninguna devolución de parte de la UIF sobre la calidad o el destino de los reportes efectuados son consistentes con esta afirmación. También lo son los informes de gestión de la UIF, que enfatizan el aumento de la cantidad de ROS y no dan cuenta de políticas específicas para mejorar su calidad. Finalmente, la proporción de casos que terminan en denuncia penal por hechos comprendidos en la Ley 25.246, luego del proceso que analizaremos en el capítulo siguiente, abonan una conclusión similar.

Una manera idónea de revertir una situación de estas características, ya utilizada con éxito en otros países, es establecer contenidos mínimos para cada tipo de reporte, medir la adecuación de los reportes a tales parámetros y acompañar el sistema con un modelo de incentivos que premie el cumplimiento y aumente los costos de su incumplimiento. La mejora en la calidad de los ROS permitirá optimizar los recursos existentes, contribuirá significativamente a optimizar los esfuerzos que ya ha comenzado a hacer la UIF para reducir el porcentaje de casos sin resolución y, en definitiva, producirá en menor tiempo informes más relevantes.

3.3. La calidad de la supervisión y la aplicación de sanciones

La construcción de una relación fluida entre la UIF y los sujetos obligados requiere un sutil equilibrio entre acciones que fomenten la colaboración voluntaria de los sujetos obligados, por una parte, y la adopción de mecanismos, usualmente sancionatorios, para

lograr el cumplimiento de aquellos sujetos con menor disposición o mayor renuencia a cumplir con el rol de cooperar en la detección de flujos de dinero sospechosos de provenir de hechos ilícitos.

Así como la aplicación de sanciones genera incentivos de cumplimiento en los sujetos obligados, la no utilización de un sistema sancionatorio que formalmente existe envía un mensaje de tolerancia de las conductas prohibidas.

Hasta la fecha, ni la UIF ni los reguladores específicos han utilizado los regímenes sancionatorios como una manera de reafirmar la vigencia de las normas incumplidas y crear los efectos simbólicos que alienten al resto de los sujetos obligados al cumplimiento. El mensaje, que se percibe ampliamente entre los sujetos obligados, es que la prevención del lavado de dinero no es una prioridad del Estado argentino. En consecuencia, no hay razones, salvo que los incentivos provengan del negocio específico, para que sea una prioridad para el sujeto obligado. El resultado es un sistema que aparenta funcionar, responde cuantitativamente a los estándares internacionales pero es básicamente inocuo para reducir mercados ilícitos.

El resultado es un sistema que aparenta funcionar, responde cuantitativamente a los estándares internacionales pero es básicamente inocuo para reducir mercados ilícitos.

En 2008, la UIF anunció la iniciación de sumarios vinculados al incumplimiento de la obligación de reportar (UIF, 2008:38). Aun cuando el resultado de estos sumarios es todavía incierto, pareciera que la UIF debe ser dotada de las facultades de *inspección* necesarias para tomar conocimiento de los casos en los un sujeto obligado *debió haber reportado una transacción sospechosa y no lo hizo*. Actualmente, al carecer de facultades de inspección, sólo puede adquirir este conocimiento a través de reportes realizados por, por ejemplo, el BCRA cuando, en sus propias inspecciones, encuentra una operación que debió haber sido reportada. En los sectores de la economía distintos al financiero, cambiario, del mercado de capitales y los seguros, no existe ningún resorte para controlar si los sujetos obligados cumplen o no con sus deberes de reporte. El bajo nivel de ROS proveniente de algunos de estos sectores —sobretudo de aquéllos en los cuales el nivel transaccional ha sido alto en los últimos años—, parece ser una indicación de la falta de compromiso de estos sectores para con sus deberes de reporte.

Por otra parte, en los sectores que operan bajo la supervisión de la SSN y la CNV, tampoco hay

indicios de que el cumplimiento de los deberes de reportar sea adecuadamente controlado y sancionado en casos de incumplimiento.

El BCRA, ha comenzado, también en 2008, inspecciones específicas que podrán redundar en eventuales sanciones, tanto por parte del BCRA como de la UIF. Más allá de estos tímidos avances, que algunos observadores vinculan a la cercanía de la evaluación del GAFI en 2009, una falencia básica del sistema actual es que faculta a la UIF a establecer procedimientos sumariales y a aplicar sanciones sobre comportamientos de los cuales sólo puede enterarse de manera indirecta.

Esta situación puede revertirse si se dota a la UIF de facultades adecuadas de inspección sobre los sujetos obligados que no tienen supervisión específica o creando un modelo coordinado que permita que los órganos de supervisión de cada grupo de sujetos obligados (e. g., colegios y asociaciones profesionales) cooperen con la UIF en la recolección de esa información. Cualquiera sea la vía elegida, se advierte una necesidad imperiosa de fortalecer gradualmente la supervisión de los sujetos obligados.

En el mismo sentido, y en atención a la expresa mención por parte de la UIF de la necesidad de dotar al régimen preventivo de un régimen sancionatorio capaz de disuadir los incumplimientos (UIF, 2008), la UIF podría considerar admitir denuncias de identidad reservada o inclusive anónimas, para incentivar a empleados de los sujetos obligados que tengan conocimiento de la falta de observancia de los deberes de reporte, y preservarlos de represalias por parte de la entidad en la que se desempeñan. Si bien en la actualidad la UIF sólo parece admitir declaraciones voluntarias de sujetos identificados¹, no parecen existir obstáculos legales para que se extienda la obligación de preservar en secreto la identidad de quienes informan, que rige expresamente respecto de los obligados (art. 17 de la Ley 25.246).

B. Detección e Investigación del Lavado del Producto de la Corrupción

B. 1. Estándares internacionales

Además de medidas específicas destinadas a equilibrar los sistemas de investigación y enjuiciamiento con el

poder de los imputados en los casos de corrupción — e. g., impedir el abuso de los sistemas de inmunidades, suspender los plazos de prescripción mientras los imputados ejercen funciones, etc.—, la Convención contiene numerosas previsiones destinadas a mejorar la capacidad interna de los Estados y la cooperación internacional para localizar, embargar, decomisar y, eventualmente, repatriar activos originados en hechos de corrupción.

En particular, la Convención exige a los Estados Parte que las autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero —incluidas las autoridades judiciales— sean capaces de cooperar e intercambiar información, tanto local como internacionalmente (art. 14 inc. b); requiere que los Estados alienten la cooperación entre sus organismos públicos y sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos de lavado de activos (art. 38); requiere que se adopten las medidas necesarias para permitir la identificación, localización, embargo preventivo o incautación de bienes con miras a su eventual decomiso (art. 31 inc. 2) y que se adopten técnicas especiales de investigación —como pueden ser la entrega vigilada y la vigilancia electrónica— y se permita su admisibilidad como prueba en juicio (art. 50).

La necesidad de este conjunto de innovaciones jurídicas es una clara muestra de que la investigación del lavado de dinero originado en delitos graves, especialmente en delitos de corrupción, es una tarea compleja. Los estudios empíricos sobre casos de la última década muestran que, en su inmensa mayoría, su esclarecimiento depende fundamentalmente de desentrañar transacciones entre vehículos corporativos, usualmente registrados en diferentes jurisdicciones y relacionados entre sí por contratos ficticios que son contruados con el fin deliberado de ocultar el origen de los activos (Pieth y Aiolfi, 2002; Gordon, 2009).

Para investigar exitosamente estos delitos es necesario, por una parte, generar las capacidades necesarias en los operadores encargados de las investigaciones que, en muchos casos, pertenecen a agencias de diferentes poderes del Estado.

En segundo lugar, es necesario diseñar estructuras institucionales y arreglos normativos que permitan la cooperación y el intercambio de información entre tales agencias con la máxima agilidad posible. En la mayoría de los países, ambos objetivos encuentran serios obstáculos.

Los investigadores de delitos en la mayoría de los países —fiscales, policías— usualmente no han sido entrenados con los conocimientos específicos para comprender estas maniobras e, inclusive, rara vez consideran que estos temas deba formar parte de sus rutinas de investigación. Esta combinación de desconocimiento y resistencia disminuye seriamente

¹ En su página web se informa, en relación a la presentación de denuncias voluntarias: "La denuncia debe ser presentada por escrito y por duplicado, en Cerrito 264, piso 3º (C1010AAF), Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El escrito debe contener: los datos completos de la persona denunciante (apellido, nombre, documento y número de identidad, teléfono, domicilio y, si tiene, dirección de correo electrónico); los hechos que denuncia, con la mayor cantidad de datos posibles; y toda la documentación que respalde la denuncia con que cuente el denunciante".

las probabilidades de diseñar una estrategia exitosa.

Por otra parte, los mecanismos de acceso a información sensible o, inclusive, protegida por reglas de secreto, pero de contenido vital para la investigación —información fiscal, declaraciones de funcionarios públicos, reportes de operaciones sospechosas—; y la forma en la que los organismos de investigación acceden a tal información, debe ser oportuna y permitir combinar su utilización con otras fuentes.

Las indagaciones en otros países son frecuentes, lo que hace necesario acceder a redes de cooperación internacional como el Grupo Egmont, Interpol o a bases de datos públicas extranjeras.

En tercer lugar, es vital minimizar el tiempo que transcurre entre que el hecho es detectado y el momento en que se adoptan medidas para localizar los activos potencialmente sujetos a decomiso. La complejidad de estos casos aumenta en proporción geométrica al tiempo que transcurre entre el hecho y el momento en que las autoridades lo advierten. Si se adoptan cursos de acción eficientes, inmediatamente después de realizadas las transacciones, las probabilidades de éxito aumentan. Cuando “la ruta del dinero” se ha perdido, reconstruirla es costoso y, en muchos casos, materialmente imposible. Algunas medidas, usualmente asociadas a las técnicas especiales de investigación como el monitoreo de cuentas y transacciones, permiten el seguimiento de productos financieros en aquellos casos en los cuales las transacciones aparentan no haber llegado al destino final —al estilo de las entregas vigiladas, en los casos de narcotráfico—. En muchos países, las autoridades de persecución penal están facultadas para imponer a las instituciones financieras el deber de mantener al fiscal o a la autoridad de investigación penal que corresponda, informado sobre cada transacción que el cliente desee realizar, sin que éste repare que su dinero se encuentra bajo una investigación criminal (Schmid, 2008). Las restricciones a los derechos individuales que la adopción de estas medidas implica, merecen una discusión específica que garantice su adecuación constitucional.

Finalmente, la frecuencia con la que resultan necesarias las indagaciones en otros países requiere la formación de redes de cooperación internacional. En esta materia se destacan las conformadas por las unidades de información financiera (Grupo Egmont), las cuales permiten rastrear principalmente productos financieros, y las redes de la policía internacional (INTERPOL), que permite acceder a bases de datos públicas extranjeras (societarias, comerciales, financieras), además de todas aquellas a las que la policía local del país requerido tenga

acceso (antecedentes policiales, reincidencias, otros procesos judiciales, etc.). Estos mecanismos permiten mejorar, de manera sustancial, la información necesaria para fundamentar los requerimientos de asistencia jurídica recíproca que impliquen restricción de derechos, como lo pueden ser la adopción de medidas cautelares o el decomiso de bienes.

B.2. La detección e investigación del producto del delito en la Argentina.

Cualquier descripción del funcionamiento de la justicia penal argentina o de la interacción de algunos de sus órganos debe comenzar por aclarar que el sistema de enjuiciamiento penal federal, que rige también en la Ciudad de Buenos Aires, es un procedimiento absolutamente caduco, que en los últimos 15 años no sólo ha sido abandonado por la mayoría de los países de la región sino también por la mayoría de las provincias argentinas. La persistencia política en eludir su responsabilidad de modernizar el sistema e invertir los recursos necesarios para implementarlo adecuadamente es, sin dudas, una de las razones que explican el colapso del sistema de justicia penal. Dado que la reforma no es parte de la actual agenda legislativa, nuestro diagnóstico se basa en el sistema vigente. Sin embargo, daremos cuenta de aquellos problemas que derivan directamente del sistema procesal y señalaremos el sentido en el cual una reforma hacia un sistema acusatorio impactará en el sistema de recuperación de activos.

Más allá de los condicionamientos del sistema de enjuiciamiento, era esperable que la irrupción del sistema contra el lavado de dinero en la legislación argentina alterara las dinámicas de detección e investigación de los delitos que generan ganancias de un modo rotundo. Sin embargo, a casi diez años de su entrada en vigencia, el sistema ha originado más resistencias que avances, muchas de las cuales se reflejan en los debates en materia de acceso a determinadas fuentes de información y a las dinámicas de investigación adoptadas entre el delito precedente y el lavado de su producto.

La detección de hechos de corrupción o del lavado de su producto puede originarse en sistemas de control especializados o en una denuncia particular. Dentro del primer grupo, en la Argentina se destacan los ROS que recibe la UIF y el análisis de las DDJJ de bienes que realiza la OA del Ministerio de Justicia. A continuación analizaremos, primero, el desempeño de estos dos sistemas y, luego, algunas prácticas relativas al tratamiento de las denuncias de particulares.

B.2.1. El análisis preliminar de ROS

La UIF es la encargada de efectuar el primer análisis de los reportes que los sujetos obligados a informar operaciones sospechosas de canalizar activos provenientes de ilícitos le envían, así como de cualquier denuncia o informe que reciban de otras fuentes.

Para efectuar tal examen, la UIF cuenta con facultades para solicitar todo elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones a cualquier organismo público —nacional, provincial o municipal— y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Luego de algunos años de resistencias de diversos requeridos que dieron lugar a distintos tipos de interpretaciones, la Ley 25.246 fue reformada para aclarar que frente a estos pedidos no pueden ser opuestos los secretos bancario, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad. La ley también prevé que la UIF pueda contar con el apoyo de oficiales de enlace designados por los ministerios de Economía, de Justicia y Derechos Humanos, del Interior y de Relaciones Exteriores, el BCRA, la SEDRONAR, la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante “AFIP”), la CNV, la SSN y los registros públicos o similares de las provincias. Además, el Presidente de la UIF puede requerir a cualquier organismo de la administración nacional o provincial la designación de otros oficiales de enlace.

Los informes de gestión dan cuenta de la adopción de iniciativas concretas a fin de estrechar la cooperación con otras dependencias estatales y de agilizar la obtención de información. Así, la UIF ha celebrado convenios con la AFIP, la FIA y la Policía Federal Argentina y también ha realizado tratativas tendientes a formalizar con la ANSES un acuerdo que permita acceder, en forma directa, a las bases de datos informáticas de dicho organismo.

Actualmente, además, tiene acceso a las bases remotas del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, del Registro Nacional de la Propiedad Automotor, del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y de la Dirección Nacional de Migraciones.

En contrapartida, el actual sistema limita la posibilidad de la UIF de acceder a información fiscal, aun cuando de ésta pueden resultar elementos clave en la investigación de casos de lavado de activos. Los desacuerdos entre la UIF y la AFIP (UIF, 2003:32) en relación con la posibilidad de acceso de aquélla a las bases de datos de ésta, fueron zanjados por una reforma de la Ley 25.246 de 2006, la cual dispuso que la AFIP sólo levantará el secreto fiscal en relación con el análisis de ROS originados por ella

misma, y con relación a las personas involucradas directamente en la operación reportada. En los demás casos, la UIF debe requerir el levantamiento del secreto fiscal al juez competente, quien deberá tomar su decisión en un plazo máximo de 30 días. El celo en resguardar la información impositiva con tal rigidez proviene, según la propia AFIP, de las características de un sistema impositivo basado en la autodeterminación del impuesto y en el cumplimiento voluntario. La ley establece que esta información sólo es admisible como prueba en los procesos penales cuando se encuentra directamente relacionada con los hechos que se investigan (art. 101 de la Ley de Procedimiento Fiscal, 11.683).

Llama la atención que, en los países de la OECD, la irrupción de las UIFs en el espectro institucional condujo a preguntarse por la razonabilidad de permitir que las autoridades fiscales accedan a la información colectada por las UIFs, cuando ello resultaba útil para la investigación de hechos de evasión o defraudación fiscal (OECD, 2002). En otras palabras, la pregunta es exactamente la inversa a la que, por la existencia previa de una consolidada base de datos en la AFIP, surgió en la Argentina.

Luego de la reforma, la UIF ha conseguido acceder electrónicamente a la información que la AFIP remitiera en el marco de un ROS, lo cual, según la Unidad, ha representado un avance importante en la relación entre ambos organismos (UIF, 2006:28).

