

## Capítulo V

### Exigencias del sistema jurídico

- |  |   |
|--|---|
| <p><b>A. Ratificación y puesta en práctica de la <i>Convención de Viena</i></b></p> <p><b>B. Criminalización del delito de lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Delitos subyacentes</li> <li>2. Financiamiento del terrorismo</li> <li>3. Intencionalidad</li> <li>4. Responsabilidad social</li> <li>5. Responsabilidad del autor material del delito de lavado de dinero</li> <li>6. Honorarios de abogados</li> </ol> | <p><b>C. Embargo, decomiso e incautación</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Decomiso de las ganancias obtenidas directa o indirectamente del delito</li> <li>2. Asegurar el cumplimiento de las órdenes de decomiso de bienes</li> <li>3. Responsabilidad de terceros</li> <li>4. Aspectos internacionales del decomiso</li> </ol> <p><b>D. Alcance de las instituciones financieras cubiertas</b></p> <p><b>E. Estándares de integridad</b></p> |
|--|---|

**H**ay una serie de medidas que cada país tiene que tomar para asegurarse de que su marco institucional de antilavado de dinero (ALD) cumple con las estándares internacionales. Los organismos internacionales que emiten estándares reconocen que los países tienen sistemas jurídicos diferentes y, por lo tanto, ningún país está en condiciones de aprobar leyes específicas que sean idénticas a las de otros países. En el Capítulo X se analizan otras exigencias concretas para la lucha contra el financiamiento del terrorismo (LFT). Por lo tanto, este capítulo tratará sobre las cinco exigencias del sistema jurídico, que son principios principalmente para el ALD. Estos principios le permiten a cada país aprobar leyes que sean coherentes, tanto con sus propios contextos culturales, preceptos legales y constitución, así como con las estándares internacionales. Los principios son los siguientes:

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

- ratificación y aplicación de la *Convención de Viena*;<sup>119</sup>
- tipificación penal del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo;
- leyes para el embargo, decomiso e incautación de las ganancias ilegales;
- los tipos de instituciones financieras a ser cubiertas por las leyes ALD; y
- estándares de integridad para las instituciones financieras.

Las exigencias jurídicas para el ALD, así como otras mencionadas en esta Guía de Referencia, se basan en *Las Cuarenta Recomendaciones sobre el Lavado de Dinero (Las Cuarenta Recomendaciones)*, publicadas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Dinero (GAFI).<sup>120</sup> Las *Cuarenta Recomendaciones* están formuladas como recomendaciones, pero son mucho más que simples sugerencias o recomendaciones.

Son mandatos para la acción de cada país, no sólo de los miembros del GAFI, si ese país quiere ser considerado cumplidor de los estándares internacionales. Así, los países deberían examinar con detenimiento cada una de las recomendaciones del GAFI al establecer o mejorar su marco institucional ALD.

### A. Ratificación y puesta en práctica de la Convención de Viena

El punto de partida para establecer un marco institucional ALD es la ratificación y aplicación de la *Convención de Viena*. Esta es la primera recomendación del GAFI.<sup>121</sup> Muchos países han ratificado esta convención; sin embargo, el problema es si el país ha tomado las medidas necesarias para cumplir plenamente con sus exigencias. La *Convención de Viena* es la base de otras recomendaciones del GAFI sobre prevención, detección y enjuiciamiento

119. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) (Convención de Viena). Ver también el Capítulo III, Organización de las Naciones Unidas, Convención de Viena, <http://www.incb.org/e/conv/1988>

120. *Las Cuarenta Recomendaciones*, [http://www1.oecd.org/fatf/40Recs\\_en.htm](http://www1.oecd.org/fatf/40Recs_en.htm) Las Cuarenta Recomendaciones están incluidas en el Anexo IV de esta Guía de referencia.

121. *Id.*, Rec. 1

del lavado de dinero, que se analizan detalladamente en éste y otros capítulos de la Guía de Referencia.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) dio el primer paso hacia la criminilización del lavado de dinero internacional en 1988, cuando estableció la *Convención de Viena*. La convención creó tres categorías de delitos penales relacionados con el lavado de dinero, aunque en ninguna de estas tres categorías utilizó el término “lavado de dinero”.

El primer tipo de delito de lavado de dinero identificado en la convención incluye (a) la transferencia o la conversión de bienes, a sabiendas de que tales bienes proceden de un delito de narcotráfico, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o (b) ayudar a otra persona a eludir las consecuencias legales<sup>122</sup> de sus acciones

El segundo tipo de delito de lavado de dinero se define como un esfuerzo para ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento, o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de un delito de narcotráfico.<sup>123</sup> El tercer tipo de delito se refiere a la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas de que tales bienes proceden de un delito de narcotráfico.<sup>124</sup>

Bajo la *Convención de Viena*, los países están obligados a establecer los dos primeros tipos de delito como parte de las leyes nacionales; el tercer delito no es obligatorio. En cambio, el tercer delito está sujeto específicamente a “los principios constitucionales y conceptos fundamentales de los principios jurídicos”<sup>125</sup> de cada país.

