

HÉCTOR OLASOLO
DAVID FERNANDO VARELA
GERMÁN C. GARAVANO

Directores Académicos

DANIEL ALEJANDRO GARAVITO GÓEZ
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES
LAURA VACCA MOYANO
MARIANA MOLINA FLÓREZ
ANDRES FELIPE CANIZO RAMÍREZ

Coordinadores

38

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LOS ÁMBITOS FINANCIERO Y TRIBUTARIO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA FISCAL, CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y PARA SU RECUPERACIÓN

ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA
AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

PARTE I

El fenómeno de la corrupción en América
Latina y las respuestas internacionales



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE
LOS ÁMBITOS FINANCIERO Y TRIBUTARIO
Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN
MATERIA FISCAL, CONTRA EL LAVADO DE
ACTIVOS Y PARA SU RECUPERACIÓN**

**ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA
AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL**

PARTE I

**El fenómeno de la corrupción en América
Latina y las respuestas internacionales**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e
Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)*

*y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LOS ÁMBITOS FINANCIERO Y TRIBUTARIO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA FISCAL, CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y PARA SU RECUPERACIÓN

ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA
AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

PARTE I

El fenómeno de la corrupción en América
Latina y las respuestas internacionales

Volumen 38

Directores Académicos

HÉCTOR OLASOLO

DAVID FERNANDO VARELA

GERMÁN C. GARAVANO

Coordinadores

DANIEL ALEJANDRO GARAVITO GÓEZ

JUAN JOSE ROMERO MORALES

Laura Vacca Moyano

Mariana Molina Flórez

Andrés Felipe Canizo Ramírez



Facultad de
Jurisprudencia



Facultad de Estudios
Internacionales,
Políticos y Urbanos

tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 979-13-7010-005-6
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A María Juliana Conde Arias, Laura Vacca Moyano, Andrés Felipe Canizo Ramírez, María Camila de la Peña Calderón y Daniela Clavijo Fonseca por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadores	17
Autores.....	19
Abreviaturas.....	23
Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre <i>Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional</i>, su Grupo de Derecho Financiero y Tributario y la Presente Obra Colectiva	31
<i>Héctor Olasolo, David Fernando Varela & Germán C. Garavano</i>	
Capítulo 1. Los efectos económicos sobre recaudos fiscales, inversión pública y privada, pobreza, desigualdad, desarrollo económico, productividad e infraestructura.....	53
<i>César Ferrari (Perú/Colombia)</i>	
Capítulo 2. Fortalecimiento de la regulación de riesgo de conducta en el sistema financiero: su relación con el cumplimiento normativo y la lucha contra la corrupción.....	71
<i>Ligia Catherine Arias-Barrera (Colombia)</i>	
Capítulo 3. Los instrumentos bilaterales internacionales de cooperación no judicial en materia tributaria y su utilización por EE.UU. para incentivar la cooperación.....	117
<i>Mario De Castro (Estados Unidos) & Liliana Yumi (Perú)</i>	
Capítulo 4. El sistema de estándares comunes de reporte como herramienta frente a la ocultación de capitales provenientes de prácticas corruptas en jurisdicciones de baja tributación no cooperantes	157
<i>Mario Andrade Perilla (Colombia)</i>	

Capítulo 5. El grupo de acción financiera internacional y la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo	199
<i>David Fernando Varela (Colombia) & Daniel Serrano Acero (Colombia)</i>	
Capítulo 6. <i>Recommendations for accelerating and streamlining the return of assets stolen by corrupt public officials: special attention to measures against corruption enablers</i>	233
<i>Richard E. Messick (EE.UU.)</i>	
Capítulo 7. Conclusiones.....	279
<i>Hector Olasolo, David Fernando Varela, Germán C. Garavano, Daniel Alejandro Garavito Góez & Juan José Romero Morales</i>	
Capítulo 8. Recomendaciones	395
<i>Hector Olasolo, David Fernando Varela & Germán C. Garavano</i>	

ANEXOS

Anexos relativos al Capítulo 5.....	455
-------------------------------------	-----

Directores Académicos

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

David Fernando Varela (Colombia)

Profesor de planta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctor en Asuntos Internacionales de la Universidad Johns Hopkins, *School of Advanced International Studies* [SAIS] (Washington, DC) y Máster en Leyes de la Universidad de McGill (Montreal, Canadá). Investigador del Proyecto 71848 que hace parte del Programa de Investigación 70593 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

Garavano, Germán C. (Argentina)

Investigador de Unidos por la Justicia (Argentina). Fue ministro de justicia y derechos humanos de la Argentina (diciembre 2015

- diciembre 2019) y ha sido reconocido por el presidente de la República de Italia como “*cavaliere de gran croce*” de la “*ordine della stella de Italia*” (Roma, febrero de 2018). Se ha desempeñado también como Fiscal General de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2007-2014) y ha sido vicepresidente y miembro del Centro de Justicia de las Américas (CEJA), elegido por la Asamblea de los Estados Americanos (OEA), 2005-2007. Ha sido también consejero del consejo de la magistratura de la CABA (2004/2006), juez de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2003-2007) y profesor en Agosto de 2010 del curso internacional de capacitación en reformas al sistema de justicia penal en América Latina (Instituto para Asia y El Lejano Oriente de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, la Agencia de cooperación internacional del Japón (JICA) y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD, Costa Rica). Ha fungido además como coordinador académico y profesor del programa en administración y modernización judicial, organizado por la Fundación Carolina de Argentina, dictado con el Instituto Universitario de Derecho y Economía, el Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigio de la Universidad Carlos III de Madrid y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido autor, coautor y/o director académico de numerosos libros entre ellos: “Poder Judicial, Competitividad y Desarrollo Económico” (libro resultado de investigación del Proyecto UBACYT/CONICET, programación científica trienal 1998/2001).

Coordinadores

Daniel Alejandro Garavito Góez (Colombia)

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Coordinador del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de la clase de Derecho y Tecnología (Legaltech: Innovación Legal) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y del programa de Legaltech ofrecido por el Departamento de Educación Continua de la Pontificia Universidad Javeriana. Joven Investigador y Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre «Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2024).

Juan José Romero Morales (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre «Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2024). Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Laura Vacca Moyano (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia e integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Mariana Molina Flórez (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia e integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Andrés Felipe Canizo Ramírez (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia e integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Autores

Andrade Perilla, Mario (Colombia)

Abogado (U. Javeriana). LL.M (UNAM). MA, Economics (OMMA), IT Program (Harvard U.). Expresidente de la IFA (Capítulo Colombia). Profesor y conferencista invitado en las Universidades Javeriana, Rosario, Sergio Arboleda y Sabana. Partner en Deloitte S-LATAM.

Arias-Barrera, Ligia Catherine (Colombia)

Ph.D. in Law, University of Warwick. Profesora de Regulación Financiera de la Universidad del Externado de Colombia. Experta independiente del Fondo Monetario Internacional, la Corporación Financiera Internacional y la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico.