Aunque los sistemas de cooperación internacional serán abordados en profundidad más adelante, debe mencionarse aquí que la UIF Argentina es miembro pleno del Grupo Egmont, lo que le permite acceder a información financiera de cualquiera de sus más de 100 pares en el exterior. A ello se suma que ésta ha celebrado memorandos de entendimiento con UIFs de distintos países, con las que intercambia información. Pese a ello —y a lo dispuesto en la Convención— ni los fiscales ni los jueces de instrucción recurren habitualmente a la UIF para obtener cooperación en materia de inteligencia financiera internacional. Regresaremos sobre este punto en el apartado E de esta Sección.

Cuando la UIF agota el análisis, si determina que una operación es sospechosa de canalizar el producto de algún delito, remite los elementos de convicción obtenidos al Ministerio Público Fiscal (en adelante “MPF”) para que éste establezca si corresponde iniciar la acción penal (art. 13 inc. 2 y art. 19 de la Ley 25.246).

Desde el inicio de sus actividades y hasta junio de 2009, de los más de 4000 ROS y IOFs que recibió, la UIF remitió al MPF 752 asuntos y archivó 365. Esto ha sucedido a un ritmo creciente, ya que, junto con el paulatino aumento en la capacidad de procesamiento

de ROS —ya expuesta en el capítulo anterior— se verificó en los últimos años un incremento constante en la cantidad de casos remitidos al MPF. Así, durante el período 2003-2006, la UIF remitió 141 casos, mientras que sólo en el 2007 elevó 160 actuaciones y en el 2008, otras 303. Como la UIF no identifica los delitos precedentes, es imposible conocer qué porcentaje de los informes remitidos al MPF podría vincularse con hechos de corrupción pública.

En el año 2001, la Procuración General de la Nación (en adelante “PGN”) estableció que los informes de la UIF serían recibidos por un fiscal general (PGN, 9/2001), quien en 2006 fue designado titular de una nueva Unidad Fiscal para la Investigación de los Delitos de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo (en adelante “UFILAV”) (PGN, 130/2006).

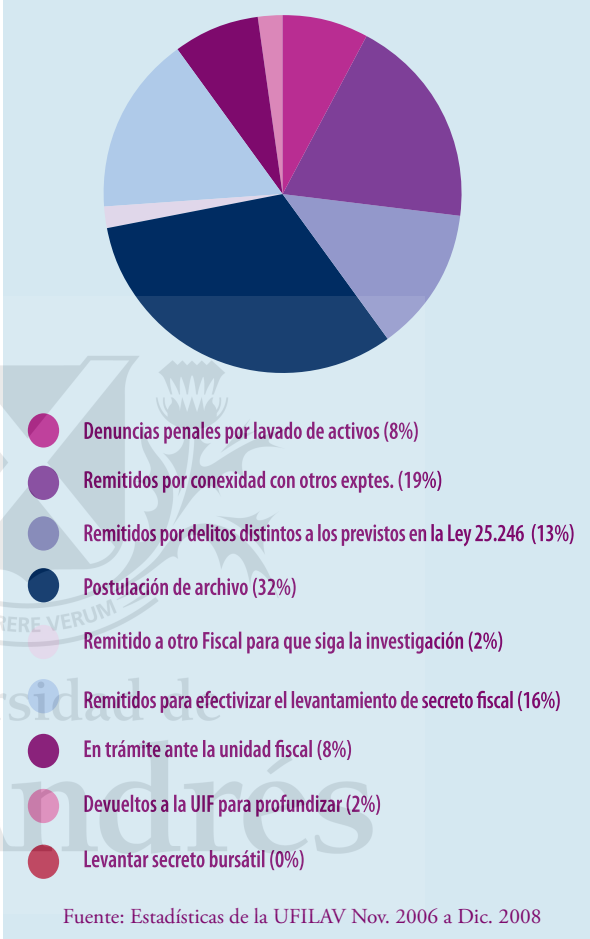
La UFILAV lleva un registro de los expedientes que le remite la UIF y realiza una investigación preliminar a fin de determinar, en un plazo máximo de 60 días corridos, si corresponde ejercer la acción penal. Si en ese término logra determinarlo, envía las actuaciones a un fiscal de primera instancia para que concluya la tarea. Si, en cambio, decide no ejercer la acción penal, debe requerir al juez competente el archivo de las actuaciones (art. 3 de la Res. PGN 130/06).

Las facultades de la UFILAV para realizar la investigación preliminar, en lo sustancial, no difieren de las que posee la UIF en el ámbito local (e inclusive son menores en el ámbito internacional) ya que tampoco frente a un requerimiento del MPF cede el secreto fiscal. En efecto, inclusive para una investigación preliminar llevada adelante por el MPF, la interpretación vigente que realiza la AFIP del secreto fiscal requiere que medie una orden de un juez competente, que lo requiera el propio fiscal cuando tenga a su cargo la dirección de la investigación (arts. 180, párr. 2 y 196, párr. 1 del Código Procesal Penal de la Nación, en adelante “CPPN”) o que la propia AFIP haya formulado la denuncia (AFIP, 8/2006). Como esta limitación es aplicable a todo el MPF nos referiremos más detalladamente a sus efectos en el apartado B.3.3.

Entre 2006 y 2008, la UFILAV recibió 410 informes de la UIF. Sólo 34 de ellos dieron lugar a la formulación de denuncias penales por el delito de lavado de activos de origen delictivo; 51 casos fueron remitidos a la justicia por delitos distintos a los previstos en dicha ley; 77 fueron remitidos por conexidad a expedientes judiciales en trámite —probablemente por estar vinculados con el delito precedente—; 67, para el levantamiento del secreto fiscal; uno para el levantamiento del secreto bursátil; y nueve, a efectos de que otro representante del MPF continuara la investigación preliminar. De los restantes expedientes, 131 de ellos se postularon para el

archivo; 33 continuaban en trámite y siete habían sido devueltos a la UIF para que profundizara el análisis.

Gráfico 3: Destino de los expedientes remitidos por la UIF al MPF



A grandes rasgos, ello significa que alrededor del 40% de los informes de la UIF ha tenido alguna utilidad posterior, cerca del 30% no, y la utilidad del 30% restante es aún incierta, aunque —dado el tiempo transcurrido— nuestro pronóstico es que acracenterá el porcentaje de informes que terminan en el archivo.

Luego de la intervención de la UFILAV, una vez iniciado un proceso judicial, la investigación queda en manos del fiscal y juez competentes, aunque debe mencionarse que la UFILAV puede brindar apoyo técnico y colaborar con los fiscales en el trámite de las causas seguidas en orden a los delitos de lavado de dinero y/o financiamiento del terrorismo, cuando éstos lo soliciten. En el mismo sentido, debe señalarse que el Decr. 2226/2008 autorizó a la UIF a intervenir como parte querellante en los procesos en los que se investigue la comisión de los delitos tipificados por la Ley 25.246.

B.2.2. La investigación preliminar de declaraciones juradas de bienes

La Ley 25.188 de Ética en la Función Pública estableció el marco legal para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos de alto rango y/o con competencia para administrar recursos públicos. La falta de creación de la entidad que, según la ley, debía centralizar esta función para cada poder del Estado, determinó que cada uno estableciera su propio sistema. El Poder Judicial, el Ministerio Público y el Congreso apenas recientemente se han ocupado de permitir el acceso al público de las declaraciones, pero no cuentan con ningún sistema de control sistemático. El Poder Ejecutivo, en cambio, ha establecido un control de rutina del incremento patrimonial de los funcionarios del Poder Ejecutivo obligados declarar sus bienes.

El órgano encargado del control es la OA. Entre sus competencias se encuentra la de llevar el registro de las DDJJ de los agentes de la administración pública nacional, evaluar su contenido y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito, conflictos de intereses o incompatibilidad en el ejercicio de la función.

En 1999, cuando comenzó a desempeñar esta tarea, la OA recibía las DDJJ en formato papel, lo que dificultaba seriamente su análisis. Luego de realizar un diagnóstico que incluyó el examen de modelos de derecho comparado y experiencias eficaces en otros organismos de la administración, hacia el año 2000, la OA puso en marcha un sistema de presentación y control de las declaraciones totalmente informatizado, el cual continúa empleándose en la actualidad (MINJUS, 1000/2000).

En lo relativo al control de las DDJJ, aun poseyendo la OA un sistema informatizado, el elevado número de funcionarios obligados a su presentación —a la fecha son más de 38.000— y el éxito en la tasa de cumplimiento no permiten realizar anualmente una revisión de todas las que son presentadas. Por ello, ha establecido pautas para seleccionar aquéllas a las que dará preferencia a la hora de realizar el control, merced a las cuales, por una parte, se privilegia el nivel jerárquico de los funcionarios y, por la otra, la naturaleza de la función desempeñada (así, por ejemplo, se analizan prioritariamente las DDJJ de quienes poseen competencias en materia de control o regulación de actividades o servicios públicos, de otorgamiento de licencias o habilitación, de fiscalización de recursos públicos, etc.).

Los funcionarios de la Unidad de Declaraciones Juradas —área de la OA encargada tanto de la recepción en soporte electrónico como del control preliminar de las DDJJ— son capacitados de acuerdo a tales parámetros y cuentan con el auxilio de una

herramienta informática denominada LUPA, que permite detectar automáticamente los incrementos patrimoniales mayores a un rango predeterminado, calcular la diferencia entre declaraciones, calcular el patrimonio declarado, desglosar la composición patrimonial y otras operaciones de naturaleza similar.

Las mencionadas son funciones esenciales para acelerar la primera fase del control realizada sobre la propia declaración. En una segunda fase, llevada a cabo manualmente, este contenido es cruzado con información que surge de otras bases de datos (registros públicos y privados, informes bancarios, financieros o contables).

Si como resultado de esa tarea se detectan inconsistencias o irregularidades, las actuaciones son remitidas a la Dirección de Investigaciones del organismo (DIOA) para que profundice su análisis. Como resultado de la investigación efectuada en ese ámbito, la OA puede llegar a realizar una denuncia penal.

El control de las DDJJ también puede arrojar posibles incompatibilidades o conflictos de intereses, casos que son remitidos a la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT) para su estudio.

Las estadísticas de la institución muestran que en el período 2003-2008 (primer semestre) se iniciaron algo más de 1000 expedientes de investigación a instancia de detecciones realizadas por la Unidad de Declaraciones Juradas. De estos, algo más del 70% corresponde a supuestos de omisiones maliciosas. Se trata, principalmente, de omisiones de la presentación de la DDJJ (así, por ejemplo se remitieron por ese supuesto 397 casos en 2003, 40 en 2004, 58 en 2005, 147 en 2006, 108 en 2007 y 30 en el primer semestre de 2008) y menos habitualmente, a omisiones de datos o consignación de datos falsos (remisiones por este supuesto sólo tuvieron lugar en 2003, cuando hubo 14 casos, 2004, con 2 casos, y 2006, con 45 casos). A su vez, una cifra cercana al 30% corresponde a la hipótesis de enriquecimiento ilícito. De este modo se iniciaron, a instancias de la Unidad, 76 investigaciones en 2003 y un número idéntico en 2004; 39, en 2005; 59, en 2006; 39, en 2007; y 5 en el primer semestre de 2008.

Aun así, estas investigaciones no parecen haber derivado en un número significativo de presentaciones ante la justicia penal. Si bien los informes de gestión del organismo no discriminan las denuncias remitidas a la justicia por el tipo de delito ni tampoco por el modo de inicio en la OA del caso finalmente denunciado —lo que impide saber cuántas denuncias realizadas cada año corresponden a un supuesto de omisión maliciosa o enriquecimiento ilícito detectado por la Unidad de Declaraciones Juradas—, sí contienen, en general, una mención de los casos más significativos denunciados

por la institución. Dentro de estas menciones no se incluyen supuestos de enriquecimiento ilícito u omisión maliciosa en los informes del período bajo análisis. Tampoco se consigna, para ese lapso, ningún caso de enriquecimiento ilícito u omisión maliciosa denunciado por la OA en el apartado “denuncias relevantes” de la página Web de la institución.

B.2.3. La investigación del producto del delito en el Ministerio Público y el Poder Judicial

Los sistemas contra el lavado de dinero nacieron como un instrumento más bien pragmático para conectar los eslabones inferiores de las organizaciones delictivas —que en general son detectables a través de los métodos de investigación criminal tradicional— con los eslabones superiores, usualmente alejados de la actividad propiamente dicha (Jorge, 2009). La conexión es realizada, precisamente, mediante el dinero que obtienen los eslabones superiores. Para investigar esta conexión es recomendable que el delito precedente y el lavado de su provecho sean investigados de manera simultánea, bien por el mismo equipo de investigación, bien por dos equipos que actúen coordinadamente.

En la Argentina, ello es incluso recomendable por una razón práctica adicional. Como el Congreso Nacional limitó la punibilidad del lavado de activos a quienes no participaran del delito precedente —una medida razonable para no aumentar la punibilidad de “los clientes habituales” del sistema de justicia penal (Jorge, 2009)— la investigación sobre el destino del producto del delito parece ser la medida más razonable para determinar, en primer lugar, si una vez obtenido, el producto fue efectivamente lavado —en el sentido técnico de haberlo sometido a transacciones que pudieran darle “*apariencia de un origen lícito*” — o si, por el contrario, aún permanece en la esfera de custodia del autor del delito precedente.

Debido a las limitaciones del actual sistema de enjuiciamiento penal en el ámbito federal, en el cual aumentar la cantidad de imputados e imputaciones conspira seriamente contra la celeridad del proceso, es altamente probable que, si se concluye que hubo lavado del producto del delito investigado —transacciones para darle apariencia lícita, realizadas por terceros no intervinientes en el delito precedente— el juez de instrucción o el fiscal a cargo de la investigación decidan que ese tramo del suceso sea investigado en un procesoseparado. En cambio, si la conclusión es que el producto continúa en la esfera de custodia del autor del delito precedente, corresponde adoptar las medidas tendientes a inmovilizarlo para permitir, en caso de condena, el decomiso previsto en el art. 23.

Sin embargo, a casi diez años de la entrada en vigencia de la prohibición de lavar el producto de cualquier delito, la inmensa mayoría de los jueces de instrucción y fiscales argentinos todavía no ha internalizado la rutina de examinar los delitos precedentes conjuntamente con el posible blanqueo del producto obtenido².

A partir de diciembre de 2003, cuando la Ley 25.815 introdujo en el art. 23 del Código Penal (en adelante “CP”) la noción de decomiso del producto del delito, era esperable que los funcionarios a cargo de la investigación penal orientaran parcialmente sus investigaciones a identificar el producto del delito que investigaban y adoptaran medidas cautelares de modo de permitir que, en caso de sentencia condenatoria, los jueces pudieran decidir “[E]l decomiso (...) las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito...”.

La razón principal por la cual los fiscales y los jueces de instrucción argentinos continúan sin investigar el destino del producto del delito, pese a que desde 2003 es su obligación legal hacerlo, es la falta de una política institucional específica que oriente la actuación hacia esa dirección, que sea acompañada de la capacitación correspondiente y de los recursos necesarios.

Probablemente para evitar la concentración de poder, el Ministerio Público argentino ha rechazado la idea de especializar las fiscalías por materia. Consecuentemente, más allá de algunas grandes divisiones, todos los fiscales tienen competencia para investigar cualquier delito y en sus oficinas conviven los asuntos más simples con los más complejos. La falta de especialización por materia dificulta la capacitación y el desarrollo de habilidades específicas. Las instrucciones generales que dicta el Procurador General pueden contener el germen de una política, pero ésta no se verá reflejada en acciones concretas si no es acompañada de un entrenamiento específico y de la disposición de recursos que su cumplimiento implica.

Varios operadores entrevistados que recibieron capacitación en estos temas —motivados por su interés personal— pusieron de manifiesto la inexistencia de recursos humanos mínimos indispensables —contadores o auditores forenses capacitados— en la inmensa mayoría de las fiscalías y juzgados de instrucción del país para “seguir la ruta del dinero”.

A pesar de estos obstáculos, el Ministerio Público argentino continúa rechazando la idea de crear “fiscalías especializadas”, para evitar los peligros asociados a concentrar la persecución penal de algunos tipos de

2. Una excepción notable es la investigación preliminar por fraude al Ministerio de Economía y el lavado de su producto que la FIA y la UFILAV, con colaboración estrecha de la UIF, realizaron simultáneamente en diciembre de 2008. La instrucción de cada hecho, sin embargo, es conducida por dos fiscales diferentes. La denuncia está disponible en http://www.fia.gov.ar/economia_accolade.pdf.

delitos en unas pocas manos. La interpretación de las facultades de la FIA que culminó con la renuncia del Fiscal Garrido a comienzos de 2009 fue parcialmente justificada con este argumento.