Las definiciones de la *Convención de Viena* sobre el delito de lavado de dinero son las más ampliamente aceptadas al respecto y las que se utilizan en todos los instrumentos jurídicos internacionales sobre este tema. Las definiciones de la *Convención de Viena* están incluidas en *Las Cuarenta Recomendaciones* del GAFI, las cuales establecen, entre otras cosas, que “cada país debería tomar todas la medidas que sean necesarias, incluidas las de tipo legislativo, que le permitan tipicar el delito lavado de dinero, tal como se establece en la *Convención de Viena*.”<sup>126</sup>

---

122. *La Convención de Viena*, artículo 3 (1) (b) (i)

123. *Id.*, artículo 3 (1) (b) (ii)

124. *Id.*, artículo 3 (c) (i)

125. *Id.*

126. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 4

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

El Consejo de Europa adoptó elementos de la *Convención de Viena*, al redactar su Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990).<sup>127</sup> Otros organismos internacionales siguieron el ejemplo: la Organización de los Estados Americanos, con su Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Dinero vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves (1999) (OEA-Reglamento Modelo),<sup>128</sup> la Legislación Modelo de las Naciones Unidas sobre el Lavado de Dinero, el Decomiso y la Cooperación Internacional con respecto a las Ganancias provenientes del Delito (1999) (Legislación Modelo de la ONU),<sup>129</sup> y el Proyecto de Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre el Lavado de Dinero y las Ganancias provenientes del Delito (2000) (Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre el Delito).<sup>130</sup>

### B. Criminalización del delito de lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo

Para que la comunidad internacional tenga la esperanza de prevenir las actividades delictivas relacionadas con el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, cada país debe contar con un marco jurídico que criminalice estas actividades. La criminalización cumple tres objetivos fundamentales. En primer lugar, obliga a acatar las medidas preventivas ALD. Segundo, relaciona los actos que pueden parecer inofensivos con las actividades delictivas absolutas, es decir, las acciones que realiza la parte que transforma ganancias ilegales se convierten en un acto delictivo. En tercer lugar, la criminalización establece una base específica para una mayor cooperación internacional en esta función crítica de aplicación de la ley. Dada la naturaleza criminal y los aspectos internacionales de los delitos de lavado de dinero, las autoridades competentes dentro de un país recurren a herramientas internacionales poderosas, especialmente mecanismos de

127. Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo, y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990), artículo 6(1), <http://www.imolin.org/coeeeng.htm>

128. Organización de los Estados Americanos, Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Dinero vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves (1999), artículo 2 (1), (2) y (3). [http://www.cicad.oas.org/Desarrollo\\_Juridico/eng/legal-regulations-money.htm](http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/eng/legal-regulations-money.htm)

129. Artículo 1.1.1, <http://www.imolin.org/m199eng.htm>

130. Sección 17, <http://www.imolin.org/poc2000.htm>

asistencia legal mutua, por lo tanto, pueden localizar, controlar, y entablar acciones judiciales contra el lavado de dinero internacional.

## 1. Delitos subyacentes

Un delito subyacente al lavado de dinero es la actividad delictiva que genera ganancias, las cuales una vez blanqueadas, producen el delito de lavado de dinero.<sup>131</sup> Es necesario designar ciertas actividades delictivas como delitos subyacentes por lavado de dinero para ajustarse a las estándares internacionales. Debido a que la *Convención de Viena* fue redactada como un instrumento internacional para el control de drogas, los delito subyacentes de lavado de dinero sólo se relacionan con los delitos de narcotráfico. Los instrumentos que se adoptaron posteriormente en el lenguaje de la *Convención de Viena* con respecto a la definición de lavado de dinero han ampliado invariablemente la extensión del delito subyacente para incluir otros delitos graves que generan ganancias.

De hecho, el GAFI alienta a los países a que amplíen la extensión del delito subyacente para que comprenda todos los delitos graves, incluidos aquéllos que no están necesariamente relacionados con las drogas.<sup>132</sup> El Consejo de Europa adoptó una definición muy amplia sobre los delitos subyacentes en su Convención contra el Lavado de Dinero, una definición que no se limita al lavado del dinero relacionado con la droga.<sup>133</sup> La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2000) (*Convención de Palermo*) impone una obligación a todas las organizaciones del Estado para que apliquen los delitos de lavado de dinero establecidos en la convención a “más amplia gama de delitos subyacentes ».<sup>134</sup>

131. Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), artículo 2 (b), <http://www.undcp.org/adhoc/palermo/convmain.html> Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990), artículo 1(e).

132. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 4

133. Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990), artículo 1(e) & artículo 6 (4) y el Informe Explicativo, párrafo 16.