De Castro, Mario (EE.UU.)

Abogado, Senior Counsel, Whiteford, Taylor & Preston LLP (Washington, D.C., EE.UU.). Master en Derecho Tributario (LL.M, 2003), *University of Miami School of Law* (Coral Gables, Florida). Doctor en Jurisprudencia (JD, 1994), *Temple University School of Law* (Philadelphia, PA). Licenciatura en Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas (B.A 1990), *Tulane University* (New Orleans, LA). Abogado Colegio de Abogados del Estado de la Florida (1996). Título Profesional Homologado como Abogado ante ICFES (Colombia, 1998). Miembro de la IFA desde 1999.

Ferrari, César (Perú/Colombia)

Ph.D. Profesor Titular del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia).

Garavito Góez, Daniel Alejandro (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Garavano, Germán C. (Argentina)

Ver sección de directores académicos.

Messick, Richard E. (EE.UU.)

Consultor jurídico especializado en el ámbito anticorrupción en el Grupo Messick y miembro del Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown. En el pasado se ha desempeñado como especialista senior del Grupo de Sector Público y Gobernanza del Banco Mundial, consultor senior de la *Freedom House* (EE.UU.) y miembro principal del Instituto Hernando de Soto para la Libertad y la Democracia (Lima, Perú). Así mismo, ha sido asesor principal del Comité de Relaciones Exteriores del Senado en el 99° Congreso (EE.UU.) y asesor principal y director de investigación del Comité Senatorial Nacional (EE.UU.). Sus escritos y reseñas han aparecido en el *Wall Street Journal*, el *Washington Post*, el *American Political Science Review* y otras revistas de reconocido prestigio.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Romero Morales, Juan José (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Serrano Acero, Daniel (Colombia)

Profesor de Cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Candidato a Máster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás (Colombia).

Varela, David Fernando (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Yumi Yagui, Liliana (Perú)

Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado en Data Processing y Sistemas de la Información por la *Anabuki College* (Anabuki, Kagawa, Japón). Abogada y Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (1999). Abogada y Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2000). Especialista en Derecho Público Administrativo, Compliance e Integridad, Gestión de Riesgos, Control Interno y Gestora en Inteligencia. Certificada en ISO 22301. Jefe de Integridad en institución pública.

Abreviaturas

ABIITs	Acuerdos Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria
ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina
AFP	Administradoras de Fondos de Pensión
AME	Asistencia Mutua entre Estados
AMV	Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia
APCI	Agencia Peruana de Cooperación Internacional
APNFDs	Actividades y profesiones no financieras designadas
BACEN	Banco Central
BCRA	Banco Central de la República Argentina
BM	Banco Mundial
C	Cumplida
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CDIs	Convenios para Evitar la Doble Imposición
CE	Consejo Europeo
CIAT	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CMF	Comisión para el Mercado Financiero de Chile
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida)
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)
COSP	Conferencia de los Estados Parte de la Convención de Mérida
COT	Crimen organizado transnacional

CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CONSUF	Consejo de Supervilancia de Fundaciones de Perú
Convención	
OCDE	Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales
CRS	Sistema de Estándares Comunes de Reporte
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia
DfID	Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido
EBR	Enfoque Basado en Riesgo
EE.UU.	Estados Unidos de América
EM	Evaluación Mutua
ENCCLA	Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y el Lavado de Dinero
ENR	Evaluación Nacional de Riesgos
EPEs	Empresas de Participación Estatal Mayoritaria
ET	Estatuto Tributario
FACPCE	Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas
FBAR	<i>Foreign Bank Account Report</i>
FFI	<i>Foreign Financial Institutions</i>
FINCEN	Red sobre Ejecución de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro de EE.UU.
FMI	Fondo Monetario Internacional
FURs	Reportes de Seguimiento del GAFI/GAFILAT
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
GAFISUD	Grupo de Acción Financiera de Sudamérica
GAT	Gestor de Asistencias y Transferencias

GDE	Sistema de Gestión Documental Electrónica de Argentina
GFAR	Foro Global sobre Recuperación de Activos
IBICNJMTs	Instrumentos Bilaterales Internacionales de Cooperación No Judicial en Materia Tributaria
ICA	Impuesto de Industria y Comercio
ICRICT	Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional
IFs	Instituciones financieras
IFFs	Instituciones financieras extranjeras
IGAs	Acuerdos Bilaterales Intergubernamentales
IGJ	Inspección General de Justicia
IIF	Informes de Inteligencia Financiera
ISA/NIA	Estándares de auditoría
IUET	Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios
IVA	Impuesto al Valor Agregado
JNCBNIs	Jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición
LA	Ley Anticorrupción de Brasil
LA/FT	Lavado de activos y financiación del terrorismo
LCO	Ley sobre el Crimen Organizado de Brasil
LEL	Ley sobre las Empresas Limpias de Brasil
LLD	Ley sobre el Lavado de Dinero de Brasil
MC	Mayormente Cumplida
MERs	Reportes de Evaluación Mutua del GAFI/GAFILAT
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
MINCETUR	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Perú
NA	No aplicable
NC	No cumplida

NFFEs	Entidades extranjeras no financieras
NIA	Normas Internacionales de Auditoría
NIIF	Normas de Información Financiera Internacional
OA	Oficina Anticorrupción de Argentina
OCDE/OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODS	Objetivos de desarrollo sostenible
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONUDD/ UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
PC	Parcialmente Cumplida
PEPs	Personas expuestas políticamente
PFFIs	
PIB	Producto Interno Bruto
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PROCELAC	Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos
RBR	Regulación basada en el riesgo
RID	Registro Integral de Destinatarios
ROE	Reportes de las Operaciones en Efectivo
ROS	Reportes de Operaciones Sospechosas
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
RUB	Registro Único de Beneficiarios Finales
SAGRILAF	Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva
SARLAF	Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo

SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensión de Perú
SIGEP	Sistema de Información y Gestión del Empleo Público de Colombia
	Superintendencia de Pensiones de Chile
StAR	Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito
SUNAT	Superintendencia de la Administración Tributaria de Perú
SUCAMEC	Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil de Perú
TCA	Acuerdo Modelo de Cooperación Técnica sobre Clemencia de Brasil
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TI	Transparencia Internacional
UAF	Unidad de Análisis Financiero
UE	Unión Europea
UFs	Unidades de Fomento
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UIAF	Unidad de Investigación y Acción financiera
UVT	Unidad de Valor Tributario
VUCE	Ventanilla Única de Comercio Exterior de Argentina