El Ministerio Público argentino continúa rechazando la idea de crear “fiscalías especializadas”, para evitar los peligros asociados a concentrar la persecución penal de algunos tipos de delitos en unas pocas manos.

La decisión de que cada fiscal sea competente para perseguir *cualquier* delito tiene, obviamente, altos costos de coordinación. Por un lado exige que cada fiscal esté entrenado en numerosas y diversas materias complejas. Por el otro, dado que en cada fiscalía conviven asuntos de distinto nivel de complejidad, se requiere la adopción de medidas que eviten la tendencia natural a ocuparse de los simples y de evitar los complejos que, las más de las veces, prescriben.

La PGN ha adoptado recientemente algunas medidas tendientes a mitigar, aunque sea parcialmente, estos costos. En este sentido, el Procurador General decidió implementar una política de coordinación que le permitió otorgar cierta coherencia a una serie de unidades fiscales que se fueron creando durante los últimos años para dar seguimiento a algunos grupos de delitos específicos —delitos de lesa humanidad, de trata de personas, de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, de contrabando y evasión tributaria—. La resolución PGN 86/09 facultó uniformemente a las unidades fiscales creadas para esas materias a coordinar estrategias de investigación y persecución con los fiscales competentes, relevar información para mantener bases de datos y proponer políticas específicas al Procurador General.

Se trata de una política de coordinación en la que cada fiscal continúa siendo competente para perseguir todo tipo de delitos pero, para algunos casos, puede contar con el auxilio de estas unidades fiscales si así lo desea. Con el tiempo, es esperable que tales unidades vayan adquiriendo experiencia en sus respectivas materias.

Curiosamente, la mayoría de las unidades fiscales no están a cargo de personas con dedicación exclusiva sino de fiscales que ejercen su ministerio en otros asuntos y, complementariamente, dirigen la unidad especializada. Posiblemente esta circunstancia, sumada a los recursos con que cada unidad cuenta, conspira contra la posibilidad de que esta política tenga, en el corto plazo, algún impacto apreciable por el ciudadano común. Adicionalmente, la colaboración entre el fiscal a cargo del caso y el fiscal coordinador depende de la

voluntad del primero de ellos, que puede no solicitarla o rechazar la colaboración ofrecida.

En la misma resolución, el Procurador creó la Oficina de Coordinación y Seguimiento en Materia de Delitos contra la Administración Pública, uno de cuyos principales objetivos es “generar políticas institucionales tendientes al recupero de activos”. Posteriormente, y con el fin de que esta oficina pudiera comenzar a delinear políticas de trabajo, instruyó a los fiscales para que comunicaran a dicha Oficina los casos que, al momento de la denuncia, hubieran producido un perjuicio a la administración pública superior a los cien mil dólares (USD 100.000) (Res 128/09).

Es altamente probable que la Oficina de Coordinación y Seguimiento impulse el dictado de instrucciones generales que vayan delineando una política institucional que re-orienta la persecución penal hacia el decomiso del producto del delito. En cambio, la aceptación por parte de los fiscales de su colaboración dependerá, como en el caso de las demás Unidades Fiscales, de lo que ésta pueda ofrecer, es decir, de los recursos con los que cuente.

A la falta de recursos específicos y a los problemas de coordinar un Ministerio Público no especializado, deben sumarse algunos obstáculos derivados del sistema de enjuiciamiento que limitan la capacidad de los fiscales de obtener información durante sus investigaciones preliminares.

En primer lugar, como fuera adelantado al referirnos a la UFILAV, con el dictado de la Res. AFIP 08/06, que re-interpretó el alcance del secreto fiscal, el Ministerio Público ha perdido, durante el curso de sus investigaciones preliminares, el acceso a información impositiva sin orden judicial. Ello ha generado un serio cuestionamiento por parte de la FIA que condujo a la Secretaría de Coordinación Institucional de la PGN a señalar que “[l]a Instrucción General 08/06 (...) trae consecuencias devastadoras desde el punto de vista de las tareas que el Ministerio Público Fiscal está convocado a cumplir (...) pues desarticula una de las herramientas más importantes que poseen los fiscales en la etapa previa a la iniciación de una causa penal. Para la detección e investigación eficaz de delitos económicos es imprescindible reunir y analizar información relativa al giro patrimonial de ciertos grupos o agentes económicos (...) [d]ado que el fiscal no tiene suficiente información para avalar la presunta comisión de un delito, no podría presentar válidamente el caso ante un juez; dado que no presenta el caso ante un juez no tiene acceso a la información” (PGN, 5523/2006).

La Secretaría de Coordinación Institucional de la PGN concluyó que la orden de un juez no era necesaria para que el Ministerio Público pudiera acceder a la información fiscal,

en atención a que “la solicitud de informes (...) se encuentra dentro de las atribuciones específicas que la ley 24.946 [Ley Orgánica del Ministerio Público] otorga a los Fiscales para el cumplimiento de su tarea (la persecución de delitos)”³.

Sin embargo, la AFIP mantuvo su posición cuando expresó que la Res. 08/06 “es fiel reflejo de la interpretación del artículo 101 de la Ley N° 11.683 que se subordina al espíritu que informa a la citada norma legal, que no es otro que el de otorgar seguridad jurídica como medio decisivo establecido para facilitar la adecuada percepción de la renta pública. De tal modo se asegura que las declaraciones, manifestaciones e informes presentados ante la Dirección General Impositiva no puedan ser usados, como armas, contra el contribuyente que los formuló”. La posición de la AFIP se basa en un argumento no demostrado, según el cual ampliar el acceso a la información que el contribuyente produce voluntariamente, pone en riesgo la recaudación.

Si la posición de la AFIP no es flexibilizada en el futuro, probablemente se requiera una modificación legal del artículo 26 de la Ley 24.946, del tenor del que se encuentra a estudio de la PGN, por el cual, en el marco de la investigación de un delito de carácter económico, los sujetos obligados según la Ley de Lavado de Activos (art. 20 de la Ley 25.246) —entre los que se encuentra la AFIP— no podrán oponer al MPF los secretos bancarios, bursátiles, profesional o fiscal, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

De modo similar, también resulta discutida la posibilidad del MPF de acceder a la parte reservada de las DDJJ que guarda la OA. La Ley 25.188 dispone que sólo puedan acceder al anexo reservado la Comisión de Ética Pública —que nunca ha sido creada— y la “autoridad judicial” (art. 6, inc. e de la Ley 25.188), dentro de lo que se discute si tal expresión incluye o no al MPF. La discusión también ha sido llevada adelante por la FIA, y aunque una decisión reciente de la Cámara Nacional de Casación Penal ha resuelto que excluir al Ministerio Público del concepto de autoridad judicial sería excesivamente formalista⁴ (CNCP, 2008), la discusión no parece encontrarse completamente zanjada.

B.2.4. Técnicas especiales de investigación

Pese a la obligación emanada de la Convención, la legislación argentina no prevé la posibilidad de adoptar técnicas especiales de investigación en casos de corrupción, ni tampoco ha celebrado acuerdos con otros países para poder hacerlo conjuntamente.

3. El artículo 26 de la Ley 24.946 faculta a los fiscales a “requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales”.

4. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Causa 9625, “Sicari, Oscar Alfredo s/ recurso de casación”, del 29 de Septiembre de 2008.

Por ello, su aplicación depende básicamente de que ellas sean adoptadas dentro de las reglas relativas a los medios de prueba que rigen para la generalidad de los delitos, es decir, de la libertad probatoria, sujeta a que su recolección e incorporación no vulnere derechos constitucionales. En la práctica, sin embargo, esta libertad no parece haber sido ejercida puesto que no se conocen casos en los que se hayan dispuesto medidas como las auspiciadas por la Convención —intervención de cuentas bancarias, seguimiento electrónico de transacciones—.

No obstante, en la mayoría de los países, estas medidas son reguladas expresamente por ley, pues ello evita una utilización irrazonable o caprichosa, sirve de guía a los operadores judiciales, permite la discusión previa de sus límites constitucionales, la opinión de los especialistas, y sienta las bases para su posterior revisión judicial.

En cualquier caso, la adopción (por vía pretoriana o legislativa) de estas técnicas debería ir acompañada de la formación de cuerpos técnicos especializados que asistan en las investigaciones, puesto que ni el Poder Judicial ni el MPF cuentan con equipos interdisciplinarios de trabajo sino que, para la investigación de los aspectos financieros de este tipo de casos, deben recurrir al cuerpo de peritos contadores del Poder Judicial, el cual además de ser extremadamente lento en la producción de sus informes, no está especializado en la investigación de hechos complejos.

B.3. Recomendaciones

En casi todas las etapas que puede atravesar una investigación por corrupción o por el blanqueo de su producto, se observa la necesidad de que operen reformas y mejoras que aproximen nuestro sistema a los estándares internacionales.

Idealmente, como mencionáramos, algunas de ellas deberían ser parte de una reforma más amplia del sistema de enjuiciamiento. Sin embargo, mientras ello no ocurra, es posible señalar las siguientes reformas concretas.

Más allá de la imposibilidad de acceder a información fiscal, tanto la UIF como el MPF tienen amplias facultades para recolectar información durante sus análisis e investigaciones preliminares. Tal amplitud formal debe ser complementada con prácticas que aseguren que la información puede ser obtenida en tiempos razonables y en formatos útiles para este tipo de investigaciones.

En este sentido, si bien existe una tendencia a celebrar convenios interinstitucionales que permiten el acceso recíproco a bases de datos, ello no ocurre en

casos esenciales para este tipo de investigaciones. El más notable es el de la Inspección General de Justicia (IGJ), que remite la información relativa a personas jurídicas únicamente en formato papel varios días después de efectuada la solicitud.

La informatización de las bases de datos de la IGJ permitiría mejorar notablemente la capacidad de los diversos órganos de investigación si, como ocurre en numerosos países, se consintiera además su acceso remoto.

Algunas de ellas también podrían ser accesibles a la distancia por los sujetos obligados, lo que les permitiría mejorar la información sobre la estructura corporativa de sus clientes y así evaluar más eficientemente el riesgo de las transacciones. La recomendación debe extenderse también a los órganos de contralor de personas jurídicas de las jurisdicciones provinciales.

Entretanto, para agilizar el trámite de las solicitudes, la UIF podría utilizar su facultad para designar oficiales de enlace en la IGJ (art. 12, Ley 25.246), así como solicitar acceso a la base de datos de ANSES o de otras dependencias de las que la UIF requiera información de manera corriente. Con los debidos resguardos de confidencialidad, los organismos de control (AGN, SIGEN, OA y FIA) también podrían facilitar el acceso a sus bases que, aunque precarias, permitirían a la UIF obtener información relativa a las investigaciones en curso en esas dependencias.

En cuanto al acceso a la información fiscal, creemos que sería prudente permitir, con los recaudos de confidencialidad de estilo, el acceso de la UIF y del Ministerio Público a información tributaria durante sus análisis e investigaciones preliminares. No se advierte que, si se adoptaran los recaudos del caso, tal acceso pudiera perjudicar la recaudación y, en cambio, sí es notable el beneficio que traería aparejado para las investigaciones de carácter económico, las cuales incluyen, además está decirlo, las defraudaciones tributarias. En tal sentido, podrían reformarse los arts. 14 de la Ley 25.246 y 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público —así como las disposiciones pertinentes de la Ley 11.683— a fin de establecer expresamente los casos en los que sería posible que la UIF y el MPF accedan a información protegida por el secreto fiscal.

La misma opinión nos merece el acceso a los anexos reservados de las declaraciones de bienes sin necesidad de formular una orden judicial. Si no se consolida la línea jurisprudencial señalada más arriba, sería aconsejable aclarar la cuestión mediante una reforma de la Ley 25.188.

Entretanto, en los casos en los que deba recurrirse a un juez para el levantamiento del secreto fiscal, debería

preverse una drástica reducción del plazo máximo en el que éste debe dar respuesta a dicha solicitud, y exigirse además que, en caso de que sea denegada, que se consignen expresamente los motivos y que, de concedérsela, la decisión sea notificada a la AFIP en forma inmediata.

Finalmente, en relación con la actuación del Ministerio Público, una vez que reciben las denuncias o le son delegadas, es imperioso que, para poder dar sentido al art. 23 del CP, orienten sus investigaciones hacia la localización e inmovilización del producto del delito. Para ello, sería conveniente comenzar con una instrucción general del Procurador General de la Nación que los oriente sobre los mecanismos existentes para localizar el producto del delito en el país o en el exterior.

Sin embargo, para que tal instrucción pueda ser implementada adecuadamente, será necesario destinar recursos específicos a la contratación de auditores forenses que sean asignados paulatinamente a las fiscalías, o bien que conformen un cuerpo que opere desde una oficina particular, como las unidades fiscales o la Oficina de Coordinación y Seguimiento de Delitos contra la Administración Pública.

En el mismo sentido, mientras se mantenga el actual proceso penal, sería deseable que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) incorporara al cuerpo de peritos contadores del Poder Judicial personal permanente capacitado en investigación financiera e inclusive afectara a algunos de sus integrantes a determinados juzgados para asegurar mayor fluidez y menores demoras en la investigación de estos hechos.

En cuanto a las técnicas especiales de investigación, sea a través de una reforma integral del sistema procesal o de una reforma parcial al actual CPPN, sería aconsejable prever procedimientos expresos que, a la vez de resguardar las garantías de las personas imputadas, establezcan las condiciones de realización de, entre otras, la intervención y monitoreo de cuentas bancarias y otros productos financieros con la colaboración de la institución financiera; el requerimiento de asistencia a la UIF e INTERPOL para tareas de inteligencia e investigación financiera en otras jurisdicciones y los mecanismos reglados de negociación de reducción —a la manera del art. 41bis del CP— o exención —a la manera del art. 217 del CP— de pena que permitan la colaboración en la investigación de personas vinculadas con el ilícito.

C. Medidas Cautelares

C.1. Estándares internacionales

El art. 31 de la Convención exige que los Estados Parte adopten las medidas necesarias para permitir el embargo preventivo o la incautación de los instrumentos, objetos y producto del delito, con miras a su eventual decomiso.

Los activos líquidos viajan a través de las fronteras, en efectivo o mediante instituciones financieras, mucho más rápido de lo que el más avezado fiscal demoraría en probar que provienen de actividades delictivas ante un tribunal de justicia, más allá de toda duda razonable. Por ello, es fundamental contar con herramientas que permitan adoptar medidas cautelares en plazos realmente breves —de entre 24 y 96 horas desde que se sospecha que una transacción canaliza dinero de origen ilícito— y que quienes estén a cargo de las investigaciones cuenten con protocolos de actuación de respuesta inmediata para estos casos.

Frente a la tradicional falta de celeridad de los procedimientos judiciales para abordar adecuadamente esta problemática, cada vez son más los países que adoptan procedimientos específicos. Además de los tradicionales embargos judiciales, en algunos países también se exige a los sujetos obligados que congelen los fondos involucrados en las transacciones que reportan mientras la autoridad judicial dispone —en un plazo que generalmente no supera los cinco días hábiles— si existe mérito para investigar el origen de esos fondos, en cuyo caso convierte la medida en un embargo (embargo automático, con confirmación judicial posterior). En otros países, se autoriza a la UIF a embargar los activos involucrados en aquellos ROS que así lo ameriten, sujetos a una confirmación judicial en un plazo similar (embargo administrativo con confirmación judicial posterior).

En el ámbito internacional, muchos países admiten que, en casos de urgencia, las medidas cautelares requeridas por autoridades extranjeras sean adoptadas con prescindencia de las formalidades legales, las cuales pueden ser arrimadas posteriormente. Cada vez son más los países que admiten que sus jueces embarguen bienes con un simple fax, que en un brevísimo plazo debe ser complementado con los documentos exigidos por las leyes del país requerido.

C.2. Medidas cautelares en la Argentina

Tal como se desprende de los apartados anteriores, sin perjuicio de que el Ministerio Público esté facultado para realizar investigaciones preliminares, el actual sistema de enjuiciamiento impone la temprana “judicialización” del caso, pues sólo el juez de instrucción está facultado a ordenar medidas de investigación restrictivas de derechos, tales como allanamiento, requisa, secuestro de documentación o, inclusive, requerir información protegida por el secreto fiscal.

En la misma categoría de medidas deben ser incluidas aquéllas tendientes a la inmovilización de activos, a suspender la ejecución de transacciones financieras o a implementar técnicas especiales de investigación para monitorearlas.