134. La *Convención de Palermo*, artículo 2 (a), <http://www.undcp.org/adhoc/palermo/convmain.html>

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

Del mismo modo, la ONU adoptó una definición amplia sobre el delito subyacente en la Legislación Modelo de la ONU, que permite a cada país definir un delito subyacente ya sea por categoría, por la evaluación basada en la gravedad una sanción, o por una lista de delitos específicos.<sup>135</sup> Aunque la Legislación Modelo de la ONU no dice casi nada sobre el alcance del delito subyacente, sí contempla una definición amplia de estos delitos. De otro lado, el Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia, define el delito subyacente como cualquier “delito grave”<sup>136</sup> La definición de “grave” se establece en base a una sanción de encarcelamiento no menor de una duración determinada; el Proyecto de Ley de la ONU sobre la Delincuencia propone una duración de 12 meses, aunque otras duraciones son aceptables.<sup>137</sup> Los países pueden optar por ampliar la lista de delitos subyacentes a una lista de delitos establecida de antemano. Por ejemplo, un listado de delitos puede incluir el contrabando (armas, gente, bienes, etc.), el fraude, el robo, la malversación de fondos, el crimen organizado, la prostitución y el secuestro. En resumen, la característica de generar ganancias de una actividad delictiva específica se convierte en el criterio para decidir si esa actividad es un delito subyacente del lavado del dinero.

Con respecto a la Legislación Modelo de la ONU, u otras legislaciones modelo, tales instrumentos deberían ser considerados como sugerencias de enfoque y de redacción la legislación; no deben ser simplemente copiados. En el proceso de redacción, deberían adaptarse las leyes modelo para tener en cuenta las circunstancias, la constitución y los principios jurídicos propios de un país.

Debido a que la criminalización es un asunto de jurisdicción interna, los diversos países tomarán decisiones diferentes con respecto a lo que constituye un delito subyacente al lavado de dinero. Para evitar que estas inevitables variaciones internas socaven la eficacia de la asistencia legal mutua y causen problemas de extradición, cada país necesita ser constructivo al aplicar sus principios de criminalidad y territorialidad para no frustrar el propósito general de la ley. Esto se aplica a todos los delitos de lavado de dinero, sin tener en cuenta el delito subyacente. Para facilitar la asistencia legal

---

135. Artículo 1.1.2 (a).

136. Sección 2 (n) y (s), y Sección 17

137. *Id.*

internacional y los trámites de extradición, tal vez sea necesario asegurarse de que el delito subyacente sea delito en todos los países implicados: el país donde se cometió el delito, el país que solicita asistencia, y el país al cual se solicita asistencia.

La ampliación del delito subyacente con el fin de cubrir todos los delitos graves, sin tener en cuenta la jurisdicción, es más conveniente para la cooperación internacional y más consecuente con el carácter transnacional de las actividades de lavado de dinero. Sería una restricción internacional considerable si un país tuviera que exigir que para que ocurra un delito de lavado de dinero, las ganancias deben provenir sólo de un delito subyacente cometido dentro de su jurisdicción. Los países deberían considerar específicamente eximir del principio de territorialidad a esos delitos subyacentes que generan grandes ganancias y que generalmente tienen dan como resultado operaciones transnacionales complejas de lavado de dinero, tales como el narcotráfico y la corrupción.

## 2. Financiamiento del terrorismo

Aquéllos que financian el terrorismo, del mismo modo que los delincuentes comunes, usan el sistema financiero internacional para ocultar los fondos que necesitan para apoyar sus actividades, incluso si esos fondos provienen de fuentes legítimas. Una forma práctica de minar la capacidad de estas organizaciones es, en primer lugar, ayudar a impedir que sus fondos entren en el sistema financiero mundial. En su defecto, un país necesita legislación para detectar cuando han entrado en sus fronteras los fondos del terrorismo, de manera que esos fondos sean decomisados e incautados.

En sus ocho *Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo (Recomendaciones Especiales)*, el GAFI exhorta a los países a tipificar el financiamiento del terrorismo, los actos terroristas y las organizaciones terroristas, y a clasificarlos como delitos subyacentes al lavado de dinero.<sup>138</sup> Este tema se analiza con mayor profundidad en el Capítulo IX.

138. *Recomendaciones Especiales*, Rec. Esp. II, [http://www.oecd.org/fatf/SrecsTF\\_en.htm](http://www.oecd.org/fatf/SrecsTF_en.htm) El delito de financiamiento del terrorismo se define en el artículo 2 (1) de la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (1999).

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

## 3. Intencionalidad

Según la Convención de Viena el “intencionalidad” del autor material (su intención o propósito de cometer el delito de lavado de dinero) es “saber” que las ganancias son el producto del delito subyacente.<sup>139</sup> Sin embargo, los países pueden ampliar el alcance de la responsabilidad para incluir el “lavado de dinero por negligencia”, donde el autor material *debería haber* sabido que los bienes eran las ganancias de un acto delictivo o fueron obtenidos haciendo uso de estas ganancias.