Abreviaturas en inglés

ACL	<i>Anticorruption Law</i>
AGC	<i>Attorney General's Chambers</i>
AGU	<i>Attorney General's Office</i>
AMLL	<i>Anti-Money Laundering Law</i>
APER	<i>Code of Practice for Approved Persons</i>
AUDIF	<i>Argentina-US Dialogue on Illicit Finance</i>
BEPS	<i>Base Erosion Profit Shifting</i>
COAF	<i>Financial Intelligence Unit</i>
DPBs	<i>Designated Professional Bodies</i>
ENCCLA	<i>Strategy for Anticorruption and Anti-Money Laundering</i>
FATCA	<i>Foreign Account Tax Compliance Act</i>
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
FIU	<i>Financial Intelligence Unit</i>
IACC	<i>Inter-American Convention against Corruption</i>
IGA	<i>Intergovernmental Agreement</i>
IRS	<i>Internal Revenue Services de EE.UU.</i>
MiFID	<i>EU Markets and Financial Instruments Directive</i>
MLA	<i>Mutual Legal Assistance</i>
MPF	<i>Brazilian Ministério Público Federal</i>
NGOs	<i>Non-governmental organizations</i>
OCG	<i>Office of the Comptroller General</i>
OCL	<i>Organized Crime Law</i>
OECD	<i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i>
SFO	<i>United Kingdom's Serious Fraud Office</i>
SM&CR	<i>Senior Managers and Certification Regime</i>
SPR	<i>Senior Persons Regime</i>
StAR	<i>Stolen Asset Recovery Initiative</i>
TCA	<i>Technical Cooperation Agreement on Leniency</i>

TCU	<i>Federal Court of Accounts</i>
TIEA	<i>Tax Information Exchange Agreement</i>
UNCAC	<i>United Nations Convention against Corruption</i>
WGB	<i>Working Group on Bribery</i>

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*, su Grupo de Derecho Financiero y Tributario y la Presente Obra Colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como

entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

- (1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;
- (2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
- (3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas.

Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho públi-

co comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuestas-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.

- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoinstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/>

red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia.

- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.
- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: *Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy*: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://>

www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de

la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software Net-Logo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la región amazónica y Colombia (Proyecto 70817).
 - Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).
- B) Respuestas desde el Derecho Público Comparado:
- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).
- C) Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho
- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).
- D) Respuestas desde el Derecho Internacional
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).
- E) Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

- A) Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:
- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
 - La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
 - La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).
- B) Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:
- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).
- C) El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:
- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).

- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

- A) Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas
 - Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.
 - Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.
 - Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.
- B) Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto
 - Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.
 - Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

- C) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral
- Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.
- Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.
- D) Recomendaciones en materia de derecho administrativo
- Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.
- Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.
- Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.
- E) Recomendaciones en materia de derecho disciplinario
- Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.
- F) Recomendaciones en materia de financiero y tributario
- Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial
- G) Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley
- Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anti-corrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.
- Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.
- H) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión
- Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.
- Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I) Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J) Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K) Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción.

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M) Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. SOBRE LA COMPOSICIÓN Y ACTUACIONES DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

La presente obra colectiva ha sido elaborada por los miembros del grupo de investigación de derecho tributario, financiero y cambiario (“el Grupo”) de la Red, en desarrollo del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho tributario, financiero y cambiario.

El Grupo es coordinado por Héctor Olasolo (España/Colombia), quien también dirige el Programa 70593 y el Proyecto 70817, y David Fernando Varela (Colombia), con el apoyo de Germán C. Garavano (Argentina). Así mismo, desde el comienzo de sus trabajos a finales de junio de 2021, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa del joven investigador y consultor colombiano de la Pontificia Universidad Javeriana, Daniel Alejandro Garavito Góez (Colombia). Así mismo, desde agosto de 2023 ha contado también con el apoyo de los consultores de la Universidad del Rosario, Ana María Martínez Agudelo (Colombia), Gabriela Velásquez Medina (Colombia) y Juan José Romero Morales (Colombia).

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en la obra colectiva desarrollada desde junio de 2021:

1. Arias Barrera, Ligia Catherine (Colombia)
2. Castro Arango, José Manuel (Colombia)
3. De Castro, Mario (Estados Unidos): Deloitte (Estados Unidos)

4. Ferrari, César (Perú): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
5. Irrigaray, Ignacio (Argentina)
6. Messick, Richard E. (EE.UU.)
7. Navarro-Schiappacasse, María Pilar (Chile)
8. Perilla Mario, Andrade (Colombia): Deloitte (Colombia)
9. Serrano, Daniel (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
10. Yumi, Beatriz (Perú): Universidad de Lima (Perú)
11. Yumi, Liliana (Perú): Universidad de Lima (Perú)
12. Zagaris, Bruce (Brasil)

Desde su establecimiento en junio de 2021, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de los dos volúmenes que ha llevado a cabo.

Además, los días 13 y 14 de octubre de 2022 se celebró un seminario híbrido abierto en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 8 del Programa 70593.

El seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo y David Fernando Varela y administrativamente por Daniel Garavito, abordando las siguientes temáticas:

1. Respuestas sobre el derecho tributario, cambiario y financiero.
2. Persecución de la corrupción a través de instrumentos internacionales de cooperación no judicial en materia tributaria, financiera y cambiaria.
3. Conclusiones.

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo en el III (2021), IV

(2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario y la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Iberoamericano sobre la Justicia Internacional², desarrollado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Así mismo, también han sido presentadas por David Fernando Varela y Germán C. Garavano en el Seminario Internacional de Presentación de Resultados del Proyecto 71848, celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Javeriana, y cuya grabación se puede visionar en el siguiente enlace del Seminario Internacional 19 del Programa 70893 recogido en la sección anterior.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido socializadas con la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La presente obra colectiva analiza el fenómeno de la corrupción en América Latina (especialmente cuando se encuentra asociada al crimen organizado transnacional (COT)) y las respuestas internacionales desde los ámbitos financiero y tributario y la cooperación

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

internacional en materia fiscal, contra el lavado de activos y para su recuperación.

La obra comienza con el capítulo 1, en el que Ferrari aborda los aspectos económicos y sociales de la corrupción, la malversación de fondos públicos por parte de actores públicos y privados, y la manipulación de leyes y normativas en favor de intereses particulares en detrimento de los generales. Algo que el COT promueve como estrategia de acción y de lo que obtiene importantes beneficios. El autor analiza la distorsión de los mercados para favorecer a los productores oligopólicos o monopólicos, generando rentas de no competencia. Además, aborda la corrupción en el ámbito empresarial privado, donde decisiones comerciales sesgadas en favor de conexiones personales pueden conducir a pérdidas y afectar a los *stakeholders* de las empresas, así como su relación el modelo de capitalismo latinoamericano conocido como “capitalismo de compadres”.

A continuación, Arias estudia en el capítulo 2 las respuestas al fenómeno de la corrupción desde el ámbito financiero, centrandolo en la conexión entre la corrupción y el riesgo de conducta en el sistema financiero, razón por la cual es necesario recurrir a la regulación financiera, conformada por el conjunto de normas y procesos establecidos por las autoridades estatales para influir en el comportamiento de las IFs reguladas y en el funcionamiento del sistema (como la respuesta de las IFs puede afectar su eficacia, es también importante promover en ellas el desarrollo de una cultura de cumplimiento). En este contexto, la regulación basada en el riesgo (RBR) se presenta como una oportunidad eficiente para la identificación y administración del riesgo de conductas corruptas. Por ello, tras analizar el nacimiento y evolución del RBR a nivel internacional, la autora centra su análisis en los mecanismos que las IFs reguladas utilizan para controlar dicho riesgo, incluyendo medidas como la aprobación previa de estándares obligatorios de conducta y el fortalecimiento de la responsabilidad individual de los directivos y empleados financieros según su ámbito de competencia.