El art. 23 del CP establece, desde su reforma de 2003, que “[E]l juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”

Sin embargo, a casi seis años de su vigencia, esta disposición ha sido absolutamente ignorada, tanto por el Ministerio Público —que podría requerir, desde el inicio de las actuaciones, el embargo de los bienes sobre los cuales pudiera recaer una sentencia de decomiso— como por los jueces de instrucción. En ambas instituciones, los operadores entrevistados dieron cuenta de que en la práctica, continúa operando la creencia de que las medidas cautelares en el proceso penal son gobernadas por el art. 518 del CPPN, que establece que “al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas” y que sólo “podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen”.

Debido a esta confusión, vale la pena aclarar que existe una diferencia fundamental entre los bienes sujetos a decomiso —instrumentos, objetos y producto o provecho del delito, sobre los cuales pueden

recaer medidas cautelares desde el comienzo de la investigación— y los bienes con miras a satisfacer la pena de multa, la indemnización civil a quienes tengan derecho de entablar una demanda y las costas del proceso. Los últimos son embargables a partir del procesamiento porque sólo pueden ser bienes de un imputado sobre el que exista cierto grado de probabilidad de que será condenado, pero no se requiere que sean bienes relacionados u originados con el delito que pudo no haber originado ningún provecho. Los bienes sujetos a decomiso, en cambio, tienen una relación específica con el delito: son instrumentos, efectos o el provecho obtenido, con independencia de que se encuentren en poder del imputado o de terceros, salvo cuando éstos son de buena fe y los adquirieron a título oneroso.

Una muy reciente instrucción general ha significado un avance en este sentido. A través de la Res. 129/09, se instruye a los fiscales a que, a fin de asegurar el recupero de activos de origen ilícito, una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar, requieran al juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan (o la inhibición general, cuando no sea posible individualizar los bienes), con el objeto de asegurar tanto la indemnización civil como el decomiso.

La decisión —fundada en la aplicación del art. 31 de la Convención y la interpretación del art. 23 del CP— debe ser aplicada especialmente en los casos en los que se detecten bienes provenientes de la corrupción, el narcotráfico, el lavado de dinero, y la trata de personas.

C.3. Recomendaciones

Sin lugar a dudas, la principal falencia de nuestro sistema se relaciona con los plazos para inmovilizar bienes sospechados de provenir de ilícitos. Repárese simplemente en los que están formalmente establecidos que, por cierto, rara vez son respetados: los sujetos obligados disponen de un plazo de máximo seis meses para estudiar una transacción, pero no de un plazo mínimo; si deciden que ésta resulta sospechosa, cuentan con 48 horas adicionales para reportarla (UIF, 228/2007: Anexo I, Cap. IV, 2.4); la UIF no tiene plazos legales para llevar adelante el análisis del reporte y, a juzgar por la acumulación de ROS, cada análisis consume una considerable cantidad de tiempo —que en algunos casos, al parecer, se mide en años—. Cuando la UIF remite el caso a la UFILAV, ésta última cuenta con un plazo máximo de 60 días para profundizar la investigación preliminar del análisis remitido por la

UIF; si la UIF requiere, a través del MPF, una medida cautelar a un juez, éste no tiene plazo para expedirse; si, en cambio, la UIF requiere el levantamiento del secreto fiscal, el magistrado tiene 30 días para evaluar la solicitud.

En otras palabras, un sistema que debería operar con plazos medidos en horas, lo hace en plazos medidos en meses. De este modo, las posibilidades de disipación de los bienes sujetos a decomiso son extremadamente altas. Si esta situación no es modificada, difícilmente otras reformas puedan tener otro efecto que el de constituir retoques de cosmética institucional.

Sin embargo, para poder adoptar medidas cautelares en los tiempos que estos delitos requieren, también es preciso modificar las dinámicas de análisis, investigación y coordinación entre los organismos intervinientes.

Para poder adoptar medidas cautelares en los tiempos que estos delitos requieren, también es preciso modificar las dinámicas de análisis, investigación y coordinación entre los organismos intervinientes.

Aunque resulte obvio decirlo, de poco serviría acortar los plazos de la ley para adoptar una medida cautelar si el tiempo requerido para obtener la información necesaria para confirmarla o descartarla no se reduce proporcionalmente. Porque aunque es cierto que cuánto más cerca de la transacción se inmovilicen los bienes, más fácil será coleccionar la evidencia necesaria para obtener una condena que habilite el decomiso, no lo es menos que la afectación de derechos que producen las medidas cautelares está directamente relacionada con el grado de certeza que el juzgador tenga sobre la relación del bien cautelado con el delito investigado (sea éste un instrumento o su provecho).

La actual regulación no contempla ningún tipo de excepción a la exigencia de orden de autoridad judicial, aun cuando la dilación que acarrea tal solicitud en numerosos supuestos podría frustrar por completo los fines de la medida cautelar. Por tal motivo, sería recomendable que una reforma contemple la posibilidad de que la UIF adopte medidas cautelares sujetas a una confirmación judicial en un plazo extremadamente breve.

Poner tal facultad en cabeza de un órgano administrativo puede producir cierto resquemor. Pero los reparos pueden ser relativizados si se concibe la intervención como una medida urgente destinada a durar un breve lapso. Al efecto, se debe tener en cuenta que nuestro sistema jurídico admite afectaciones

análogas en otros casos, sin que ello genere mayores reparos. Así, nadie se escandalizaría si, por ejemplo, la policía aduanera retuviera cautelarmente el maletín lleno de dinero de alguien que pretendía ingresarlo de contrabando al país, si lo deja luego a disposición del juez en lo penal económico. No se pretendería, en tal caso, que el contrabandista pudiera retirarse del aeropuerto con su dinero, mientras que la policía solicita una orden al juez, que puede tomarse 30 días en expedir.

Finalmente, es necesario mencionar aquí que una política de incautación de bienes de origen ilícito debe ser acompañada de la creación de un sistema que permita su administración, especialmente en un contexto en el que los procesos judiciales son extremadamente prolongados y los bienes, en consecuencia, pueden quedar cautelados durante años.

Actualmente, en la Argentina, la responsabilidad de administrar los bienes incautados en proceso penales está distribuida entre los magistrados del Poder Judicial, a través del régimen general establecido por la Ley 20.785 y una serie de acordadas dictadas por la CSJN, y diferentes organismos del Poder Ejecutivo Nacional, de conformidad con regímenes especiales establecidos de acuerdo al origen de los bienes incautados o decomisados (e. g., art. 27 de la Ley 25.246; arts. 30 y 39 de la Ley 23.737, etc.).

La superposición —y a veces contradicción— de estos regímenes normativos, sumado al hecho de que la incautación y el decomiso de bienes no ha sido, hasta el momento, un tema central de la política criminal argentina, ha permitido la preeminencia, más allá de las normas vigentes, de un sistema más bien discrecional, poco transparente, en el que los bienes incautados, en el mejor de los casos, suplen la falta de recursos de algún organismo público y en otros, son simplemente abandonados, se deprecian o inclusive, son utilizados para fines privados.

En numerosas ocasiones, este sistema resulta además gravoso para el Estado, tanto por los gastos de administración, mantenimiento o conservación como por las eventuales compensaciones como resultado del deterioro durante el proceso en casos de sobreseimiento o absolución.

La administración de bienes incautados por parte de los magistrados del Poder Judicial, además, los coloca en la necesidad de destinar parte de su tiempo a actividades que no se relacionan directamente con su función cuando, encima, carecen de los recursos y el entrenamiento necesarios para desarrollarlas adecuadamente.

Por ello, en atención al dictado de la Res. PGN 129/09 —que previsiblemente generará un aumento de la cantidad de bienes incautados— es recomendable adoptar

un sistema que permita administrarlos adecuadamente.

En noviembre de 2008, el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos dictó la Res. N° 3362 por la cual encomendó a la Secretaría de Asuntos Registrales, a la Coordinación—Representación Nacional (CRN) ante GAFI, GAFISUD y LAVEX/CICAD/OEA y al Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico de Estupefacientes y Criminalidad Compleja la elaboración de un proyecto de ley que determine la estructura y organización de un “*Registro Nacional Único de Bienes Incautados y Decomisados*”.

La creación de un registro permitiría, al menos, transparentar sobre quién recae la responsabilidad de administración o eventual disposición, identificar con precisión los costos en los que incurre el Estado para administrar dichos bienes e, inclusive, incorporar sistemas de subasta pública de bienes que garantice el acceso igualitario de potenciales compradores. De este modo, el Registro contribuiría de manera fundamental a evitar el abuso en la administración de estos bienes, a garantizar los derechos de los imputados y a evitar costos innecesarios para el Estado.

Un sistema más comprehensivo que un registro debería además abordar otras problemáticas, como por ejemplo las alternativas de uso de los bienes una vez que se ha producido su incautación, las condiciones y responsabilidades bajo las cuales organismos estatales pudieran beneficiarse con su uso, la posibilidad de disponer de los bienes incautados con consentimiento de su titular, alternativas para la conservación de bienes depreciables. En este sentido, resulta fundamental tener en cuenta que la administración de dinero, de bienes inmuebles, de sociedades o de fondos de comercio presenta características y desafíos diferentes en relación con el régimen tributario aplicable en las diferentes etapas del proceso, la conveniencia de asegurarlos o la situación jurídica de los terceros de buena fe que aleguen derechos respecto de los bienes incautados y el destino final de los bienes, entre otros aspectos relevantes.

Cualquiera sea la opción elegida, es indudable que el aumento de bienes incautados requerirá, al menos, transparentar con urgencia la situación actual.

D. Decomiso penal, Decomiso Ampliado y Decomiso sin Condena

D.1. Estándares internacionales: el abandono de la noción tradicional de decomiso

La noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, el uso del derecho penal para decomisar bienes ha sido tradicionalmente limitado, por lo menos desde el siglo XVIII, al de los instrumentos usados para cometer el delito —usualmente entendido como una medida de carácter punitivo— y al de los objetos socialmente peligrosos —entendido como una medida de carácter preventivo—.

Las políticas de control de lavado de activos alteraron este equilibrio e impulsaron, como una pieza central de la estrategia para reducir mercados ilícitos, una nueva forma de decomiso dirigida al “producto del delito”, es decir, a las ganancias o provecho obtenidos con la comisión del delito.

El desarrollo ha sido progresivo pero veloz. La Ley R.I.C.O.⁵ introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años ‘70 y lo extendió, en 1986, cuando criminalizó el lavado de activos. A fines de los ‘80, en plena internacionalización de la “guerra contra las drogas”, la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta central para reducir el narcotráfico a nivel global. Por esa vía fue introducido en la mayoría de las legislaciones del mundo y, en los últimos años, su alcance se fue —en algunos países, paulatina y, en otros, repentinamente— ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias. En menos de 20 años, más de 150 países introdujeron en sus legislaciones el decomiso del producto del delito (Jorge, 2009).

Como estrategia político-criminal, si el decomiso del producto del delito es asimilado al decomiso de los instrumentos del delito —una medida punitiva que recae sobre bienes relacionados con los hechos examinados en la condena—, enfrenta al menos dos desafíos jurídicos importantes.

Por un lado, la experiencia ha demostrado que es extremadamente difícil para los fiscales probar penalmente —es decir, más allá de toda duda razonable— el “origen ilícito” de los bienes. Generalmente, los fiscales están en condiciones de comparar el patrimonio de una persona con sus ingresos lícitos, cuando los tiene y son comprobables por medios formales, y derivar consecuencias de esa

comparación, es decir, una operación similar a la que se efectúa para determinar el delito de enriquecimiento ilícito o ciertas determinaciones tributarias.

Por otra parte, en aquellos casos que son detectados a través de estrategias de investigación tradicionales —patrullaje policial, denunciantes o informantes de la policía— y comienzan, precisamente, con el decomiso del objeto prohibido —por ejemplo, las drogas, las armas o los autos robados—, aún no se ha obtenido beneficio alguno. Por ello, si el decomiso del producto del delito se limita al provecho obtenido en el hecho investigado, muchos de estos casos plantean el siguiente dilema para la política criminal: un imputado que disfruta de un elevado patrimonio, con altas probabilidades de que su origen sea ilícito, pero que no puede ser sujeto a decomiso si previamente no se determina el origen de cada bien.

Aunque en ambos casos una solución lineal sería altamente controversial en términos de derechos fundamentales —por los posibles menoscabos a la presunción de inocencia y a la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo— la Convención reconoce estos problemas y abre un abanico de posibilidades para que los Estados los resuelvan de conformidad con el alcance específico de estos principios constitucionales en sus respectivas jurisdicciones.

Para comenzar, el art. 2 de la Convención define el decomiso como la “privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente”. Nótese que no solamente no se refiere específicamente a un tribunal penal sino que incluso admite la posibilidad que el decomiso sea ordenado por una autoridad no judicial, lo que abre la posibilidad de que el decomiso del producto del delito no sea establecido como una sanción penal sino civil o administrativa.

El art. 31, que define el alcance del decomiso, establece que los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias en su ordenamiento interno para asegurar el decomiso “del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto” y de los “bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. Cabe resaltar que, para el caso del decomiso del producto del delito, los Estados están obligados a prever el decomiso de bienes de valor equivalente. En algunos países, este tipo de decomiso —llamado sustituto o basado en el valor— es la regla cuando el imputado es titular de bienes que son suficientes para cubrir el equivalente al producto obtenido, lo que evita los costos asociados al rastreo, la localización y la inmovilización del mismo bien obtenido como producto.

5. “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations”, introducida en 1970 al 18 USC 96. Las sanciones penales de decomiso del producto del delito están descriptas en la Sección § 1963.

Luego de establecer la obligación de que el decomiso del producto cubra su transformación en otros bienes (producto indirecto) así como los beneficios o rendimientos económicos obtenidos con su explotación (producto secundario), la Convención requiere a los Estados Parte “*considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos*” (art. 31, inc. 8). Esta recomendación se dirige a resolver los problemas mencionados más arriba.

Por una parte, la referencia al “delincuente” limita la inversión de la carga de la prueba al momento posterior a la condena, es decir, una vez que la presunción de inocencia haya sido destruida por una sentencia condenatoria. Aunque la incautación de bienes se lleva a cabo al comienzo del procedimiento penal, muchos países de Europa continental han diferido el procedimiento de decomiso a un momento posterior a la condena, de modo de permitir la disminución del estándar probatorio requerido para probar el origen de los bienes sujetos a decomiso.

Por otra parte, la referencia al “*presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso*” ha permitido que muchos países extendieran la prueba de su origen a bienes que, aunque no estén directamente relacionados con el hecho juzgado, pudieran haber sido adquiridos a través de la comisión de ilícitos del mismo tipo.

En el derecho comparado, las soluciones adoptadas para superar los problemas mencionados anteriormente generaron dos modelos de decomiso del producto del delito alternativos al decomiso penal tradicional: el decomiso ampliado, utilizado sobretodo en Europa y el decomiso sin condena, civil o extinción del dominio, utilizado en los países de tradición anglosajona y, llamativamente, en muchos países de América Latina. A continuación introduciremos las notas características de cada modelo.

Decomiso ampliado

Todos los miembros del Consejo de Europa están obligados, desde fines de 2007, a adoptar alguna forma de “decomiso ampliado” de conformidad con el art. 3 de la Decisión Marco 2005/212/JHA.

El decomiso ampliado resuelve a un tiempo los dos problemas mencionados más arriba. Por una parte, permite al fiscal compartir la carga de la prueba con el imputado o el titular de los bienes porque es discutido en un procedimiento posterior a la sentencia condenatoria.

Por otra parte, permite al fiscal requerir el decomiso de bienes no relacionados específicamente con el delito juzgado, sobre la base de tres tipos de presunciones que, claro está, admiten ser destruidas por el imputado.

La primera es que el patrimonio adquirido durante cierto tiempo anterior al hecho juzgado es de origen ilícito. Así sucede desde hace algo más de dos décadas en el Reino Unido, donde el patrimonio adquirido por el condenado durante los seis años anteriores al hecho por el cual es condenado se presume adquirido mediante la misma actividad, si el fiscal logra probar que tal actividad es su principal medio de vida. Bulgaria, Finlandia y Polonia han establecido recientemente una legislación similar.

La segunda consiste en acercar elementos de prueba que muestren que el patrimonio no justificado proviene de otros hechos ilícitos de la misma naturaleza. Esta es el enfoque adoptado por las legislaciones de Francia, Dinamarca, Países Bajos y la República Checa.

La tercera consiste en probar que el patrimonio es desproporcionado en relación con los ingresos lícitos del imputado; esto es admitido en Alemania, Francia, Dinamarca y Estonia (Comisión Europea, 2007).

En general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) ha admitido la compatibilidad del “decomiso ampliado” con la presunción de inocencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido la compatibilidad del “decomiso ampliado” con la presunción de inocencia.