Los países tienen diversas opciones para determinar la “intencionalidad” en un delito de lavado de dinero.<sup>140</sup> La legislación de un país podría decidir que el conocimiento real sobre el origen ilícito de los bienes, o la simple sospecha sobre tal origen ilícito, constituye el elemento mental que se requiere para lograr sentencias penales de lavado de dinero. La legislación podría también aceptar la estándares de culpabilidad definida como “debería haber sabido”. Esta última definición es una forma de lavado de dinero por negligencia.<sup>141</sup> Además de este requisito general de intención, la ley podría prever una intención *específica* “para encubrir u ocultar el origen ilícito” de los bienes, o la intención de ayudar “a otro a evadir las consecuencias legales de sus acciones”.<sup>142</sup>

De acuerdo a la Legislación Modelo de la ONU, saber concretamente, o “tener una razón para creer” que los bienes provienen de actos delictivos, constituyen el llamado elemento mental del lavado de dinero. Este lenguaje fue adoptado por el Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia.<sup>143</sup> El Proyecto de Ley Modelo también contempla algunos delitos de lavado de dinero con un propósito específico, tales como la ocultación o el encubrimiento del origen, la naturaleza, la ubicación, el destino, el movimiento, o la propiedad de los bienes. También, algunos delitos de lavado de dinero, podrían exigir una prueba del propósito

---

139. La *Convención de Viena*, artículo 3 (b) (i)

140. Legislación modelo de la ONU, <http://www.imolin.org/ml99eng.htm>

141. *Id.*, Artículo 1.1.1

142. *Id.*, en el subpárrafo (a)

143. Proyecto de ley modelo de la ONU sobre la delincuencia, en la Sección 17 (a)



específico de un individuo de ayudar a otro a evadir las consecuencias legales de sus acciones.<sup>144</sup>

En el Reglamento Modelo de la OEA se adoptó una definición amplia dela “intencionalidad.”<sup>145</sup> Este reglamento modelo aborda tres estados intencionalidad: (i) el acusado tenga conocimiento de que los bienes constituían las ganancias de una actividad delictiva, tal como se define en la Convención, (ii) el acusado debería haber sabido que los bienes fueron obtenidos con las ganancias provenientes de la actividad delictiva; y (iii) el acusado ignoraba intencionadamente la naturaleza de las ganancias.<sup>146</sup> Bajo esta tercera categoría mental, el acusado “no conocía” “ni debería haber conocido” la fuente de las ganancias pero, sin embargo, sospechaba su origen delictivo y decidió no llevar a cabo una investigación más profunda para verificar o disipar esta sospecha. En este sentido, el acusado tenía la intención de permanecer ignorante o era “deliberadamente ciego” cuando “podría haber tenido conocimiento” del delito penal mediante la investigación o las indagaciones. En términos de culpabilidad, este tipo de intencionalidad mental se ubica entre la negligencia y la estándares de conocimiento específico de la intención. El Reglamento Modelo contempla además que estos tres estados de ánimo culpables pueden ser inferidos a partir de circunstancias objetivas o concretas.<sup>147</sup>

Debido a la dificultad asociada al hecho de probar mental la intencionalidad de una persona que participa en una actividad que a sus ojos es estándaresl, la *Convención de Viena*, el GAFI y muchos de los otros instrumentos legales estipulan que la ley debería permitir la inferencia la intencionalidad requerido a partir de circunstancias objetivas concretas.<sup>148</sup>

---

144. *Id.*, en el subpárrafo (b)

145. Reglamento Modelo de la OEA

146. Reglamento Modelo de la OEA, artículo 2.

147. *Id.*, en el subpárrafo (5)

148. La *Convención de Viena*, artículo 3(3); *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 5; Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990) del Consejo de Europa, artículo 6 (2) (c); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), artículo 6, (2) (f).

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

## 4. Responsabilidad social

El lavado de dinero, por lo general, se lleva a cabo a través de sociedades anónimas. Sin embargo, el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas varía mucho de un país a otro. Algunos países, especialmente aquellos basados en el derecho consuetudinario, someten a las sociedades anónimas a leyes de responsabilidad penal. En los países que tienen una tradición de derecho civil, las sociedades anónimas no están necesariamente contempladas por las leyes penales. Por lo tanto, se debe pensar en modificar las leyes de dicho país para que prevean la responsabilidad social penal, donde sea aceptable.

El GAFI recomienda que las sociedades anónimas, y no sólo sus empleados, estén sujetos a la responsabilidad penal, cuando sea posible bajo los principios generales del ordenamiento jurídico de un país.<sup>149</sup> Las sanciones civiles o administrativas podrían ser una alternativa adecuada en los casos donde el marco jurídico o constitucional no somete a las sociedades anónimas a la responsabilidad penal.