Posteriormente, De Castro & Yumi exploran en el capítulo 3 la contribución de los instrumentos bilaterales internacionales de cooperación no judicial en materia tributaria (IBICNJMTs), como los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDIs) y los Acuerdos

Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria (ABIITs), en la lucha contra la evasión y elusión fiscales y la corrupción nacional y transnacional, a la luz de la expansión global de la corrupción y su impacto negativo en instituciones, economías y presupuestos gubernamentales. Los autores centran su análisis en las medidas recogidas en los CDIs y los ABIITs para el fortalecimiento del intercambio (automático, rogado y espontáneo) de información y la asistencia administrativa, con el fin de mejorar el control, la transparencia y la recaudación de tributos. Además, analizan las ventajas e inconvenientes de la estrategia de EE.UU. de combinar la firma de ABIITs (o la inclusión de cláusulas de intercambio de información en los CDIs de los que es parte) con la adopción de leyes nacionales (principalmente, la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)), para obtener información directa y automáticamente de IFs extranjeras sobre aquellos clientes que son al mismo tiempo contribuyentes estadounidenses con inversiones fuera de los EE.UU. (con el fin de comprobar si están o no cumpliendo con sus obligaciones fiscales según la legislación norteamericana).

Realizado el análisis de los IBICNJMTs, Andrade analiza en el capítulo 4 el sistema de Estándares Comunes de Reporte (CRS) de la OCDE como herramienta multilateral frente a la ocultación de capitales provenientes de prácticas corruptas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición (JNCBNIs). El autor aborda la problemática que generan estas jurisdicciones, así como la importancia de distinguirlas de las jurisdicciones que, a pesar de presentar bajos niveles de tributación, cooperan adecuadamente con terceros Estados en materia fiscal. Además, destaca la importancia del intercambio automático de información entre IFs para identificar transacciones y activos en jurisdicciones extranjeras, ofreciendo, al mismo tiempo, una perspectiva crítica sobre la aplicación de ciertos elementos del CRS que podría ser conveniente ajustar.

Los dos últimos capítulos temáticos de la obra se centran en los mecanismos de cooperación internacional para luchar contra el lavado de activos ilícitos y promover la recuperación de los activos robados a través de prácticas de corrupción. De esta manera, Varela y Serrano analizan en el capítulo 5 las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que recurre al *soft law*

para impulsar la adopción de regulaciones y prácticas operativas que fortalezcan los regímenes normativos nacionales (*hard law*), con el fin de combatir el uso indebido del sistema financiero internacional para actividades de lavado y financiación del terrorismo. Además, subrayan las dificultades que han experimentado los países latinoamericanos para aplicar las recomendaciones contenidas en los informes de seguimiento del grupo regional para América Latina (GAFILAT), debido, en gran medida, a la rigidez y burocracia en la metodología de sus informes (lo que limita las fuentes examinadas para su elaboración) y su falta de adaptación a la realidad regional (lo que impide la comprensión integral de los desafíos en materia de lavado y limita la efectividad de los informes, reflejando, al mismo tiempo, la necesidad de enfoques más flexibles y contextualizados).

Finalmente, Messick destaca en el capítulo 6 cómo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida), recoge un sistema de cooperación internacional dirigido a promover la recuperación de los activos robados a través de prácticas corruptas. Sin embargo, si bien los Estados en vías de desarrollo han recuperado desde 2005 más de 3.500 millones de dólares mediante la aplicación de sus mecanismos de cooperación internacional, persisten importantes deficiencias en el proceso de identificación, embargo, decomiso y restitución, como lagunas legales y falta de coordinación, lo que lo hace lento. De ahí, la importancia de abordar estos problemas y adoptar nuevas leyes y prácticas en los Estados donde se esconden los activos para agilizar su devolución, prestando especial atención a los intermediarios o facilitadores de las prácticas de ocultamiento de los bienes producto de la corrupción (*corruption enablers*).

El volumen concluye con los capítulos 7 y 8. En el primero, se sistematizan los contenidos y conclusiones desarrollados por los autores, mientras que en el capítulo 8 se presentan de manera unificada las principales recomendaciones realizadas para los países latinoamericanos, incluyendo también, en ocasiones, algunas específicamente dirigidas a ciertos organismos intergubernamentales, como la OCDE en relación con el CRS y el GAFILAT respecto a la metodología de elaboración de sus informes. Todo ello teniendo en cuenta que una parte de ellas han sido propuestas directamente por los autores en

sus respectivos capítulos, y el resto, que complementan las anteriores, han sido formuladas por los directores académicos de la obra a la luz del análisis realizado en dichos capítulos.

En Bogotá (Colombia), a 15 de octubre de 2024,

**Héctor Olasolo, David Fernando Varela &
Germán C. Garavano**

Capítulo 1

Los efectos económicos sobre recaudos fiscales, inversión pública y privada, pobreza, desigualdad, desarrollo económico, productividad e infraestructura

CÉSAR FERRARI*

1. PRIMERA APROXIMACIÓN

La corrupción tiene efectos nefastos sobre la economía, en particular sobre el crecimiento económico, la productividad, los recaudos fiscales, la inversión pública y privada y, estos últimos, nuevamente, sobre el crecimiento económico, contribuyendo a generar de tal modo más desempleo, pobreza y desigualdad, afectando, en general, el desarrollo económico y social.

La corrupción implica una apropiación de dineros públicos por parte de funcionarios públicos y privados, pero también el aprovechamiento de la ley y las normas, o de la posibilidad de generarlas, en beneficio de intereses particulares y en desmedro de intereses generales. Estos últimos casos, casi siempre implica una distorsión en un mercado determinado a fin de generar rentas de no competencia en favor, usualmente, de productores oligopólicos o monopolísticos (Debús & Delbianco, 2021).

Otro tipo de corrupción, muchas veces ni siquiera considerada como tal, es aquella que se da en los negocios privados cuando cier-

* Ph.D. Profesor Titular del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia).

tas compras, ventas, descuentos, inversiones, etc. se dan con preferencias indebidas en favor de personas naturales o jurídicas conocidas o cercanas, por encima de los méritos de estas o de otras personas que sí los tienen. Muchas veces conducen a pérdidas en las empresas que se justifican aduciendo que estas decisiones son potestad exclusiva del dueño o el gerente, y que las pérdidas “solo” afectan a sus patrimonios, sin consideración por los *stakeholders* de las empresas.