Al ser procedimientos posteriores a la condena, el Tribunal entendió que la decisión se encontraba fuera del alcance de la presunción de inocencia y que el hecho de que la inversión de la carga probatoria se extendiera más allá de las ganancias obtenidas mediante la comisión del hecho probado era un aspecto de la determinación de la pena que excedía el derecho a ser presumido inocente⁶.

Recientemente, sin embargo, el TEDH condenó a los Países Bajos por violar la presunción de inocencia en un caso en el cual la Corte Suprema holandesa había ordenado, además del decomiso de bienes originados en el delito por los cuales el imputado había sido condenado, el decomiso de bienes presuntamente obtenidos a través de delitos por los cuales el imputado había sido absuelto. El monto del decomiso provenía de un reporte policial que extrapolaba los precios de productos robados, pero no había sido probado que los bienes hubieran estado en posesión del imputado.

6. *Phillips c. Reino Unido*, Caso 41087/98, del 12.12.2001; *Butler c. Reino Unido*, Caso 41661/98, del 26.06.2002; *Harry Van Offeren c. Holanda*, del 05.07.2005 y *Grayson v Reino Unido*, del 23.09.2008.

El TEDH declaró que la orden de decomiso violaba la presunción de inocencia por dos razones. En primer lugar, la Corte consideró que “[S]i no se ha probado más allá de toda duda razonable que la persona afectada ha cometido el delito, **y tampoco puede establecerse como un hecho que ha obtenido una ventaja, ilegal o no, esa medida sólo puede estar basada en una presunción de culpabilidad (...)** En segundo lugar (...), la orden impugnada se refiere a los mismos delitos por los cuales el peticionario ha sido absuelto” lo que violaría el principio general según el cual “luego de una absolución final, la expresión de sospechas sobre un acusado inocente es inadmisibles”⁷ (el resaltado nos pertenece).

El límite impuesto por el TEDH puede ser tomado como el punto de equilibrio conceptual de la noción de decomiso ampliado en Europa: la inversión de la carga de la prueba en relación con el origen de los bienes no vulnera la presunción de inocencia si es realizada con posterioridad a la condena, inclusive con respecto a bienes que constituyen el producto de otros delitos, siempre que el fiscal pueda establecer esta circunstancia con cierto grado de probabilidad.

La interpretación de los tribunales constitucionales o superiores europeos ha sido esencialmente la misma. Por un lado, se sostiene que el decomiso ampliado no persigue los mismos fines que la pena, sino que pretende “corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado” (Blanco Cordero, 2008). En tal sentido, el decomiso ampliado persigue objetivos preventivos (por oposición a punitivos), tanto porque evita la reinversión de las ganancias de origen delictivo, como porque reduce los incentivos para delinquir al señalar que el delito no es una actividad lucrativa.

En Alemania, probablemente el país más restrictivo en la inclusión de estas reglas a su ordenamiento jurídico, la aplicación del decomiso ampliado prevista en el art. 73.d.1 del Código Penal ha sido restringida por el Tribunal Constitucional a que exista una *probabilidad muy elevada* de que los bienes hayan sido obtenidos o proceden de hechos ilícitos⁸.

Decomiso sin condena, decomiso civil o extinción del dominio

Aunque fue inicialmente incluido en la legislación antimafia italiana de 1965, el decomiso civil o sin condena ha tenido una alta recepción en los países de tradición jurídica anglosajona (Estados Unidos, Irlanda, Reino Unido, Australia, algunas provincias canadienses) y aunque es generalmente asociado con esta tradición, ha ido ganando terreno en jurisdicciones de tradición continental como por ejemplo Suiza, que admite el decomiso en el proceso penal aun antes de la condena.

En nuestra región, bajo la influencia de los programas de reforma financiados por la Agencia para el Desarrollo de Estados Unidos (USAID), varios países han comenzado a trasplantar institutos diseñados en el derecho estadounidense para reducir la criminalidad organizada. Entre ellos, aunque con diferentes matices, el decomiso sin condena ya ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de Colombia, Perú y México y proyectos similares se encuentran en estudio en las legislaturas de Brasil, Bolivia, Guatemala, Panamá y Ecuador, entre otros. En nuestra región, este instituto es conocido con el nombre de *extinción del dominio*.

La extinción del dominio consiste en una acción de carácter real a través de la cual el Estado cuestiona la titularidad de un bien sobre la base de que es o ha sido adquirido con el producto de un delito. Una vez que el Estado establece su caso —basado usualmente en la desproporción patrimonial del titular o en la conexión del bien con un delito bajo investigación— quien crea que tenga mejor derecho sobre el bien debe probarlo. El procedimiento es totalmente independiente del procedimiento penal.

El TEDH aceptó la compatibilidad de este procedimiento con la presunción de inocencia y el derecho de propiedad en los numerosos casos que ha enfrentado Italia, que legisló este instituto en 1965 como parte de un paquete legislativo antimafia⁹. Los tribunales domésticos —Tribunal Constitucional de Colombia¹⁰, Corte Constitucional de Sudáfrica¹¹, Corte Constitucional de Irlanda¹², Corte Suprema de Estados Unidos¹³, entre otros— tampoco han encontrado objeciones constitucionales a este procedimiento.

7. *Geerings v. The Netherlands*, Caso 30810/03, Sentencia del 1 de marzo de 2007, párr. 47-49.

8. Tribunal Constitucional Alemán, 2BvR 564/95, del 14 de enero de 2004.

9. Cfr. por todos Saveria Licata c. Italia, del 27.05.2004 y todas sus citas.

10. Sentencia C-1065/2003.

11. NDPP v. Mohamed No and Ors (2003).

12. Murphy v. GM, PB, PC Ltd y GH, (2001) IESC 92.

13. US v. Ursery, 24.06.1996.

D.2. El decomiso del producto del delito en Argentina

A pesar de que existen algunos tipos de decomiso administrativo, en la Argentina el decomiso es un instituto arraigado en la legislación penal, considerado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como una pena accesoria. En su concepción original, el instituto se dirigía exclusivamente contra los instrumentos y los efectos del delito.

En el año 2003, una reforma introdujo en el art. 23 del CP el decomiso del “*producto o provecho del delito*”. La reforma sólo admitió un decomiso *objetivo*, puesto que se encuentra limitado a “*las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito*” y no prevé la posibilidad de decomisar bienes de valor equivalente, como obliga el art. 31 de la Convención. En consecuencia, en nuestro sistema no sería posible decomisar bienes del imputado adquiridos con anterioridad o sobre los cuales no pudiera señalarse alguna relación con el hecho por el cual es condenado (Freedman, 2008).

La reforma, sin embargo, introdujo la posibilidad de decomisar el provecho del delito cuando éste se encuentre en poder de terceros no condenados.

Específicamente, el art. 23 lo permite, por una parte, respecto de mandantes o de personas jurídicas que resultaran beneficiados por el delito del mandatario o de los miembros (u órganos o administradores) de la persona jurídica y, también, con relación a terceros beneficiados por el delito a título gratuito.

La extensión a terceros no condenados ha llevado a afirmar que el fundamento que inspira la reforma otorga carácter preventivo al decomiso del producto del delito (Colombo y Stabile, 2005). Lamentablemente, la introducción del decomiso del producto del delito en nuestra legislación aun no ha originado estos debates en los tribunales.

De hecho, es una práctica tan poco habitual que en uno de los pocos casos de corrupción en los que ha existido condena, el caso de enriquecimiento ilícito de María Julia Alsogaray, la ejecución de la medida, que se llevará a cabo contemporáneamente con la publicación de este documento —más de 5 años después de la condena— es una noticia seguida atentamente por todos los diarios de circulación nacional. Lamentablemente, la reforma no fue acompañada ni del debate ciudadano que temas de esta trascendencia merecen, ni de los mecanismos que permitieran implementarla adecuadamente.

A nuestro juicio, nada impide que, del mismo modo que ha ocurrido en algunos países europeos, una reforma procesal establezca un estándar probatorio de carácter civil —balance de probabilidades— para que el decomiso

del producto del delito sea determinado luego de la condena. En efecto, parece razonable sostener, como lo ha hecho el TEDH, que el principio de inocencia no alcanza a la etapa de determinación de la pena, momento en el cual, necesariamente, la acusación ya ha debido demostrar, más allá de toda duda razonable, que se cometió un delito y que el condenado participó en su comisión. El art. 23 se refiere a todo proceso “en el que recayera condena”, lo que sugiere que el decomiso podría ser sujeto a reglas diferentes de aquellas que rigen para la determinación de la culpabilidad. Por ello, un procedimiento que llamara al condenado a rebatir las evidencias que señalen que determinados bienes tiene origen en su delito no debería levantar objeciones constitucionales serias.

Una reforma de esa naturaleza también debería aclarar, entre otros aspectos relevantes, bajo qué circunstancias los titulares de bienes sujetos a decomiso serán considerados terceros de buena fe e, inclusive, las reglas para disponer el destino final de los bienes decomisados.

D.3 Recomendaciones

El problema más importante en relación con el decomiso del producto del delito en la Argentina es de orden institucional. A pesar de haber introducido el instituto hace ya seis años, la regla no ha sido utilizada por los operadores jurídicos. Aunque la lentitud de los procesos penales en general ha jugado algún rol, este pobre desempeño se explica por la falta de una política institucional del Poder judicial y del Ministerio Público que esté orientada a la recuperación de activos en general y de la corrupción en particular. Esta tendencia parece estar cambiando de rumbo en el Ministerio Público, con la reciente creación de la Oficina de Coordinación y Seguimiento de Delitos contra la Administración Pública y el dictado de la instrucción general (Res. PGN 129/09) sobre adopción de medidas cautelares desde el inicio del procedimiento.

En el plano formal, además, la regulación del decomiso se encuentra por debajo de los estándares de la Convención. El art. 23 podría ser nuevamente reformado de modo de permitir expresamente el decomiso aquellos bienes en los que el producto se haya transformado o convertido y que sea posible, cuando éstos se hayan mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, el decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

Probablemente, de manera conjunta con las recomendaciones ya efectuadas en relación con las medidas cautelares y el régimen de bienes incautados, debería introducirse a través de una ley especial o a través

de una reforma al CPPN, un procedimiento específico que regule las condiciones necesarias para invertir la carga de prueba con posterioridad a la condena, la participación de los terceros de buena fe y el destino final de los bienes decomisados.

El Congreso también debería evaluar la posibilidad de legislar, junto al ya existente decomiso penal, procedimientos de extinción del dominio o decomiso sin condena que permitan el decomiso del producto, al menos en aquellos casos en los cuales la persecución penal resulta imposible, o extremadamente difícil.

E. Cooperación Internacional con fines de Decomiso

E.1. Estándares internacionales

La cooperación internacional en materia penal ha girado, tradicionalmente, en torno de las reglas de extradición, es decir, de las condiciones bajo las cuales un Estado debe cooperar con otro en la entrega de un fugitivo para que se defienda de una acusación o para que cumpla una pena. Las reglas relativas a la obtención de evidencias en el exterior para juzgar a personas que se encuentran en el país que las requiere, en cambio, han sido históricamente tratadas como un apéndice del derecho de extradición, al que le eran aplicables sus principios generales.

Por otra parte, el formato de negociación de estas reglas fue, hasta hace poco, el de los tratados bilaterales cuyas cláusulas se preveían aplicables “en materia penal”, es decir, a todos los delitos —salvo excepciones expresamente previstas por el tratado.

En las últimas dos décadas, la liberalización de los mercados financieros y el aumento de la sofisticación de los instrumentos que permiten ocultar la titularidad de los bienes, determinó un aumento exponencial de la necesidad de obtener evidencias en el extranjero. En este nuevo escenario, la noción de aplicar los principios generales de la extradición —en los que está en juego la libertad individual de un ser humano— a cualquier medida de prueba —e.g., la obtención de información bancaria— entró en crisis. Este proceso dio lugar a tres cambios fundamentales en materia de cooperación para la reducción de algunos delitos, incluidos los asociados a la corrupción pública.

En primer lugar, las reglas de asistencia jurídica recíproca comenzaron a independizarse de las de extradición, lo que permitió la paulatina elaboración de reglas específicas tanto para la obtención de evidencias (asistencia jurídica internacional propiamente dicha) como para investigar, embargar y decomisar el

producto del delito (cooperación internacional con fines de decomiso).

En segundo lugar, en línea con una tendencia general del derecho internacional público, la cooperación entre Estados, en especial en materias técnicas, ha dejado de ser “inter-nacional”, en el sentido de ser exclusivamente conducidas por un órgano del Poder Ejecutivo —e.g., la Cancillería— para disgregarse en una serie de redes específicas, más profesionales y especializadas que, al estar encargadas de asuntos con repercusión global, necesitan estar en contacto permanente con sus pares del exterior para intercambiar conocimientos, experiencias, información, diseños de políticas, etc. (Raustalia, 2002; Slaughter, 2004). En el ámbito de la asistencia jurídica internacional, ello se manifiesta en el surgimiento de vínculos horizontales y directos entre diferentes organismos de cada país con sus pares extranjeros, muchos de ellos de carácter administrativo. Estas relaciones son auspiciadas bien por un organismo internacional o bien por una red informal, en ambos casos, con vocación global. En materia penal, por ejemplo, la cooperación policial es liderada por INTERPOL, la cooperación entre unidades de inteligencia financiera, por el Grupo Egmont (red informal), la cooperación entre fiscales y jueces por asociaciones profesionales o redes informales regionales, muchas veces especializadas por delitos. Ello ha dado lugar al surgimiento de nuevos resortes a los que pueden recurrir los Estados para investigar delitos complejos que, cada vez más, poseen carácter transfronterizo.

Finalmente, en aquellas materias para las que existe consenso global o regional, los tratados bilaterales que tradicionalmente han gobernado las relaciones entre Estados para *todos* los delitos —con una bajísima cobertura global— están siendo de a poco reemplazados por acuerdos multilaterales —regionales o universales— que se ocupan, ya no de todos, sino de algún problema particular, como narcotráfico, delincuencia organizada, corrupción o terrorismo, entre otros. Cada tratado incorpora sus propias reglas de asistencia jurídica recíproca, diseñadas de conformidad con el problema que intentan reducir, con la ventaja que, para ese problema, el tratado garantiza cobertura entre todos sus miembros.

La Convención ha sido negociada teniendo en cuenta estas transformaciones y, por ello, es un instrumento altamente sofisticado en materia de cooperación internacional: diferencia claramente entre las reglas aplicables a la extradición de personas (arts. 44 y 45), las reglas de asistencia para obtener evidencias (arts. 46 y 47) y las reglas de asistencia con fines de decomiso (54 a 56); alienta fuertemente la cooperación

administrativa, tanto policial como entre unidades de información financiera, como medios para fortalecer los requerimientos de asistencia judicial (arts. 48 a 50); y provee cobertura global para la cooperación en relación con los delitos de corrupción previstos en su texto, tanto penal, como civil o entre organismos administrativos (art. 43).

La Convención recoge las actuales tendencias en materia de cooperación: diferencia claramente entre extradición y asistencia en investigaciones; alienta la cooperación administrativa; y provee cobertura global en relación con los delitos de corrupción.

Dado que se trata de una materia extremadamente técnica, sólo abordaremos aquí aquellos estándares que, por su novedad, arrojan luz sobre algunos de los temas que merecen atención especial en la Argentina (para un análisis más detallado, ver Jorge, 2008).

El primero de ellos es el énfasis en la utilización de redes de cooperación administrativas como medio para fortalecer los pedidos de asistencia judicial. En tal sentido, el art. 48 inc. 2 de la Convención no sólo recomienda la cooperación entre organismos de cumplimiento de la ley, sino que permite a los Estados Parte que no tengan acuerdos bilaterales específicos, utilizar la Convención como base para la cooperación directa entre sus respectivos organismos.

En el ámbito policial, por ejemplo, en los últimos años ha aumentado notablemente el uso de oficiales de enlace y la formación de equipos de investigación conjuntos (Gally-Hart, 2005). Adicionalmente, INTERPOL ha desarrollado diversas herramientas útiles para investigar hechos de corrupción, entre las que se incluye un sistema de enlaces a través de los cuales las autoridades encargadas de la persecución penal pueden requerir cooperación policial en casos de corrupción¹⁴ y el desarrollo de un sistema automático de búsqueda para la investigación del lavado de dinero denominado *INTERPOL Money Laundering Automated Search Service* (IMLASS), formado por bases de datos domésticas de diversos países.