La Legislación Modelo de la ONU no contempla la responsabilidad penal para las sociedades anónimas. Sin embargo, recurre a ésta para aplicar otras sanciones a las sociedades anónimas,<sup>150</sup> cuando se cometan delitos de lavado de dinero en nombre de (o para beneficio de) una sociedad anónima, por parte de uno de los agentes o representantes de dicha sociedad. Las sanciones previstas por la Legislación Modelo de la ONU incluyen multas, prohibiciones de llevar a cabo ciertas actividades comerciales, cierre o liquidación, y la ordenes del juzgado.<sup>151</sup> La Legislación Modelo de la ONU no clasifica estas últimas sanciones como sanciones penales y estipula específicamente que éstas no deberían librar al agente o al empleado de la sociedad anónima de la responsabilidad personal de sus actos.<sup>152</sup>

La responsabilidad penal se extiende a las sociedades anónimas, basándose en el mismo principio de las personas naturales en el Reglamento Modelo de la OEA. De hecho, una de las disposiciones define específicamente el término “persona”, para los fines del reglamento, como “cualquier

---

149. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 6; Reglamento Modelo de la OEA, artículo 15.

150. Legislación Modelo de la ONU, artículo 4.2.3

151. *Id.*

152. *Id.*

entidad, natural o jurídica, incluidos entre otros, las sociedades anónima, las sociedades personales, las fideicomisos o propiedades, las sociedades por acciones, las asociaciones, los consorcios bancarios, las sociedades colectivas, u otras organizaciones o grupos sin personalidad moral o jurídica capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones y compromisos”.<sup>153</sup> En el Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia, este organismo incluye dentro de su definición de “persona” tanto a las personas naturales como a las legales, para los fines del Proyecto de Ley Modelo.<sup>154</sup> Aunque este lenguaje define a la “persona” de una forma más restringida que el de la OEA, todavía reconoce el principio de responsabilidad penal para las sociedades anónimas.

#### 5. Responsabilidad del autor material del lavado de dinero

Un asunto importante es si la responsabilidad por el lavado de dinero abarca tanto a la persona que cometió el delito subyacente, como a la persona que blanqueó las ganancias ilícitas. Algunos países no hacen responsable de blanquear las ganancias de sus acciones delictivas al autor material del delito subyacente, si no está implicado en la actividad del lavado de dinero. La razón fundamental de este enfoque es que si se castiga al autor material por evadir las consecuencias legales de sus actividades delictivas, entonces se podría duplicar el castigo por un solo delito penal.

Otros países hacen responsable de blanquear las ganancias ilícitas al autor material del delito subyacente, basándose en que la conducta y el daño de la evasión son diferentes del delito subyacente. También hay razones prácticas para este enfoque. Eximir de la responsabilidad de lavado de dinero a los autores materiales de los delitos subyacentes podría perjudicar seriamente a terceros por su conducta en el manejo de ganancias provenientes de actos delictivos, mientras los autores materiales permanecen exentos de responsabilidad. Esto puede ocurrir cuando el delito subyacente ha sido cometido extraterritorialmente, lo cual lo ubica fuera de la jurisdicción del estado que persigue a terceros por sus actividades de lavado de dinero.

---

153. Reglamento Modelo de la OEA, artículo 1(6)

154. Sección 2 (1)

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

El estándares internacional general al respecto el delito de lavado de dinero en sentido amplio, que permita que el autor material sea considerado responsable de blanquear las ganancias de sus propias acciones delictivas, sin tener en cuenta la participación activa en las actividades de lavado de dinero.<sup>155</sup> Sin embargo, esta estándares también permite el uso de variaciones nacionales sobre este aspecto.

### 6. Honorarios de los abogados

Los delitos de lavado de dinero pueden ser definidos en la legislación de manera tan amplia que, en su totalidad, comprendan cualquier transacción que implique el uso de ganancias provenientes de una actividad delictiva. Debido a dicha interpretación tan amplia, estas leyes pueden tener el efecto de tipificar el simple recibo de honorarios de un abogado por haber proporcionado servicios de defensa penal. Esto plantea problemas inusuales con relación al respeto de las garantías legales.

Si consideramos que el derecho del acusado a tener una defensa adecuada en los procesos penales está consagrado como un aspecto del derecho a tener un proceso justo, los países deberían tener cuidado al determinar el alcance de los delitos de lavado de dinero. También deberían considerar el establecimiento de una disposición que excluya a los abogados de una posible responsabilidad penal solamente por prestar sus servicios, siempre y cuando los servicios se hayan limitado (o hayan sido prestados sólo en relación) a la defensa del acusado en el proceso.<sup>156</sup>

Sin perjuicio del derecho del acusado a tener un proceso justo, los abogados también tienen un deber con respecto a la integridad del sistema financiero y de su profesión. Si un abogado tiene conocimiento de que sus

155. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), artículo 6 (2) (f); Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990), artículo 6(2)(b); Legislación Modelo de la ONU, artículo 1.1.1; Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia, Sec. 17; Reglamento Modelo de la OEA, artículo 2.

156. Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito : Informe explicativo, párrafo 33. Las leyes y reglamento modelo en esta área no se pronuncian al respecto. Ver la Legislación Modelo de la ONU; Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia; Reglamento Modelo de la OEA.

honorarios provienen de una actividad delictiva, dicho abogado debería respetar estas estándares de integridad y no aceptar ciegamente dinero blanqueado, especialmente si también está prestando otros servicios al cliente, junto con su defensa procesal.