Sí son considerados como actos de corrupción los pagos indebidos a diversas autoridades para que favorezcan o toleren la producción o comercialización de actividades abiertamente ilegales, como las relacionadas con el contrabando, el narcotráfico o la minería ilegal. Estos actos implican desperdicio o asignaciones ineficientes de recursos públicos y privados, enormes ganancias para los receptores de las comisiones indebidas, pero que empalidecen si se comparan con las enormes ganancias de los traficantes; o lo que es más grave, comportamientos inmorales o antisociales que son muchas veces tolerados por la socialización parcial de las ganancias indebidas.

Estos casos de corrupción están asociados y son funcionales a un tipo de capitalismo propio de América Latina, el “capitalismo de compadres” (*cronny capitalism*), que ha generado situaciones inadecuadas que han hecho desconfiar del capitalismo (que florece en casi todos los países del mundo desarrollado) como solución económica deseable para Latinoamérica.

El presente capítulo introductorio trata sobre todos estos temas sin pretensión de agotarlos.

2. POBREZA E INEQUIDAD

La pobreza en Colombia es enorme y la inequidad abrumadora. Según el DANE, en 2021 la pobreza alcanzaba a 39.1% de la población y los vulnerables, aquellos que salieron de la pobreza, pero ante cualquier circunstancia podrían volver a ella, representaban 31% de esta; en 2019, antes de la pandemia, los pobres representaban 35.7% y los vulnerables 32%. Es decir, en 2021, entre pobres y vulnerables se encontraban, según cifras oficiales, alrededor del 70% de la población, 35.1 millones de personas; en 2019 eran 33.1 millones y en 2018

32.6 millones. Gran mayor parte de esos pobres y vulnerables viven y trabajan en el medio rural.

Tabla 1. Colombia: Población según clases sociales

Colombia: Población según clases sociales										
(en millones de personas y porcentajes sobre el total)										
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Total nacional	45,254	45,774	46,296	46,819	47,343	47,868	48,391	48,911	49,427	49,944
Población según clases sociales - Pobres										
Total nacional	18,471	17,531	16,785	16,919	17,134	16,836	16,808	17,470	21,022	19,621
Total nacional	40.8	38.3	36.3	36.1	36.2	35.2	34.7	35.7	42.5	39.3
Cabeceras	36.0	33.9	31.7	31.6	32.4	31.9	31.4	32.3	42.4	37.8
Centros poblados y rural di	56.4	52.8	51.5	51.5	48.8	46.2	46.0	47.5	42.9	44.6
Población según clases sociales - Vulnerables										
Total nacional	13,294	13,777	14,357	14,826	14,913	15,625	15,841	15,668	15,009	15,503
Total nacional	29.4	30.1	31.0	31.7	31.5	32.6	32.7	32.0	30.4	31.0
Cabeceras	27.1	27.1	28.2	29.0	28.2	29.2	29.1	28.6	25.3	26.9
Centros poblados y rural di	36.7	39.9	40.3	40.5	42.6	44.3	45.0	44.0	48.0	45.3
Población según clases sociales - Clase media										
Total nacional	12,600	13,490	14,063	14,134	14,353	14,513	14,764	14,712	12,537	13,899
Total nacional	27.8	29.5	30.4	30.2	30.3	30.3	30.5	30.1	25.4	27.8
Cabeceras	34.3	36.2	37.1	36.9	36.8	36.5	36.9	36.4	30.1	33.0
Centros poblados y rural di	6.7	7.2	8.0	7.9	8.3	9.2	8.8	8.4	8.8	9.9
Población según clases sociales - Clase alta										
Total nacional	888	976	1,090	940	943	894	977	1,061	860	921
Total nacional	2.0	2.1	2.4	2.0	2.0	1.9	2.0	2.2	1.7	1.8
Cabeceras	2.5	2.7	3.0	2.5	2.5	2.3	2.5	2.8	2.2	2.3
Centros poblados y rural di	0.2	0.1	0.2	0.2	0.3	0.3	0.2	0.2	0.3	0.2

Fuente: DANE - Gran Encuesta Integrada de Hogares (2012-2021).

Agrava esa situación una inequidad creciente. Según datos del Banco Mundial (BM), Colombia se ubica en la quinceava peor posición en distribución del ingreso entre 174 países. El coeficiente GINI, según el DANE, para 2020 era 54.4; los asiáticos tienen un GINI alrededor de 35 puntos.

La pobreza y la inequidad no son gratuitas, son consecuencia de la falta de empleo adecuado y de la informalidad resultante: ante la posibilidad de no tener ningún tipo de ingreso, las personas acaban generando su propio puesto de trabajo y como no cuentan con ningún tipo de activo, resultan de baja productividad y, por lo tanto, de ingresos reducidos que les impide pagar sus obligaciones con la seguridad social y con los impuestos; no es que no quieran pagarlos, es que no tiene con qué.

Esta pobreza e inequidad son, entonces, consecuencia de la falta de empleo y de la informalidad, y estas de la orientación de las inversiones que han generado una estructura de producción intensiva en capital incapaz de generar puestos de trabajo suficientes (Quejada et

al., 2014). A su vez, la inversión reducida, producto de un nivel de ahorro reducido por un consumo excesivo, genera una situación de poco crecimiento de los activos, es decir de la capacidad de producción y, por lo tanto, del crecimiento de la economía.

La corrupción o la falta de acción apropiada por parte de las autoridades explica gran parte de esta situación. La existencia de mercados imperfectos en los mercados de crédito eleva las tasas de interés por encima de las que pudieran ser en situación de mercados en competencia plena, con lo que, los costos financieros y los costos totales son muy elevados, lo que reduce la rentabilidad y competitividad de las empresas. Con lo que venden, producen y contratan menos de lo que podrían hacer. Otra es la situación de las grandes empresas, particularmente las que producen materias primas y se financian internacionalmente. Al acceder a costos financieros menores sus rentabilidades relativas son mucho más elevadas.

Por eso la inversión se orienta hacia esos sectores, donde la participación de la agricultura y las manufacturas, intensivas en mano de obra, ha disminuido en la estructura productiva. Aumentado la inversión en minería, construcción, agua, gas, electricidad, intensivas en capital.