En el ámbito de las UIFs, como ya hemos señalado, la cooperación se lleva a cabo a través de una red informal, llamada Grupo Egmont¹⁵, que provee un sistema de comunicación digital que interconecta actualmente a más de 100 miembros. Esta red de intercambio de información financiera es un sistema ágil que facilita notablemente la investigación del lavado de activos y,

muchas veces, el embargo de bienes cuyo decomiso, posteriormente, es discutido en el ámbito de la asistencia judicial.

Como regla general, la información obtenida a través de esta red no es admisible en procesos judiciales si ello no es expresamente autorizado por la UIF que la proporciona. Ello permite acomodar las diferentes ubicaciones institucionales que cada país asigne a su UIF —policial, administrativa, judicial o un híbrido con competencias propias—, y el nivel de protección otorgado a la información financiera —civil, penal, comercial—. La información allana notablemente el camino del investigador penal porque le permite saber, usualmente en cuestión de días, si su hipótesis de investigación es correcta y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para obtener la evidencia judicialmente cuando ello es necesario para construir su caso.

Además de estos canales administrativos, las investigaciones pueden ser enriquecidas si se accede a información pública en otros países —registros y balances societarios, registros de bienes inmuebles o bienes registrables—, a través de Internet en el caso en que estén disponibles, o a través de colegas de dichos países.

En el ámbito de la cooperación judicial —reservada para la obtención de evidencias cuya recolección requiera la adopción de medidas restrictivas de derechos— la Convención ha incorporado varias innovaciones dirigidas a remover obstáculos que tradicionalmente han sido utilizados para favorecer la impunidad de los delitos financieros.

Entre ellas, se destaca en primer término la flexibilización del principio de doble incriminación. Este principio supedita la asistencia judicial a que el hecho investigado en el país requirente esté tipificado en el país requerido. Si bien en el ámbito de la extradición opera como una garantía del principio de legalidad (Stessens, 2002), una interpretación excesivamente restrictiva en el ámbito de la asistencia jurídica recíproca conduce a soluciones injustas. La Convención comienza por aclarar que, “cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente” (art. 43.2). Esta regla evitará que los centros financieros continúen utilizando interpretaciones absolutamente formalistas de este principio para denegar asistencia.

14. Ver <http://www.interpol.int/Public/Corruption/corruption.asp> (última visita, 13 de octubre de 2009)

15. Ver <http://www.egmontgroup.org> (última visita, 13 de octubre de 2009).

Aun más destacable, porque implica un progreso significativo en esta materia, la Convención obliga a los Estados a prestar asistencia aun en ausencia de doble incriminación cuando la solicitud pueda ser satisfecha a través de medidas no coercitivas (art. 46 inc. 9.b).

La Convención obliga a los Estados a prestar asistencia aun en ausencia de doble incriminación cuando la solicitud pueda ser satisfecha a través de medidas no coercitivas.

Esta flexibilización facilitará las investigaciones en casos de enriquecimiento ilícito —muchos países no lo han tipificado por su dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia—, algunos delitos tributarios —que en la mayoría de los centros *offshore*, son infracciones administrativas— y tráfico de influencias o soborno en el sector privado, que en muchos países no ha sido tipificado.

En segundo lugar, además de reiterar la prohibición —ya establecida en otros tratados— de denegar asistencia con fundamento en el secreto bancario (art. 46 inc. 8), la Convención es el primer instrumento que prohíbe denegar asistencia judicial con fundamento en que la información requerida podría ser utilizada, además, con fines tributarios.

La Convención es el primer instrumento que prohíbe denegar asistencia judicial con fundamento en que la información requerida podría ser utilizada, además, con fines tributarios.

Este argumento ha sido frecuentemente utilizado por los centros *offshore* para denegar asistencia, aun en casos en los cuales la solicitud no se refiriera a un delito fiscal.

En tercer lugar, siguiendo una tendencia universal, la Convención (art. 56) estimula la cooperación espontánea, es decir, asistencia sin que exista una previa solicitud por parte del Estado afectado. Este principio es de inmensa utilidad en el ámbito de la recuperación de activos porque permite que los países receptores de activos ilícitos puedan informar de ello a los países víctima, los cuales en muchas ocasiones carecen de los elementos de convicción suficientes como para iniciar una investigación o un proceso que les permita solicitar la asistencia de otras jurisdicciones.

Por último, es importante señalar la previsión del art. 46 inc. 2 de la Convención que obliga a prestar la mayor asistencia posible para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, incluso cuando tal responsabilidad no sea de carácter penal. Esta regla facilitará la cooperación con países —como

Argentina— en los cuales no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas y que, usualmente no brindan asistencia cuando alguno de los imputados en el país requirente es una persona jurídica.

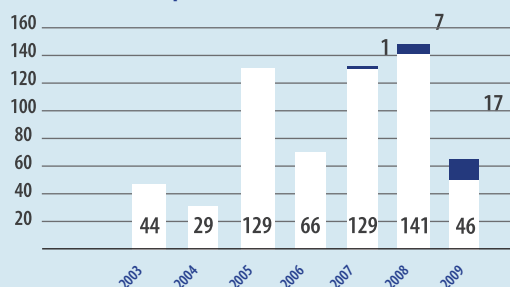
Además de estas destacadas innovaciones, la Convención establece una amplia serie de medidas dirigidas a la localización, embargo y decomiso del producto del delito y detalla con precisión los estándares requeridos para obtener cada tipo de asistencia en particular. La principal innovación en este sentido es que, tanto en materia de decomiso como respecto de la adopción de medidas cautelares, la Convención requiere que los Estados adecuen sus ordenamientos jurídicos internos de modo de estar en condiciones tanto de ejecutar una orden extranjera —procedimiento característico de la tradición continental— como de emitir una orden local —procedimiento característico de la tradición anglosajona—. En cada solicitud específica, el Estado requerido puede adoptar la vía que mejor se adapte a las circunstancias del caso (arts. 54 y 55).

E.2. La cooperación administrativa y la cooperación judicial en la Argentina

La Argentina cuenta con ámbitos específicos de cooperación administrativa y de cooperación judicial. En términos de cooperación administrativa, la Policía Federal es un miembro activo de INTERPOL y la UIF es un miembro activo del Grupo Egmont, lo cual implica que existen canales para obtener información no coercitiva e información financiera.

Las estadísticas de la UIF muestran un fluido y creciente intercambio de información financiera con sus pares del exterior. El gráfico que sigue, además de mostrar los flujos, también ilustra la agilidad de estos procedimientos. Nótese que la proporción de solicitudes pendientes de resolución es extremadamente baja.

Gráfico 4: Solicitudes de información Enviadas por la UIF al Exterior



Fuente: www.uif.gov.ar Las estadísticas fueron tomadas a junio de 2009.

En relación con la cooperación judicial, la Argentina ha suscripto numerosos tratados bilaterales y multilaterales, los cuales, por imperio de la prelación normativa establecida en la Constitución Nacional, poseen jerarquía superior a las leyes. Por debajo de ellos y aplicable de manera supletoria, o para la interpretación de los tratados, rige la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley 24.767).

Aunque es relativamente reciente, la Ley 24.767 no refleja los cambios que ha habido en materia de cooperación internacional en materia penal, que se han consolidado luego de su entrada en vigencia.

La ley se refiere principalmente a la extradición activa y pasiva y, si bien introduce la posibilidad de solicitar medidas de asistencia en la investigación de los delitos, subordina su interpretación a los principios generales de la extradición (art. 67). De este modo, aunque sólo rige de manera supletoria, la ley local sigue la clásica concepción que no diferencia la extradición de la asistencia jurídica recíproca.

Por otra parte, la autoridad central argentina continúa institucionalmente situada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Esa ubicación no favorece la independencia de las investigaciones, sobre todo de aquéllas que involucran a miembros del Poder Ejecutivo o a personas allegadas o que gozan de la confianza de la administración de turno. Para evaluar esta deficiencia, nótese que para obstaculizar una estrategia de localización y embargo de activos en el exterior no es necesaria la interferencia directa. La filtración de información que permita alertar al titular de los bienes será más que suficiente para frustrarla, especialmente si se trata de bienes líquidos.

La autoridad central argentina continúa institucionalmente situada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que no favorece la independencia de las investigaciones.

Como toda ley de aplicación subsidiaria, la 24.767 está diseñada desde el punto de vista de un Estado requerido, es decir, de quien debe brindar asistencia a un Estado que la requiere. En términos generales, se destaca por la amplitud con la que recepta el principio de doble incriminación, que es exigido únicamente en relación con *algunas* medidas coercitivas, lo que redundará en un estándar aun más alto que el de la Convención; por la expresa admisión de medidas cautelares a pedido de una autoridad extranjera —aunque es algo formalista en relación con las exigencias mínimas para prestar tal asistencia—, por el establecimiento de las condiciones para ejecutar una orden de decomiso dictada por

un tribunal extranjero (art. 95) y por contener una previsión específica para compartir el dinero o los bienes decomisados (art. 96).

Una revisión de las estadísticas de la autoridad central permite afirmar que la Argentina no parece ser el destino del producto de la corrupción de ningún país determinado. De los casos tramitados entre 2000 y 2007, la colaboración de autoridades argentinas fue requerida en menos del 10% y, en esos pocos casos, se trató de requerimientos originados en países latinoamericanos. Las solicitudes fueron respondidas en un promedio de cuatro meses, en la mayor parte de los casos y la práctica de las medidas requeridas devino en resultados negativos (Jorge y Volosín, 2008).

La actuación de la Argentina como Estado requirente (90% de los casos), en cambio, presenta problemas que exceden lo normativo y que se relacionan, sobre todo, con el desempeño de las autoridades que formulan las solicitudes.

Las estadísticas de la autoridad central muestran que alrededor de dos tercios de las solicitudes efectuadas son rechazadas o no obtienen respuesta.

Las estadísticas de la autoridad central muestran que alrededor de dos tercios de las solicitudes efectuadas son rechazadas o no obtienen respuesta.

Los casos analizados permiten advertir que en muchas oportunidades la falta de respuesta se debe a errores básicos sobre el procedimiento que rige la solicitud en el caso concreto, el desconocimiento de la ley del Estado requerido o la falta de precisiones en el pedido (Jorge y Volosín, 2008).

El principal problema que surge de una revisión cualitativa de las solicitudes de los últimos años es la calidad de su formulación. Los jueces argentinos se dirigen a sus pares del extranjero como si compartieran el mismo idioma, vocabulario y prácticas. En muchos casos, el requisito de describir brevemente el hecho investigado —que la autoridad extranjera evaluará sólo a la luz del cumplimiento de la doble incriminación— es reemplazado por la copia de una resolución adoptada durante la investigación que, además de extensa, contiene infinidad de sutilezas relativas al procedimiento local y está escrita en el vocabulario propio de la jerga doméstica. Al mismo tiempo, a la hora de especificar las medidas concretas que motivan la solicitud, el requerimiento es poco específico y omite datos esenciales que están al alcance de la mano.

Además de requerir una cuidadosa factura técnica y un conocimiento adecuado de la normativa del

Estado requerido, los pedidos de asistencia judicial deben satisfacer extremos que requieren una previa investigación a través de mecanismos de cooperación administrativa o informal.

La cooperación judicial es el canal por excelencia para obtener evidencias, especialmente aquéllas que requieren la restricción de algún derecho o el ejercicio de algún medio coercitivo: obtención de testimonios y documentos no públicos; allanamientos; adopción de medidas cautelares; interceptación de teléfonos u otras comunicaciones, entre otros. Por esta razón, se trata de un canal formal y sujeto a autorización previa o control judicial posterior para asegurar que cada medida sea adoptada de conformidad con los principios constitucional del país requerido.

Sin embargo, la cooperación judicial está lejos de ser el medio adecuado para investigar, es decir, para recolectar la información necesaria que, eventualmente, permitirá justificar ante un juez la necesidad de restringir algún derecho individual. Por ello, las medidas no coercitivas deben ser obtenidas por vía de la cooperación administrativa, sea ésta policial, entre unidades de información financiera o inclusive entre redes informales de organismos de investigación competentes que son de extrema utilidad para obtener información pública de otro país que no es accesible a través de Internet.

La práctica en la Argentina muestra que los fiscales y jueces utilizan la cooperación judicial para obtener cualquier tipo de información, inclusive aquella que está disponible a través de Internet. Muchas de estas solicitudes son tramitadas, inclusive, contra el consejo de la autoridad central que, como órgano especializado, sugiere frecuentemente modos más eficaces de obtener la misma información o mejoras en la forma de presentar el requerimiento.

Internalizar esta práctica es especialmente importante en materia de cooperación con fines de decomiso que, casi sin excepciones, requiere localizar bienes en instituciones financieras y probar la relación de personas físicas con los vehículos corporativos que detentan la titularidad de los bienes.

Para la confección de requerimientos judiciales de cooperación, es esencial obtener una adecuada asistencia técnica. En este sentido, el sitio Web de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería¹⁶, que contiene todos los instrumentos internacionales de asistencia, modelos de exhortos, suministra información sobre algunos casos particulares y permite realizar consultas, constituye un auxilio importante. Sin embargo, pese a sus intentos, la autoridad central no ha logrado hasta el

momento constituirse como un interlocutor válido de los jueces y fiscales para fortalecer sus conocimientos en esta materia. Su ubicación institucional actual probablemente no ayuda a obtener esa legitimidad.

En tal sentido, constituye un avance importante que, en el ámbito de la PGN, se haya creado una Oficina de Cooperación y Asistencia Judicial Internacional (PGN, 55/2008) que funciona en el ámbito de la Coordinación Institucional y tiene por funciones coordinar la actuación de los Fiscales con la autoridad central, desarrollar actividades de enlace con Ministerios Públicos de otros países y asesorar a los fiscales que precisen requerir asistencia judicial internacional.

E.3. Recomendaciones

Para aumentar el bajo desempeño en esta materia existen diferentes alternativas. En primer lugar, creemos que sería importante trasladar la autoridad central al Ministerio Público, como ha ocurrido en muchos países de la región. La independencia de la autoridad central del Poder Ejecutivo es vital para el éxito de las investigaciones en general y de los delitos de corrupción en particular. Sin embargo, tal reforma legislativa sólo tendrá sentido una vez que se alcance el consenso necesario para abandonar el actual sistema de enjuiciamiento penal federal y éste sea reemplazado por un sistema acusatorio en el cual el Ministerio Público conduzca la investigación criminal.

Hasta tanto, sería prudente que la Corte Suprema designara un interlocutor de la autoridad central dentro del Poder Judicial, del mismo modo en que lo ha hecho el Ministerio Público. Ello mejorará las relaciones interinstitucionales y permitirá, mientras los jueces continúen conduciendo la investigación penal, aumentar la calidad técnica de las solicitudes, que es una cuestión urgente.

Con independencia de su ubicación institucional actual, resulta de vital importancia el fortalecimiento de la autoridad central en términos de recursos humanos y técnicos. La autoridad central debería ser el actor clave en la capacitación del resto de los operadores y estar en condiciones de diseñar mecanismos que optimicen los recursos existentes. Al contrario, el aumento exponencial de solicitudes de asistencia de los últimos años no ha sido acompañado con un aumento proporcional de recursos humanos, técnicos y financieros.

Las recomendaciones anteriores son aplicables a la asistencia judicial en general. En cuanto a la recuperación de activos en particular, el problema estructural más serio en la Argentina es, igual que en el plano doméstico, que no existe una política institucional definida, con el agravante de que, en el

16. Ver <http://www.cooperacion-penal.gov.ar> (última visita, 13 de octubre de 2009).

plano internacional, tampoco existe una autoridad con facultades para proyectar una *estrategia* orientada hacia el exterior –como lo ha hecho el DCRI en Brasil–.

Además del proceso penal, la Convención habilita vías civiles para que los Estados reclamen en el exterior el producto de delitos de los que han sido víctimas (art. 53 inc. a) o para que participen como terceros de buena fe en procedimientos de decomiso llevados a cabo en el exterior (art. 53 inc. c). En muchos países, la autoridad central concentra las facultades necesarias para coordinar tanto los casos penales como los casos civiles. En otros, existe una autoridad específica para actuar en materia de recuperación de activos con facultadas para contratar abogados o servicios de investigación en las jurisdicciones en las que es preciso actuar. En la Argentina, pese a la frecuencia con la que activos de la corrupción son localizados en el exterior, no existe ninguna autoridad con competencias para actuar proactiva y dinámicamente en estos casos.

En un plano más práctico, pareciera conveniente, como mínimo, aumentar los esfuerzos de capacitación existentes para jueces y fiscales de modo que adquieran la práctica de utilizar los mecanismos de cooperación administrativa para investigar y limitar la judicial a las medidas que implican restricciones de derechos. En tal sentido, se podría elaborar una guía que contenga los lineamientos básicos, los contactos con otros países y la información que puede ser obtenida de manera gratuita o paga, a través de la consulta a bases remotas, a través de INTERPOL y a través del intercambio entre UIFs. Ello evitaría un dispendio inútil de actividad jurisdiccional y diplomática.