### C. Embargo, decomiso e incautación

Los enfoques actuales sobre la delincuencia internacional y el financiamiento del terrorismo están diseñados para lograr que las actividades delictivas no sean lucrativas e impedir que los terroristas tengan acceso a los fondos. Estos objetivos no pueden lograrse sin que existan leyes de decomiso eficaces, por las cuales las autoridades puedan privar a los delincuentes y terroristas de sus ganancias ilícitas.<sup>157</sup>

#### 1. Decomiso de las ganancias obtenidas directa o indirectamente del delito

Los instrumentos internacionales exhortan a los países a aprobar leyes que permitan el decomiso de las ganancias provenientes del delito. En el pasado, en la mayoría de los sistemas jurídicos, el decomiso estuvo limitado principalmente a los objetos utilizados para cometer el delito, tales como el arma homicida, o los objetos del delito, tales como las drogas en el narcotráfico, pero no incluso a las ganancias provenientes del delito. La *Convención de Viena* define las ganancias del delito como “cualquier propiedad que proviene (o ha sido obtenida), directa o indirectamente, a través de la comisión de un delito”.<sup>158</sup> Muchos países han adoptado ahora esta interpretación más amplia de la propiedad sujeta a incautación en respuesta a las ganancias generadas por ciertas actividades delictivas, especialmente teniendo en cuenta la fungibilidad de estas ganancias y la facilidad pueden ser introducidas y retiradas del sistema financiero internacional.

---

157. *La Convención de Viena*, artículo 1(f); Consejo de Europa, Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito (1990), artículo 1(d).

158. Artículo 1(p)

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

El GAFI fomenta que los países con que aprueben leyes que permitan el decomiso de los bienes blanqueados, de las ganancias del lavado de dinero y de los medios utilizados, o destinados a usarse, en el proceso de lavado de dinero.<sup>159</sup> Es probable que los delincuentes transformen los bienes si existen bienes expresamente designados como sujetos a decomiso, antes de la expedición de la orden de decomiso y su cumplimiento. También es posible que transfieran los bienes fuera del alcance de las autoridades o los mezclen con bienes de origen legítimo. Con el fin de abordar esta diversidad de situaciones, que bajo la interpretación tradicional de decomiso podrían hacer que las órdenes de decomiso fueran imposibles de cumplir, los buenos gobiernos deberían considerar la adopción del enfoque “decomiso de valores”, que le otorga al buen gobierno el poder de decomisar cualquier propiedad del autor material del delito de un valor equivalente al valor de las ganancias ilícitas.<sup>160</sup>

### 2. Asegurar el cumplimiento de las órdenes del decomiso de bienes

El cumplimiento eficaz de las órdenes de decomiso exige que las autoridades pertinentes tengan los poderes necesarios para identificar, localizar y evaluar los bienes decomisables.<sup>161</sup> Para esto, se necesita que dichas autoridades tengan la autoridad de exigir la divulgación o para confiscar los archivos comerciales y financieros.<sup>162</sup> El GAFI recomienda específicamente que las leyes de secreto bancario u otros estatutos de protección de la privacidad, por ejemplo, sean diseñados de manera tal que no supongan obstáculos para dicha divulgación o confiscación con estos fines.<sup>163</sup>

---

159. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 7

160. La *Convención de Viena*, artículo 5; Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 2.

161. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 7

162. La *Convención de Viena*, artículo 5 (3); Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 4(1).

163. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 2; La *Convención de Viena*, artículo 5 (3); Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 4(1).

Hoy en día, pueden transferirse fondos fuera de una jurisdicción nacional pulsando una tecla en la computadora. Por lo tanto, se debería otorgar a las autoridades el poder para adoptar medidas preventivas. Por ejemplo, deberían tener el derecho de congelar y embargar bienes que podrían estar sujetos a decomiso. Este poder es una condición necesaria para que haya un marco eficaz de aplicación de la ley, con el fin de prevenir el lavado de dinero.<sup>164</sup> (Ver el Capítulo IX, *Congelación y decomiso de los bienes de terroristas*, para un análisis detallado sobre la congelación, embargo y decomiso de bienes, que también es aplicable a los bienes relacionados con el lavado de dinero)

### 3. Responsabilidad de terceros

Aunque las leyes internacionales sobre el decomiso no impiden confiscar los bienes que se encuentran en manos de terceros, diversos convenios internacionales limitan la tal acción al exigir a los países que tomen medidas para proteger los derechos de terceros de buena fe (*bona fide*).<sup>165</sup> Los terceros que celebran un contrato, y saben o deberían saber que este contrato podría perjudicar la capacidad del Estado para hacer cumplir su confiscación, no actúan de buena fe. Las leyes de un país deberían abordar especialmente el problema de la validez de dichos convenios bajo estas circunstancias.<sup>166</sup>

Según el Reglamento Modelo de la OEA, se exige a la autoridad pertinente que notifique sobre el proceso.<sup>167</sup> La notificación debe permitir que terceros reclamen la propiedad sujeta a decomiso. Según el reglamento modelo, el tribunal u otra autoridad competente debería devolverle la propiedad al reclamante, si está convencido de que el reclamante: (1) tiene un título válido de propiedad; (2) no participó (conspiró con) o estuvo de alguna

164. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 7; La *Convención de Viena*, artículo 5 (2); Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 3.

165. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 7; La *Convención de Viena*, artículo 5 (8); Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 5; La *Convención de Palermo*, artículo 12(8).

166. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 7

167. Reglamento Modelo de la OEA, artículo 6.4.

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

manera implicado en el delito subyacente; (3) no tuvo conocimiento del uso de la propiedad para fines ilegales y no dio consentimiento voluntariamente para este uso; (4) no adquirió derechos que fueron específicamente concebidos para evadir el proceso de decomiso; y (5) hizo todo lo que razonablemente puede esperarse que haga para impedir el uso ilegal de la propiedad.

Al abordar el asunto de la buena fe de terceros, el Proyecto de Ley Modelo de la ONU sobre la Delincuencia estipula que el tribunal puede rechazar el reclamo de la propiedad por terceros en los casos en que el tribunal descubra que la persona (1) estuvo implicada en la perpetración del delito subyacente; (2) adquirió la propiedad sin una contraprestación proporcionada; o (3) adquirió la propiedad conociendo su origen ilícito<sup>168</sup> En comparación, la Legislación Modelo de la ONU utiliza una estándares más estricta, que no requiere la implicación en el delito subyacente como fundamento para rechazar el reclamo de la propiedad.<sup>169</sup>

#### 4. Aspectos internacionales del decomiso

Establecer un régimen de decomiso eficaz a nivel nacional es sólo el primer paso hacia la eliminación de la rentabilidad, centrala e tantas actividades internacionales de lavado de dinero. La segunda etapa, que es imprescindible para lograr el éxito general de este esfuerzo, es la de crear mecanismos de cooperación para asegurar el cumplimiento de las órdenes de decomiso transnacionales. Los países pueden habilitar a las autoridades pertinentes para que den cumplimiento a las órdenes de decomiso de otros países, empleando medidas tales como la localización, la identificación, la congelación, y el embargo.

Como un incentivo para la cooperación internacional, los países podrían considerar la creación de acuerdos para repartirse los bienes. El principio general de la enajenación de bienes decomisados es que dicha enajenación esté sujeta a las leyes y reglamentos nacionales del país que cumplió la orden

---

168. Sección 36. Esta es una ley modelo diseñada para los países del *common law*.

169. Ver Legislación Modelo de la ONU, artículo 4.2.9. Esta es una ley modelo diseñada para los países de derecho civil.



de decomiso.<sup>170</sup> Sin embargo, los instrumentos legales internacionales, incitan a los países a concertar acuerdos mutuos que dispongan la repartición de la propiedad confiscada entre todos los países que colaboraron en el proceso de investigación y decomiso.<sup>171</sup> Los instrumentos legales también recomiendan distribuir parte de los fondos confiscados a los organismos intergubernamentales que se dedican a combatir la delincuencia.<sup>172</sup>

#### D. Alcance de las instituciones financieras cubiertas

Un importante análisis de política que debe realizarse con respecto a las exigencias de las instituciones financieras es determinar cuáles de dichas instituciones van a estar cubiertas por el marco ALD del país. Por supuesto, hay que comenzar por los bancos comerciales e instituciones similares. Sin embargo, las estándares internacionales incluyen diferentes tipos de instituciones, muchas de las cuales podrían no ser consideradas como instituciones financieras. El GAFI recomienda que la mayor parte de *Las Cuarenta Recomendaciones* se apliquen tanto a los bancos como las instituciones financieras no bancarias (IFNBs).<sup>173</sup>

Las siguientes entidades deberían ser consideradas por un país, dependiendo de las características específicas de las IFNBs en dicho país:

- bancos comerciales o institución es con poderes semejantes;
- sociedades fiduciarias;
- banqueros privados;
- sucursales de bancos extranjeros ubicada fuera del país;
- agentes o corredores de valores o materias primas;
- bancos de inversiones;
- sociedades de inversiones;

170. *Convención de Viena*, artículo 5 (a); Consejo de Europa, *Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito* (1990), artículo 15; *Convención de Palermo*, artículo 14 (1).

171. *Convención de Viena*, artículo 5(b); *Convención de Palermo*, artículo 14 (3) (b); Reglamento Modelo de la OEA, artículo 7 (d)

172. *Convención de Viena*, artículo 5 (b) (i); *Convención de Palermo* (2000), artículo 14 (3) (a); Reglamento Modelo de la OEA, artículo 7 (e)

173. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Recs. 8 y 9

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

- compañías de seguros;
- casas de cambio;
- emisores, compradores, o cajeros de cheques de viaje, cheques, giros postales o instrumentos similares;
- comerciante de metales preciosos, piedras preciosas, o joyas;
- prestamistas;
- compañías de préstamos o financiamiento;
- agencias de viajes;
- remesadoras autorizadas;
- compañías de telégrafos
- comerciantes, asesores en el comercio de materias primas, o administradores de consorcios de materias primas.