Tabla 2. Estructura sectorial, países seleccionados

Estructura sectorial, valor agregado									
	Argentina	Brazil	Chile	Colombia	México	Perú	China	Corea	Japón
Agricultura, forestal y pesca (% del PIB)									
1970	9.64	10.37	6.78	25.09	12.12	16.72	34.80	26.49	..
1990	8.12	6.87	8.24	17.07	6.67	..	26.58	7.61	..
2010	7.13	4.12	3.62	6.32	3.22	6.83	9.33	2.14	1.10
2019	6.09	4.44	3.54	6.74	3.39	6.96	7.14	1.62	..
Manufactura (% del PIB)									
1970	31.54	24.63	25.47	20.66	22.04	17.71	16.11	17.36	..
1990	26.79	..	18.51	18.03	19.14	..	25.03	25.02	..
2010	15.84	12.72	10.77	13.97	15.56	15.56	31.61	27.44	20.83
2019	13.00	9.44	10.04	10.95	17.33	12.27	26.77	25.32	..
Minería, construcción, agua, gas, electricidad (% del PIB)									
1970	10.73	23.52	17.27	6.71	13.38	21.06	24.16	16.23	..
1990	9.23	..	26.12	16.60	14.50	..	16.00	20.89	..
2010	25.53	25.55	32.83	26.31	20.86	28.67	14.89	15.72	7.85
2019	26.58	22.87	27.70	24.71	19.41	25.92	11.81	15.97	..
Servicios, valor agregado (% del PIB)									
1970	48.08	41.47	50.48	47.54	52.46	44.52	24.93	39.93	..
1990	55.85	45.15	47.13	48.30	59.69	..	32.38	46.49	..
2010	51.50	57.61	52.78	53.40	60.36	48.94	44.18	54.70	70.21
2019	54.33	63.25	58.71	57.60	59.88	54.85	54.27	57.08	..

Fuente: Banco Mundial, World Development Indicators.

3. CAPITALISMO DE COMPADRES

Esta situación, en parte, es consecuencia del tipo de capitalismo que se ha construido en Colombia. Desde el inicio de los tiempos modernos, el capitalismo, un arreglo institucional que implica una economía de mercado generalmente asociada a un proceso político más o menos democrático, ha sido capaz de construir casos de éxito como el de los países nórdicos. Más recientemente, durante las últimas décadas, los ha logrado también en el este asiático.

No obstante, el capitalismo ha sido también capaz de construir y conformar casos problemáticos, como el desarrollado en América Latina desde hace muchas décadas, con mayor incidencia durante las últimas tres décadas (Peralta et al., 2021). El tipo de capitalismo desarrollado ha configurado, en mayor o menor grado según el país, lo que en la literatura económica se conoce como “capitalismo de compadres”.

En el capitalismo de compadres, en general, las decisiones de gobierno, legislativas, regulatorias o administrativas, en casi todos los niveles administrativos del Estado, las toman unos “compadres” que han capturado el poder gracias al apoyo de otros “compadres” para favorecerse entre todos y en el que la mayoría de las decisiones apuntan a reforzar esta situación.

El capitalismo de compadres implica, supuestamente, una economía de mercado, pero con una serie de mercados importantes plagados de distorsiones y fallas que los vuelven poco competidos y, en consecuencia, ineficientes. Las distorsiones consisten típicamente en protecciones comerciales, monopolios, carteles u oligopolios. Las ineficiencias a que dan lugar implican una búsqueda de rentas de no competencia (*rent seeking*) en favor de los productores.

Los mercados en los que ocurren estas ineficiencias corresponden, usualmente, a sectores de la economía cuyos precios son incorporados en casi todos los otros precios de la economía; es decir, los sectores o mercados básicos, como los mercados de crédito. Persisten en el tiempo porque, usualmente, los “compadres” no diseñan ni aplican una regulación que supere o compense las distorsiones, resultando parte del proceso que refuerza este tipo de capitalismo.

Muchas veces, en el capitalismo de compadres determinadas personas no acceden directamente al poder, pero lo hacen por interpósita persona porque es la manera más fácil de controlarlo sin descubrirse. De esa manera, por ejemplo, pueden generar la legislación que les permita beneficiarse de monopolios, carteles u otras formas ineficientes de operación de los mercados, que se mantienen así para lograr las rentas (ganar mucho, haciendo nada) que se generan por la competencia imperfecta.

Por su parte, las instituciones políticas de este tipo de capitalismo son aparentemente democráticas, con procesos electorales más o menos generales, pero con prácticas clientelistas generalizadas que hacen que la representación electa responda, usualmente, más a intereses particulares que a intereses generales, y que los procesos para cubrir las vacantes en el aparato estatal no siempre se logren según méritos.

El capitalismo de compadres en versiones latinoamericanas se acerca más a un régimen feudal que, por ejemplo, al capitalismo de los países nórdicos. Gran parte de los que acceden y acaban detentando el poder, entienden, como en el feudalismo, que llegan a él porque les corresponde, usualmente porque hacen parte de la clase dominante, una familia destacada o un grupo económico poderoso, que les da derecho a beneficiarse de sus posiciones para recuperar con creces la inversión que hicieron para llegar a estas.

Esta actitud expresa también una carencia de distinción entre los bienes y activos privados y los públicos, que tiene como consecuencia que estos últimos sean considerados como los primeros y, por lo tanto, con “derecho” a ser usufructuados como si fueran propios por parte de quien detenta el poder y los tiene a cargo.

Las consecuencias son múltiples. La primera y más importante es que los países latinoamericanos inmersos en este sistema no han podido superar una situación de mediocridad generalizada. Los resultados son evidentes: bajos ingresos, pobreza extendida, concentración del ingreso elevada, que resultan abrumadores si se comparan, por ejemplo, con los del este asiático que hasta hace pocas décadas se encontraban en una situación mucho más atrasada que América Latina.

En parte, ello ocurre porque al permitir esa situación de competencia imperfecta en los mercados básicos, sus ineficiencias acaban trasladándose a los otros mercados. Así, acaban elevando los costos de las empresas, lo que reduce su competitividad, lo que hace que vendan y produzcan menos de lo que podrían y, por lo tanto, contraten menos gente de lo que deberían, es decir, acaban generando desempleo. En otras palabras, el capitalismo de compadres acaba trabando el desarrollo del país.

No solo genera poco crecimiento y desempleo, genera también mayor concentración del ingreso (Arizabalo, 2007). Las rentas de no competencia contribuyen a generar una mayor concentración de ingreso porque son apropiadas por los accionistas de las empresas productoras, que de por sí reciben la mayor parte del ingreso como dividendos, o repartición de utilidades y remuneraciones al capital.

La conformación de este tipo de capitalismo induce una corrupción generalizada que casi siempre es, o tiene la apariencia, de legalidad. La corrupción es así una manifestación del capitalismo de compadres; es más extendida cuanto más afincado o establecido se encuentre.

Este tipo de capitalismo ha desprestigiado el capitalismo progresista en general, hasta hacerlo responsable de manera injusta de la grave situación de pobreza e inequidad que caracteriza a casi todos los países latinoamericanos.

4. REGULACIÓN INADECUADA

Una de las manifestaciones más claras del capitalismo de compadres es la persistencia de regulaciones inadecuadas sobre los mercados operando en competencia imperfecta. Por cierto, pueden ser consecuencia de incapacidad o ignorancia, pero cuando se las mantiene con el propósito de usufructuar las rentas que se generan por esa competencia imperfecta es corrupción.

Este aspecto tiene que ver con regulaciones inadecuadas de los mercados que, en lugar de promover la competencia y la defensa de los consumidores, la parte más débil en las transacciones en el mer-

cado, se dedican a garantizar la estabilidad de los agentes en estos y la estructura ineficiente en la que operan.