Con muchísima menos urgencia que las recomendaciones anteriores, se sugiere adecuar las previsiones de la Ley 24.767 a los estándares de la Convención, para lo que se debe comenzar por distinguir entre supuestos de extradición y medidas de asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos, y estas últimas se deben regular de modo específico y autónomo. La adecuación también debería incorporar otros aspectos, como la incorporación al art. 96 de previsiones sobre restitución de activos decomisados en casos de corrupción de acuerdo con el art. 57 de la Convención; incorporar al art. 95 la posibilidad de que los Estados puedan solicitar a los tribunales argentinos el dictado de una sentencia de decomiso (que no se limite a la ejecución de una dictada en el extranjero); incorporar un procedimiento para la adopción de medidas cautelares y decomisos basados no sólo en la ejecución de órdenes extranjeras sino también admitir la posibilidad de dictarlas en la Argentina; y prever expresamente la posibilidad de que puedan ejecutarse en los tribunales de nuestro país, las sentencias dictadas en

el extranjero por decomisos basados en el valor; contra personas jurídicas y en procedimientos de extinción del dominio o de decomiso sin condena.

F. Mecanismos de Recuperación Directa

F.1. Estándares internacionales

El decomiso penal es la vía más habitual en los países de tradición continental para recuperar el producto de cualquier delito. Sin embargo, esta alternativa no se encuentra disponible en todos los casos. En tanto generalmente requiere la condena previa del funcionario público y una orden de decomiso definitiva y ejecutable sobre los activos, son numerosos los obstáculos que pueden frustrar la recuperación: el condenado pudo haber muerto o haber eludido su detención o persecución penal; pudo haber ejercido irregularmente su influencia para suprimir la investigación penal; pudo haber manipulado testigos o jueces; pudo haber obtenido una absolución apresurada que impide una nueva persecución; pudo estar protegido por un régimen de inmunidad “a medida”; pudo no haber sido identificado; pudo haber operado la prescripción; pudo haber sido perdonado o amnistiado.

En los países de tradición anglosajona, las acciones civiles constituyen, desde hace décadas, una alternativa para la recuperación directa del producto de la corrupción que no depende de la cooperación entre Estados mediante mecanismos de asistencia jurídica en materia penal.

En los supuestos de recuperación directa, el Estado víctima inicia una acción ante los tribunales civiles de la jurisdicción extranjera en la que se encuentran los activos que intentan recuperar, como lo hace cualquier particular.

A diferencia de la cooperación con fines de decomiso, en la cual el Estado víctima, a través de su jurisdicción penal, requiere asistencia para localizar, embargar y decomisar bienes en el extranjero, en los supuestos de recuperación directa, el Estado víctima inicia una acción ante los tribunales civiles de la jurisdicción extranjera en la que se encuentran los activos que intenta recuperar, como lo hace cualquier particular. Por supuesto, estas acciones también son posibles en el nivel doméstico.

La Convención, bajo el rótulo de “Recuperación Directa”, requiere a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias “*para facultar a otros Estados Parte*

para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención” (art. 53 inc. a).

La principal ventaja del procedimiento civil, en comparación con el penal, es la diferente distribución de la carga de la prueba que, como explicamos en el apartado sobre decomiso, es el motivo que determinó el surgimiento de los sistemas de decomiso sin condena, de extinción del dominio y de decomiso ampliado. En el proceso civil, el juez puede realizar inferencias a partir de la evidencia arrojada por las partes y, como no rige el principio *in dubio pro reo*, es menos probable que el demandado pueda articular una explicación convincente sobre el origen de los bienes cuya ilicitud se alega.

Como contrapartida, estos procedimientos son más costosos porque generalmente exigen al Estado contratar servicios de abogados en la jurisdicción en la que se entablará la demanda y porque requieren, para obtener medidas cautelares, del pago de contra-cauteladas.

Por ello, en muchos casos, y dependiendo de las reglas de las jurisdicciones involucradas en cada caso, la estrategia puede combinar acciones penales —que son más eficientes para localizar y embargar bienes— con acciones civiles —que requieren un estándar de prueba menor para discutir la titularidad y propiedad de los bienes embargados (Daniel y Maton, 2008)—.

F.2. La recuperación directa en la Argentina

Hasta el momento, la Argentina no tiene ninguna experiencia en materia de recuperación directa en el exterior a través de acciones civiles. A comienzos de 2003, fueron contratados los servicios de un abogado suizo para que representara los intereses de la Argentina en un proceso que podría haber conducido a la recuperación de activos, pero el impulso perdió apoyo político antes de que diera algún resultado (Gasparini, 2009). Sin embargo, existen muchos casos penales en trámite en los cuales la Argentina podría adoptar medidas de recuperación directa en el exterior.

En el plano doméstico, las autoridades con competencia para ejercer la acción civil son aquéllas a quienes corresponde la representación del Estado en juicio, es decir, el Procurador del Tesoro de la Nación (en adelante “PTN”) o los abogados de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados (Ley 17.516, art. 1).

Lamentablemente, los abogados del Estado no actúan coordinadamente con los fiscales y jueces penales. Estos últimos rara vez informan a la PTN la existencia de casos en los que potencialmente exista una posibilidad para que el Estado inicie una acción civil, local o en el exterior. La falta de una política específica y una autoridad que centralice atribuciones en materia de recuperación de activos no contribuye a modificar la situación.

En 2006, la OA comenzó un trabajo de coordinación con la PTN, dirigido a que ésta evalúe, en aquellos casos en los cuales la OA es querellante, la posibilidad de iniciar las acciones civiles correspondientes. La PTN comenzó el monitoreo de alrededor de 25 casos. Sin embargo, hasta el momento, no ha iniciado acciones civiles en ninguno de ellos.

La PTN comenzó el monitoreo de alrededor de 25 casos. Sin embargo, hasta el momento, no ha iniciado acciones civiles en ninguno de ellos.

Tal decisión requiere una evaluación de riesgos que indique una probabilidad media de que el accionar no terminará siendo más oneroso que no hacerlo. Esta evaluación es usualmente negativa debido al incierto resultado de las causas penales por corrupción, el insignificante número de condenas y de la duración de los procesos penales, factores vinculados tanto a la falta de independencia judicial como al vetusto sistema de enjuiciamiento que impide culminar los procesos aun cuando los imputados han perdido toda influencia relevante. Por ello, los incentivos con los que cuenta la PTN para iniciar acciones civiles son bajos. Sin embargo, en lugar de constituir un punto de partida para explorar alternativas, el análisis de riesgo negativo se ha convertido en una excusa para no actuar al respecto.

Por otra parte, para iniciar la acción civil, la PTN tiene que estar autorizada por el ministro del área correspondiente y debe notificar la decisión al funcionario involucrado antes de iniciar la acción. En casos de corrupción pública, es evidente que esta regla, prevista para supuestos de otros tipos de daños, conspira contra la posibilidad de recuperar activos civilmente.

En relación con la posibilidad de ejercer acciones civiles, es importante no confundir la indemnización con el decomiso del producto del delito. Un ejemplo será suficiente para aclararlo. Supóngase que un funcionario público cobra un soborno a cambio de contratar directamente un servicio que debería haber licitado. Si el contratista presta sus servicios adecuadamente y percibe a cambio de ello un precio de mercado, el Estado podrá perseguir el decomiso del soborno cobrado por

el funcionario pero no una indemnización porque ha pagado precios de mercado por servicios prestados adecuadamente. Eventualmente, los competidores que hubieran podido acceder al contrato podrán perseguir una indemnización del contratista o del Estado si logran traducir la pérdida de la expectativa de obtener el contrato en un proceso competitivo en un daño provocado por su comportamiento. En cambio, si el pacto venal permite al contratista cobrar sus servicios por encima de los precios de mercado, tal excedente será también producto del delito, por tanto sujetos a decomiso, sin perjuicio de la acción civil que podrían ejercer los competidores.

Hecha la aclaración, nuestro Código Civil (en adelante “CC”) establece, como regla de litispendencia que la resolución de la acción civil deberá esperar a la decisión sobre el caso penal, aunque permite accionar contra los herederos en caso de fallecimiento o ausencia del imputado (art. 1101 del CC.). Nuevamente, la determinación no será sobre el monto del producto del delito sino sobre el daño producido por éste que, en casos de contrataciones corruptas, suele ser sustancialmente mayor. Sin embargo, dada la duración de del proceso penal, la regla no favorece la recuperación de dinero por esta vía.

Por otra parte, el art. 1103 del CC, impide alegar en el juicio civil el hecho principal si, en el proceso penal, al acusado se lo hubiera absuelto. Aunque la doctrina y la jurisprudencia civil han limitado el uso de esta regla —sosteniendo, por ejemplo, que lo único que se impedía revisar en el juicio civil (luego de una absolución penal) era la “inexistencia del hecho” mas no la culpa del autor, que en su faz civil podía ser, en efecto, más amplia que la “culpa penal” — ésta se encuentra formalmente vigente y no favorece la recuperación de activos.

F.3. Recomendaciones

Como se ha visto, en materia de recuperación directa existen obstáculos normativos e institucionales que podrían ser removidos a través de las reformas adecuadas.

Desde el punto de vista normativo, la actual regulación de la litispendencia en el CC introduce una limitación severa a la posibilidad de que la acción civil se independice del caso penal y pueda constituir una alternativa más ágil, en la que el estándar probatorio resulte acorde con el objetivo deseado: no ya imponer una condena, sino de permitir que el Estado recobre un beneficio indebido obtenido en su

perjuicio. En tal sentido, podría considerarse la posibilidad de reformar los arts. 1101 y 1103 del CC, de modo eliminar la exigencia de aguardar a una condena penal cuando lo que se intenta es condenar civilmente o simplemente crear excepciones cuando la víctima es el Estado. Ello sin perjuicio de la posibilidad de exigir que, al menos, antes de que se dicte la condena civil, el proceso penal referido a los mismos hechos registre algún acto procesal que implique sospecha o probabilidad (Colombo y Stábile, 2005).

Desde el punto de vista institucional, si bien la PTN sería la autoridad natural para defender los intereses del Estado en juicio, las reglas de dependencia política —e. g., la autorización del ministro del área para iniciar una acción— aparecen como un obstáculo importante para obtener, por esta vía, indemnizaciones.

Las reglas de dependencia política aparecen como un obstáculo importante para obtener indemnizaciones.

Por ello, si se decidiera mantener en cabeza de la PTN el ejercicio de la acción civil, debería removerse ese obstáculo. Del mismo modo que la PTN integró un solvente equipo profesional para defender los intereses del Estado en las demandas entabladas por inversores extranjeros ante el CIADI, nada impide que siga la misma estrategia para litigar civilmente, en el país y en el exterior, cuando existan posibilidades de recuperar activos originados en hechos de corrupción. Alternativamente, la OA podría absorber estas funciones. Ello podría hacerse a través de un decreto que modificara las facultades fijadas por el Decr. 102/99.

Cualquiera sea el caso -ambas alternativas mantienen la actual distribución de competencias- deben ser acompañadas de la adopción de ciertas prácticas de coordinación institucional que permitan optimizar las competencias de cada agencia.

En tal sentido, en atención a que la PGN ya colecta sistemáticamente datos sobre los casos penales que han producido un perjuicio al Estado mayor al equivalente a USD 100.000 (Res. PGN 85/04), actualmente a través de la Oficina de Coordinación y Seguimiento de los delitos contra la Administración Pública, esta información debería ser compartida de manera sistemática con la PTN, a efectos de que la evaluación de riesgos para interponer una acción civil comience conjuntamente con la acción penal, y no prácticamente cuando está a punto de prescribir, como ocurre actualmente.

Adicionalmente, la PGN y la PTN deberían además comenzar iniciativas de colaboración recíproca, tendientes a delinear una estrategia común en relación

con los casos en los que sería posible recuperar fondos públicos, en la que podrían además participar organismos con competencias en la materia, como la OA o la UIF.

Una tercera alternativa, ya sugerida en secciones anteriores, sería crear un organismo específico dedicado a perseguir el producto del delito (no exclusivamente de la corrupción), con facultades para litigar civilmente tanto en el país como en el exterior e intervenir en los procesos penales. En general, en los países que existen estas agencias, también tienen a su cargo la administración y procesos de subasta de los bienes incautados y decomisados.



Universidad de
San Andrés

5. Síntesis de Recomendaciones

A. PREVENCIÓN	DIAGNOSTICO	RECOMENDACIONES
	GENERAL	
	El sistema para prevenir el lavado de dinero, aunque se adecua formalmente a los estándares internacionales, parece haber sido adoptado más con miras a aprobar las evaluaciones internacionales que con miras a reducir mercados ilícitos específicos que operan en Argentina.	El PEN, a través del Ministerio de Justicia, debería definir prioridades en la reducción de determinados mercados ilícitos y diseñar una estrategia que incorpore la utilización sistemática de las instituciones del sistema de prevención
	Tal falta de dirección política genera fuertes incentivos en los sujetos obligados para reportar defensivamente y bloquear la Unidad de Información Financiera.	Transmitidas estas prioridades a los supervisores -UIF, BCRA, CNV y SSN- estos organismos deberían consensuar estrategias con los sujetos obligados para dirigir esfuerzos hacia tales prioridades.
En 8 años desde su implementación, el costo de cumplimiento –público y privado- no parece haberse traducido en un cambio en el tipo de transacciones toleradas por los mercados financieros.	Tales esfuerzos deberían ir acompañados de programas que midan el costo de implementación del sistema redundando en el cumplimiento de los objetivos establecidos y permitan ajustarlos en el contexto del sistema –y no por demandas específicas de los sujetos obligados.	
CALIDAD DE LA REGULACION		
Aunque el BCRA ha adoptado formalmente una regulación amplia sobre PEPs, el mercado ha bloqueado su aplicación.	El Estado debe decidir si proveerá una base de PEPs u obligará al mercado a generarla.	
La UIF aun no ha extendido su definición de PEPs a funcionarios provinciales, municipales ni extranjeros, ni a sus familiares o colaboradores, en consonancia con el BCRA.	La UIF debería ampliar su definición de PEPs y aplicar el estándar a todos los sujetos obligados.	
Las directrices de la UIF en materia de conservación de la información, transferencias electrónicas y escrutinio intensificado de clientes aún no se adaptan al modelo basado en el riesgo.	Las directrices en materia de conservación de la información deberían distinguir entre los distintos tipos de clientes en función de su riesgo en lugar de disponer un solo tipo de registro obligatorio de cinco años para todo tipo de clientes. Debería establecerse la obligación de conservar la información relativa a transacciones electrónicas a lo largo de todo el ciclo de pagos, así como la de someter a un escrutinio intensificado a todas aquellas respecto de las cuales esa información no se encuentre disponible.	

CALIDAD DE LOS ROS

El aumento constante de la cantidad de ROS - que la UIF evalúa positivamente- nada dice sobre su calidad que, a juzgar por los procesos iniciados en la justicia, es muy baja. Muchos reportes de baja calidad pueden bloquear la UIF.

La UIF debe implementar un programa para mejorar la calidad de los ROS que permita medir su resultado con cierta frecuencia y esté acompañado de incentivos que premien el cumplimiento y aumente el costo de reportar defensivamente.

Adicionalmente, la UIF podría admitir denuncias anónimas para incentivar la denuncia de empleados de sujetos obligados que tengan conocimiento de omisiones de reporte.

CALIDAD DE DE LA SUPERVISIÓN Y APLICACIÓN DE SANCIONES

Ni la UIF ni los supervisores específicos (BCRA, CNV, SSN) han utilizado los regímenes sancionatorios de los que disponen como una manera de crear los efectos simbólicos que alienten al resto de los sujetos obligados al cumplimiento.

La utilización de los sistemas sancionatorios generará mayores incentivos para que los sujetos obligados abandonen el sistema de reportes defensivo y alineen sus políticas a los objetivos de prevención que persigan sus supervisores.

La UIF puede aplicar sanciones pero no cuenta con herramientas adecuadas para supervisar el cumplimiento de la obligación de reportar que depende, en buena medida, del control que realicen el BCRA, la CNV, la SSN.

Debe optarse o bien por una reforma legislativa que otorgue a la UIF facultades directas de inspección de los sujetos obligados o bien por una estrategia de coordinación con los supervisores.