El GAFI también recomienda que los países consideren aplicar algunas exigencias de las instituciones financieras a las empresas e individuos que lleven a cabo ciertas actividades financieras. Estas actividades son las siguientes:

- aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público;
- crédito al consumo;
- créditos hipotecarios;
- factoraje, con o sin recurso;
- financiamiento de transacciones comerciales (incluido el decomiso);
- arrendamiento financiero;
- servicios de transferencia de dinero;
- emisión y gestión de formas de pago (por ejemplo: tarjetas de crédito o débito, cheques, cheques de viaje y giros bancarios...);
- garantías y obligaciones financieras;
- operaciones de compraventa por cuentas de clientes (compra al contado, compra de futuros, intercambios, futuros, opciones de compra o venta...) en:
  - instrumentos del mercado monetario (cheques, facturas, CDs, etc.);
  - icambio de moneda extranjera;
  - icambio, instrumentos sobre tasas de cambio e interés y sobre índices;
  - ivalores transferibles;

- icomercio de futuros nobre materias primas;
- participación en la emisión de valores y prestación de servicios financieros conexos;
- administración de carteras de valores individuales y colectivas ;
- custodia y administración de dinero en efectivo y valores líquidos por cuenta de los clientes;
- seguro de vida y otros seguros relacionados con las inversiones;
- cambio de moneda

El GAFI aconseja que se incluyan al menos las siguientes IFNBs: casas de cambio, agentes de bolsa, compañías de seguros, y servicios de transmisión/tranferencia de dinero.<sup>174</sup>

Una vez que se hayan determinado las instituciones financieras cubiertas, es importante que se designen autoridades competentes para asegurarse que los requerimientos a las instituciones financieras se lleven a la práctica.<sup>175</sup> El nombramiento de autoridades competentes para fines de ejecución también se aplica a todas *Las Cuarenta Recomendaciones*.<sup>176</sup>

#### E. Estándares de integridad

No se puede blanquear el dinero, ni financiar el terrorismo sin la ayuda de las instituciones financieras. Cuando los delincuentes controlan las instituciones financieras u ocupan puestos en la alta administración, es sumamente difícil para los países prevenir y detectar el lavado de dinero. Las leyes y medidas de fiscalización deberían ser redactadas de manera tal que los delincuentes convictos y confesos no puedan mantener ni controlar inversiones significativas en ninguna de las instituciones financieras cubiertas de un país. Del mismo modo, se debe impedir que los delincuentes convictos y confesos ocupen cualquier puesto en la alta administración de dichas

174. GAFI, Notas de Orientación para las Recomendaciones Especiales, párrafo 19. [http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TF-SAGUIDE20020327\\_en.pdf](http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TF-SAGUIDE20020327_en.pdf)

175. *Las Cuarenta Recomendaciones*, Rec. 27.

176. *Id.*

## Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo

instituciones financieras, incluidos los puestos en juntas de administración, directorios ejecutivos o comisiones supervisoras, u otros puestos similares.<sup>177</sup>

En este sentido, deberían establecerse leyes y reglamentos que exijan el registro, la autorización, y/o la acreditación de las instituciones financieras, para que se impida la participación de dichos delincuentes. Estas disposiciones deberían también exigir que se evalúe la competencia e integridad de los directores, altos ejecutivos y las personas que ocupan puestos semejantes. Tales personas deberían tener las cualificaciones adecuadas, incluidas habilidad y experiencia necesarias para el puesto que ocupan en la institución financiera. Dichas personas no deberían tener antecedentes penales por violaciones de la obligación fiduciaria o delitos similares, ni deberían existir antecedentes administrativos desfavorables con respecto a las estándares establecidas que la hagan no apta para ocupar un puesto de alto ejecutivo, director, u otro cargo similar.

Las leyes o reglamentos de un país también deberían proporcionar un mecanismo eficaz para retirarle la licencia a una institución financiera por irregularidades considerables respecto al lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. También debería suspenderse la licencia cuando la institución financiera no cumpla con mantener los estándares de integridad cuando sus inversionistas importantes o sus gestores cambian.<sup>178</sup>

Por último, un marco institucional eficiente ALD/LFT impone ciertas exigencias a las instituciones financieras. Estas exigencias comprenden la identificación del cliente, el mantenimiento de registros, y la reporte de transacciones sospechosas, entre otras. El no acatamiento de estas exigencias puede dar como resultado sanciones que podrían incluir la pérdida de la licencia para participar en actividades comerciales.<sup>179</sup>

---

177. *Id.*, Recs. 25 y 29.

178. *Id.*, Rec.29

179. Para un análisis detallado sobre estas exigencias, ver Capítulo VI