Un ejemplo claro de esta situación ocurre en los mercados de crédito en Colombia. Según el Banco de la República los mercados de crédito colombianos, en general, operan en forma de oligopolio:

Los mercados de crédito tienen una estructura de competencia monopolística [...] La intensidad varía según modalidades: El estadístico H (desarrollado por Panzer y Rose, que en el Banco usan para estimar el grado de competitividad) de la cartera de microcrédito y comercial indica que estos mercados son los que tienen la estructura más competitiva... Las modalidades de vivienda y consumo son las que más se acercan a una estructura monopolística o colusiva (Cabrera & Rodríguez, 2019).

Es claro que la regulación no induce a dichos mercados a funcionar en competencia plena. De tal modo, las tasas de interés activas que se cobran por los créditos superan a las internacionales, las tasas pasivas que se pagan a los depósitos son inferiores a estas y los montos de los créditos son reducidos, mucho menores que los que se otorgan en otros países como porcentaje del PIB.

Las consecuencias no finalizan allí. Cobrar tasas de interés sobre los créditos mucho más elevadas que las internacionales, resultado de una ineficiente estructura del mercado, hace que los costos financieros de las empresas sean superiores a los que deberían ser y, en consecuencia, los costos totales también (Huertas, 2005). Ello disminuye la competitividad de las empresas. Así, venden menos de lo que podrían vender, por lo tanto, producen menos de lo que deberían producir, y contratan menos trabajadores de lo que podrían contratar si la estructura del mercado de crédito fuera de competencia plena.

En otras palabras, mercados de crédito ineficientes, consecuencia de una regulación inadecuada, generan una ocupación insuficiente que se traduce en desempleo y, como la gente no puede quedarse desempleada porque así no recibe ingreso y arriesga morir de hambre, acaba construyendo su propio puesto de trabajo. Así, sin capital, acaba vendiendo chocolates en la esquina. Es decir, una regulación inadecuada sobre el mercado de crédito produce desempleo e informalidad. La contrapartida de ello es que el productor, en este caso el

banquero que actúa en ese mercado ineficiente, acaba teniendo ingresos superiores a los que debería recibir en una situación eficiente.

La pregunta que surge ante las afirmaciones incluidas en los estudios del banco emisor es clara: ¿por qué ocurre dicha situación y no existe una acción decidida por cuenta de las autoridades para evitar ese comportamiento oligopólico que perjudica a todo el resto de la economía, eleva sus costos financieros y totales y, así, la vuelve menos competitiva en los mercados internacionales y en los locales? Las razones pueden ser múltiples: políticas, económicas, de conocimiento, de desinterés u otras. Salvo supuestos, es imposible llegar a una conclusión al respecto.

5. POLÍTICA MONETARIA INADECUADA

Como se ha mencionado, la situación de pobreza, informalidad e inequidad se explica en gran medida por una política de regulación inadecuada. Esta permite la existencia de mercados de crédito imperfectos que determinan un crédito reducido y elevan las tasas de interés por encima de las que pudieran resultar en situación de mercados en competencia plena.

Con ello, los costos financieros de las empresas y sus costos totales son muy elevados, lo que reduce su competitividad, con lo que venden, producen y contratan menos de lo que podrían hacer.

Pero el crédito es reducido más aún por una política monetaria sistemáticamente contractiva (Quintero, 2019) que ha llevado a que los medios de pago en Colombia, en 2020, representen el 58% del PIB mientras que, en Corea del Sur, con una inflación más baja, representen el 166%. Así, en Colombia no solo los créditos son reducidos, el mercado de capitales es casi inexistente. Según el Banco Mundial (BM), en 2019 el crédito doméstico al sector privado en Colombia representaba el 51.5% del PIB, mientras que en Corea del Sur el 151.7%. A su vez, en 2020 el valor de los stocks transados en la Bolsa de Colombia representaban el 3.7% del PIB, mientras que los transados en Corea del Sur equivalían al 318% del PIB.

Esa poca expansión monetaria ha generado, a su vez, una tasa de cambio sistemáticamente revaluada, lo que reduce más aún la rentabilidad y la competitividad de las empresas que producen bienes y servicios que se podrían transar en los mercados internacionales. La excepción es la de las empresas que producen materias primas cuando sus precios internacionales son elevados.

La política económica se juzga por resultados. No obstante, aunque estos sean inadecuados, no se puede afirmar que la política sea consecuencia de corrupción. Por más equivocada que sea, puede haber sido decidida en buena fe; en el caso de la política monetaria, por ejemplo, pensando que es la manera correcta de evitar una inflación elevada. Ciertamente, esa política monetaria beneficia a alguien, aunque perjudique a la mayor parte de la sociedad. La corrupción se daría si fue decidida en conciencia de que produciría esos resultados y se obtendrían beneficios personales por ello.

6. CUESTIONES FISCALES

Más conocidos, comentados y cuantificados son los impactos fiscales de la corrupción, aunque no necesariamente son los más importantes. Una estimación gruesa de esta parte de suponer que las obras públicas son equivalentes, por ejemplo, a 1.5 % del PIB y que este en 2020 fue de 271,347 millones de dólares (Banco Mundial, 2020). De tal manera, el monto total de inversiones públicas en ese año sería 4,070 millones de dólares y si se estima que la corrupción exige una compensación de 15% promedio por cada obra pública, el monto total de la corrupción por este concepto sería de 610 millones de dólares anuales, es decir 2.4 billones de pesos (a una tasa de cambio de 4000 pesos por dólar). Por supuesto estos son valores que cambiarían notablemente si se considera que la corrupción no es de 15% sino de 30%. Si la corrupción es de esos ordenes, quiere decir que se están dejando de invertir recursos públicos, o se los está sobrevalorando, por el equivalente a esos montos.

Los ejemplos de corrupción fiscal en Colombia son innumerables. Hace poco (2020) se desató un escándalo gigantesco por el descubrimiento de la pérdida de 70 mil millones de pesos destinados origi-

nalmente a la construcción de conectividad para llevar Internet a las áreas rurales en la llamada región B del país (16 departamentos que incluyen; Bolívar, Magdalena, Casanare, Nariño, Amazonas, Arauca, Valle, Cundinamarca, Cauca, Chocó, Risaralda, Boyacá, Quindío, Vichada y Putumayo y zonas rurales de Bogotá, como Usme y Sumapaz).

El dinero fue licitado por el Ministerio de las TIC en favor de personas inescrupulosas que desviaron el dinero desembolsado a fines particulares, incumpliendo el objeto de la licitación y dejando a las áreas que hubieran sido las beneficiadas sin conectividad. La situación fue, por demás, escandalosa considerando que, según cifras del DANE, tomadas de su última Encuesta sobre Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del 2019, sobre un total de 46 millones de personas mayores de 5 años, las que tenían acceso a Internet en todo el país representaban 65.0%, las de las cabeceras 73.5%, y las de los centros poblados y rural disperso 37.8%.