DETECCION E INVESTIGACION

GENERAL

El sistema de enjuiciamiento del Código Procesal Penal de la Nación conspira contra un sistema de justicia eficiente, en general, y también contra la implementación de una política de recuperación de activos acorde con los estándares internacionales

Una reforma del CPPN debe poner la investigación en manos del Ministerio Público, agilizar el proceso y permitir medidas especiales de investigación controladas por el Poder Judicial. Ello permitirá organizar institucionalmente los mecanismos de recuperación de activos alrededor del Ministerio Público, que con el procedimiento actual, carece de sentido

Ni en el Ministerio Público ni en el Poder Judicial existe una cultura orientada a “perseguir el provecho” de los delitos que investigan.

El Procurador General debe utilizar el sistema de instrucciones generales para crear una cultura en el Ministerio Público. Es necesario reforzar las ofertas de entrenamiento y capacitación.

ACCESO A INFORMACION PARA ANALISIS E INVESTIGACION

En los últimos años aumentaron las limitaciones de la UIF y el MPF para acceder a información tributaria y a los anexos reservados de las DDJJ que ahora deben requerir judicialmente, para lo cual no existe un procedimiento adecuado.

Para recobrar esas facultades es necesaria una reforma legislativa. Alternativamente, si se prefiriera mantener la restricción, debería diseñarse un procedimiento para que el Poder Judicial pudiera decidir el acceso a esta información ex parte y en un plazo menor a una semana.

La falta de informatización de la IGJ y la inexistencia de bases de datos de personas jurídicas obstaculizan cualquier investigación sobre delitos económicos, especialmente sobre lavado de dinero.

El Ministerio de Justicia debe informatizar, aunque más no sea hacia el futuro, las bases de datos de la IGJ y permitir el acceso directo de los investigadores a esas fuentes. Hasta tanto, deberían admitirse oficiales de enlace que aceleren la obtención de información sobre personas jurídicas.

RECURSOS PARA INVESTIGACION COMPLEJAS

Las fiscalías y Juzgados de Instrucción Federales no cuentan con apoyo profesional especializado (auditores, contadores) ni con software especializado (en análisis de información) para investigar delitos económicos y operaciones voluminosas.

El MPF debería destinar recursos específicos a la contratación de auditores forenses y la compra de software, bien para asignarlos paulatinamente a las Fiscalías, bien conformar un cuerpo auxiliar que sirva a la Oficina de Coordinación y Seguimiento de Delitos contra la Administración Pública.

Tampoco están familiarizados con la asistencia que en este sentido pueden obtener de la UIF.

Una instrucción general la PGN podría guiar a los fiscales sobre cómo optimizar la asistencia que pueden obtener de la UIF

C. MEDICIÓN CAUTELARES

ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS

Los plazos para inmovilizar fondos implicados en un ROS son demasiado extensos y el trámite exageradamente engorroso (la UIF debe dirigirse al MPF y éste a un Juez en el marco de un caso específico).

Una reforma podría permitir a la UIF adoptar medidas cautelares —e. g. congelamientos de fondos en cuentas que presentan movimientos sospechosos— sujetas a una confirmación judicial en un plazo extremadamente breve.

ADMINISTRACIÓN DE BIENES INCAUTADOS

Teniendo en cuenta la actual duración de los procesos y que la Res PGN 129/09 aumentará la cantidad de bienes incautados, la inexistencia de un régimen transparente permite anticipar inconvenientes en relación con la administración y conservación de bienes incautados.

Debería crearse con urgencia el Registro de Bienes Incautados y Decomisados ya ordenado por el Ministerio de Justicia para, cuanto menos, transparentar el sistema y permitir controlar los costos en los que incurre el Estado para administrarlos. Debería reformarse la Ley 20.785 para establecer un sistema que incorpore mecanismos que eviten un sistema gravoso para el Estado, como por ejemplo los acuerdos de disposición anticipada previstos en otras legislaciones.

D. DECOMISO DEL PRODUCTO DEL DELITO

REGULACIÓN LEGAL DEL DECOMISO

El decomiso del producto del delito (CP, 23) no permite el decomiso de bienes de valor equivalente ni establece expresamente el decomiso del producto indirecto y el decomiso del producto secundario.

El CP, 23 podría ser nuevamente reformado de modo de admitir expresamente el decomiso de valor equivalente, del producto indirecto y del producto secundario para cumplir con el art. 31 de la Convención.

Pese a la proliferación de modalidades que permiten un estándar probatorio menor para decomisar bienes que para condenar penalmente (decomiso ampliado, decomiso sin condena, extinción del dominio), Argentina ni siquiera ha discutido el tema.

Una reforma procesal podría permitir la inversión de la carga de la prueba con posterioridad a la condena. Una ley especial podría legislar un procedimiento de extinción del dominio, al menos en aquellos casos en los cuales la persecución penal resulta imposible, o extremadamente difícil.

APLICACIÓN

En 6 años de vigencia, el decomiso del producto del delito no ha sido aplicado por falta de políticas institucionales que orientaran la investigación criminal hacia ese objetivo.

Los recientes esfuerzos de la PGN (Res. PGN 86/09 y 129/09) deben ser sostenidos con recursos para la investigación, entrenamiento de los Fiscales y una política institucional de coordinación con las agencias relevantes (UIF, OA,) que optimice los escasos recursos destinados actualmente a la investigación de los delitos de corrupción y en especial a la localización del producto con miras a su posterior decomiso.

COOPERACION INTERNACIONAL JUDICIAL

Alrededor de dos tercios de las solicitudes efectuadas son rechazadas o no obtienen respuesta, en muchos casos debido a errores básicos sobre el procedimiento que rige la solicitud en el caso concreto, el desconocimiento de la ley del Estado requerido o la falta de precisiones en el pedido.

La autoridad central debería liderar el entrenamiento de Jueces y Fiscales. Para ello, debería ser fortalecida con recursos humanos capacitados y recursos técnicos que le permitan elaborar estadísticas e informatizar los requerimientos de asistencia.

La ubicación institucional de la autoridad central en el Poder Ejecutivo no garantiza la independencia de las investigaciones.

Una reforma legislativa podría trasladar la autoridad central al MPF. Ello sólo tendrá sentido una vez que se reforme el actual sistema de enjuiciamiento penal y se ponga en manos del MPF la investigación de los delitos. Hasta tanto, la CSJN podría designar un interlocutor de la autoridad central dentro del Poder Judicial, del mismo modo que ha hecho recientemente el MPF, para mejorar la comunicación y los pedidos de asistencia.

La Ley 24.767 no se adecua a los estándares de la Convención. Aunque sólo rige de manera supletoria, sigue la clásica concepción que no diferencia la extradición de la asistencia jurídica recíproca y subordina la segunda a los principios que rigen la primera.

Con menor urgencia, podría reformarse la Ley 24.767 para regular la extradición y asistencia mutua legal de modo autónomo, e incorporar previsiones sobre restitución de activos, medidas cautelares y ampliar la asistencia a otros países que admiten sistemas diferentes de decomiso.

COOPERACION INTERNACIONAL ADMINISTRATIVA

Los mecanismos de cooperación administrativa (Interpol, UIF) están subutilizados. Muchos operadores (jueces y Fiscales) continúan utilizando la cooperación judicial para obtener información que pueden conseguir a través de la cooperación administrativa mucho más eficazmente.

Debería capacitarse a jueces y fiscales para que adquieran la práctica de utilizar los mecanismos de cooperación administrativa para investigar, y limitar la judicial a las medidas que implican restricciones de derechos. Podría elaborarse una guía que contenga los lineamientos básicos, los contactos con otros países y la información que puede ser obtenida de manera gratuita, o paga, a través de la consulta a bases remotas, por medio de INTERPOL, y a través del intercambio entre UIFs.

AUTORIDAD DE APLICACION

Si bien la PTN sería la autoridad natural para defender los intereses del Estado en juicio, las reglas de dependencia política aparecen como un obstáculo importante para litigar civilmente en casos de corrupción

Si se decidiera mantener en cabeza de la PTN el ejercicio de la acción civil, debería removerse la necesidad de requerir la autorización del ministro del área para iniciar una acción. Alternativamente, podría transferirse esta responsabilidad a la OA, modificando el Decr. 102/99.

Una tercera alternativa sería crear un organismo específico dedicado a perseguir el producto del delito (no exclusivamente de la corrupción), con facultades para litigar tanto en el país como en el exterior y de intervenir en los procesos penales.

No existe coordinación institucional entre las agencias responsables

La PGN debería compartir con la PTN la información que colecta sistemáticamente —actualmente a través de la Oficina de Coordinación— sobre los casos penales que han producido un perjuicio al Estado mayor al equivalente a USD 100.000 (Res. PGN 85/04).

LITISPENDENCIA

La actual regulación de la litispendencia en el Código Civil introduce una limitación severa a la posibilidad de que la acción civil se independice del caso penal y pueda constituir una alternativa más ágil, en la que el estándar probatorio resulte acorde con el objetivo de recuperar el beneficio obtenido de modo indebido.

Debería discutirse la posibilidad de reformar los arts. 1101 y 1103 del Código Civil de modo eliminar la exigencia de aguardar la condena penal para condenar civilmente. La reforma podría limitarse a exigir que el proceso penal referido a los mismos hechos registre algún acto procesal que implique sospecha o probabilidad.

Referencias

1. Bibliográficas

- Blanco Cordero, Isidoro. 2008. "Comiso ampliado y presunción de Inocencia", en Puente Alba, Luz y otros, *Terrorismo e Inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada.
- Claman, D. 2008. "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna.
- Colombo, Marcelo, Stabile, Agustina. 2005. "Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos", *La Ley* 2005-D, 1400.
- Daniel, T., Maton, J. 2008. "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en Jorge, Guillermo, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Freedman, Diego. 2008. "El decomiso del producto del delito en la Argentina", en Jorge, G. (ed.), *Recuperación de Activos de la Corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Gally-Hart, P. 2005. "Cooperation between Central Authorities and Police Officials : The Changing Face of International Legal Assistance in Criminal Matters", en *Revue internationale de droit penal*, Vol. 76, pp. 1-22.
- Gasparini, J. 2009. *El pacto Menem – Kirchner. Suiza y los secretos del dinero negro de la política y los negocios*, Sudamericana, Buenos Aires.
- Gordon, Richard K. 2009. "Laundering the Proceeds of Public Sector Corruption", *Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 09-10*, Marzo de 2009.
- Greenberg, Th. (et al). 2009. "Stolen Asset Recovery: A good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset forfeiture", UNODC-Banco Mundial.
- Jorge, Guillermo. 2008. "Recuperación de Activos de la Corrupción", Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Jorge, Guillermo. 2009. "The Effectiveness of the Anti Money Laundering System", en Tokatlian, J. (ed.), *The Failed Drug War: Towards a Post-Prohibitinist Debate*, El Zorzal, Buenos Aires.
- Jorge, Guillermo y Volosin, Natalia. 2008. "Cooperación internacional con fines de decomiso en la Argentina", en Jorge, Guillermo, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Kofele-Kale, N. 1995. *International Law of responsibility for economic crimes. Holding Heads of State and other high ranking state officials individually liable for acts of fraudulent enrichment*, Kluwer Law International, Londres, Nueva York.
- Madruza, Antenor. 2006. *The Brazilian Perspective, trabajo presentado en la tercera reunión del seminario "The Laussane Process", celebrada en Laussane, Suiza, en octubre de 2006, sin publicar.*

Madruga, Antonor. 2008. "Expectations of Developing Economies: a view from the Americas", en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna.

Naylor, R.T. 2004. *Wages Of Crime: Black Markets, Illegal Finance and The Underworld Economy*, Cornell University Press, Ithaca.

Pieth, M. (Ed.) 2008. "Recovering Stolen Assets", Peter Lang, Berna.

Pieth, M., Low, L. y Cullen, P. 2007. *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*, Cambridge, USA.

Pieth, M. y Aiolfi, G. 2002. *The money management of corruption*, Basel Institute on Governance, septiembre de 2002, sin publicar, archivo del autor.

Pieth, M. y Aiolfi, G. (eds). 2004. "A comparative guide to money laundering. A Critical analysis of systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA", Edward Elgar, UK.

Raustiala, Kal. 2002. "The architecture of International Cooperation: transgovernmental networks and the future of international law", 43 *Virginia Journal of International Law*, 1.

Reisman, M. 1989. *Harnessing International Law to restrain and recapture indigenous spoliation*, 83 *Am.J.Int'l L.* 56.

Rocha Machado, Maira. 2006. "Financial regulation and International Criminal Policy: the anti-money laundering system in Brazil", *Law & Society Association Annual Conference*, julio de 2006.

Schmid, Jean-Bernard. 2008. *Seizure*, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, pag. 231.

Slaughter, Ann Marie. 2004. *A new word order*, Princeton University Press.

Stressens, Guy. 2002. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge.

Tokatlian, J. (ed.). 2009 "The Failed Drug War: Towards a Post-Prohibitinist Debate", *El Zorzal*, Buenos Aires, 2009.

2. Regulación e informes de gestión

Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). 2006. *Instrucción General 8/2006*, modificada por la *Instrucción General 12/2006*.

Banco Central de la República Argentina (BCRA). 1994. *Circular CREFI 2, Cap. IV, Comunicación "A" 2241 del 2 de septiembre de 1994*.

Banco Central de la República Argentina (BCRA). 2007. *Texto ordenado al 24 de septiembre de 2007 sobre Prevención del Lavado de Dinero y Otras Actividades Ilícitas*. Disponible en www.bcra.org.ar (última visita, 13 de octubre de 2009).

Banco Central de la República Argentina (BCRA). 2009. *Comunicación "A" 4928*, texto ordenado al 19 de junio de 2009.

Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (BM y UNDOC). 2007. *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities and Action Plan, 2007*, p.1, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>

Comisión Europea (CE). 2007. "Report pursuant to Article 6 of the Council Framework Decision of 24 February 2005 on confiscation of crime-related proceeds, instrumentalities and property (2005/212/JHA)", Bruselas, 17 de diciembre de 2007, COM(2007) 805, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/crime/doc/com_2007_805_en.pdf

Grupo de Acción Financiera Sudamericana (GAFISUD). 2004. *Argentina. Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo*.

Grupo de los 7 (G7). 2000. "Informe de los Ministros de Economía a los Jefe de Estado", Okinawa, 21 de julio de 2000: *Actions against Abuse of the Global Financial System*.

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (MINJUS). 2000. *Resolución 1000/2000*.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2000. *Asamblea General, Res. 54/205*, 27 de enero de 2000.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). 2002. "Access for Tax Authorities to Information Gathered by Anti-Money

- Laundering Authorities. Country Practices”, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/16/5/2389989.pdf>**
- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). 2003. Synthesis of lessons learned of donor practices in fighting corruption, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/14/44/19936969.pdf> (última visita, 13 de octubre de 2009)**
- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). 2006. “Application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions”, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/19/39/36872226.pdf> (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Procuración General de la Nación (PGN). 2001. Resolución 9/2001, del 27 de febrero de 2001.**
- Procuración General de la Nación (PGN). 2006. Expediente interno O 5523/2006.**
- Procuración General de la Nación (PGN). 2006. Resolución 130/2006, del 21 de septiembre de 2006.**
- Procuración General de la Nación (PGN). 2008. Resolución 55/2008.**
- Procuración General de la Nación (PGN). 2009. Resolución 86/2009, del 17 de julio de 2009.**
- Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). Calidad de los Reportes de Operaciones Sospechosas, años 2005 y 2006, disponible en <http://www.uiaf.gov.co/?idcategoria=3168&download=Y> (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2003. Informe de Gestión, disponible en www.uif.gov.ar (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2003. Resolución 10/2003.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2006. Informe de Gestión, disponible en www.uif.gov.ar (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2007. Informe de Gestión, disponible en www.uif.gov.ar (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2007. Resolución 2/2007.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2007. Resolución 228/2007.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2007. Resolución 282/2007.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Informe Anual.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Informe de Gestión, disponible en www.uif.gov.ar (última visita, 13 de octubre de 2009).**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Resolución 152/2008.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Resolución 281/2008.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Resolución 282/2008.**
- Unidad de Investigaciones Financieras (UIF). 2008. Resolución 50/2008.**

Este documento presenta los resultados de una investigación sobre el funcionamiento de los mecanismos que existen en Argentina para detectar, investigar, perseguir judicialmente y recobrar el provecho obtenido a través de actos de corrupción. Luego de un cuidadoso diagnóstico del sistema de prevención de lavado de dinero, de la actuación de los órganos de control y de la justicia penal, el documento sugiere recomendaciones de política institucional y una agenda legislativa sobre los arreglos institucionales necesarios para que el Estado mejore su desempeño –hasta hoy nulo- en esta materia.

Universidad de
San Andrés