Desde el inicio del proceso licitatorio, veedores ciudadanos advirtieron que las empresas del consorcio ganador de la licitación no tenían experiencia en el sector de telecomunicaciones y que la que acreditó experiencia estaba siendo “investigada por desfalcos a regalías.” Finalmente, el Ministerio, luego de la pérdida del dinero, rescindió el contrato al consorcio ganador y otorgó la licitación al segundo proponente (Portafolio, 2022). Cabe anotar que en el proceso licitatorio se excluyó de este a dos firmas de renombre, de Estados Unidos y China, que acreditaron toda la experiencia requerida, pero que fueron descalificadas por razones que los veedores del proceso calificaron como insustanciales.

Un acto de corrupción como el descrito, más allá de la anécdota, implica un enorme perjuicio para las áreas rurales, en el preciso momento en que la pandemia del Covid-19 y las cuarentenas hacían mucho más necesario y urgente la conectividad de dichas áreas rurales para que los estudiantes aminoraran sus insuficiencias educativas. Las consecuencias son difíciles de cuantificar en términos monetarios. Pero lo que se conoce en términos educativos es que, sin conectividad, los estudiantes de esas áreas sufrieron años de retraso educativo.

Por cierto, acceso a Internet sin computador es de escasa utilidad. Es muy probable que las personas de menores ingresos, aunque puedan tener acceso a Internet, no accedan a un computador porque sus recursos son insuficientes para adquirirlos. En efecto, según la encuesta mencionada, las personas con acceso a computadores a nivel nacional representaban 39.6% del total de la población nacional, a nivel urbano representaban 45.4% de la población urbana, y a nivel rural 21.0% de las personas de dichas áreas.

Por supuesto, es mejor tener acceso a Internet que no tenerlo. Pero ¿por qué razón la licitación no contemplaba también proporcionar computadores a los estudiantes? ¿Se era consciente de la precariedad de ingreso de los estudiantes? En todo caso, ¿un mal diseño o un diseño incompleto de una licitación es también una forma de corrupción? La razón parece obvia: al no plantear la solución integral del problema que pretendía resolver, la falta de conectividad de los estudiantes de bajos recursos de las áreas rurales, la licitación como estaba planteada ocasionaría un desperdicio de recursos, pues no solucionaría el problema; era como construir un puente sin la carretera.

La corrupción fiscal puede provenir también de la evasión de impuestos, o de la elusión de estos (Sanclemente-Arciniegas, 2020). La primera figura ocurre cuando teniendo la obligación impositiva, abiertamente se incumple con el pago esperando que el ilícito no sea descubierto; la segunda, cuando se acaba por no pagar el impuesto gracias a algún resquicio legal que lo permite sin infringir la ley. Cuando esto último ocurre a propósito, porque la legislación fue redactada para esa posibilidad, sin duda constituye un acto corrupto.

Si los impuestos representan 19% del PIB, y si la evasión o elusión fiscal representa 20% del total de recaudación, la corrupción por este concepto sería de 10,311 millones de dólares en el año, esto es 41.2 billones de pesos, esto es varias reformas tributarias. Mejor dicho, se estaría dejando de recaudar ingresos fiscales por ese monto, lo que obviamente repercute en un menor gasto público.

Pero la cantidad y la manera como se recauda tributariamente pueden ser también una fuente de corrupción si la política que la origina es decidida en conciencia para que las personas más adineradas

paguen pocos impuestos, a pesar de que la Constitución estipula que “el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad” (Art. 363, Constitución Política de Colombia).

Según datos de la OCDE, en 2019 la recaudación tributaria en Colombia representaba 19.7% del PIB, mientras que el promedio de los países de América Latina representaba 23%, el de los países miembros de la OCDE 33.7% y la tributación en países como Dinamarca llegaba a 46.3%. A su vez, en ese mismo año, en Colombia 6.2% de la recaudación tributaria provenía de los impuestos a la renta y ganancias de capital de las personas naturales, 24.5% de impuestos a la renta de las empresas, y 42.9% de impuestos al consumo (IVA principalmente); en cambio, en Dinamarca 52.2% provenía de las personas naturales, 6.6% de las empresas, y 30.6% del consumo. Mejor dicho, la recaudación en Colombia es mínima y está definida al revés que la de un país desarrollado.

Con pocos ingresos tributarios, el gasto público es reducido, lo que implica que carreteras que se deberían estar construyendo no se están haciendo por falta de fondos. Como consecuencia, los productos agropecuarios no llegan a los mercados y cuando lo pueden hacer llegan tarde y en pequeñas cantidades. Ello, sin duda, imposibilita la generación de riqueza, la postergación de los campesinos, y el atraso de las áreas no conectadas.

Un diseño tributario inadecuado y una evasión o elusión de magnitud acaban significando construcción de menos infraestructura, y menor satisfacción de los derechos fundamentales que la Constitución supuestamente garantiza. En ese contexto, la construcción del Estado de Bienestar es un imposible.

7. IMPACTOS SOBRE INVERSIÓN

La corrupción tiene los efectos señalados sobre la inversión pública pero también sobre la inversión privada. Esta tiene que ver con la ineficiencia de los mercados y la forma como se regulan (Márquez & Castillo, 2021).

Por ejemplo, si una regulación inadecuada, mantenida con conocimiento de causa, permite que los mercados de créditos funcionen ineficientemente, las tasas de interés de los créditos son más elevadas de las que deberían ser. Como se mencionó, según el banco central (BACEN) colombiano los mercados de crédito funcionan de manera oligopólica y, por lo tanto, ineficientemente.

En consecuencia, los costos financieros de las empresas son mayores de lo que debería ser si la estructura de los mercados fuera competitiva. En esa condición, las empresas son, a su vez, menos competitivas y, por lo tanto, venden, producen y contratan menos de lo que harían si los costos financieros fueran menores. En otras palabras, la ineficiencia de los mercados de crédito se traslada a los otros mercados y acaba produciendo desempleo.

A su vez, cuando las tasas de interés son más elevadas de lo que deberían ser, las oportunidades de inversión son menores porque las empresas requerirán una mayor rentabilidad para pagar esas tasas de interés más elevadas y esas inversiones son, naturalmente, más escasas. Por lo tanto, se genera una menor inversión, menor expansión de capital, menor producción, menor contratación y, así, mayor desempleo.

Lo mismo podría decirse de otros precios en otros mercados que encarecen los costos de las empresas. Ocurre, por ejemplo, con las tarifas de los peajes resultante de contratos inadecuados de asociaciones público-privadas para construir, por ejemplo, una carretera, o con los precios de los fertilizantes y pesticidas para uso agrícola resultantes de mercados monopolizados u oligopolizados. En estos casos, si la regulación no genera más competencia y no impide precios depredadores, los efectos sobre el transporte o el sector agropecuario en particular son nefastos.

Estas ocurrencias vuelven a las empresas menos competitivas, porque las ineficiencias se trasladan de mercado en mercado, porque el producto de uno (por ejemplo, el crédito y la tasa de interés que se definen en el mercado de crédito) es el pago por la compra del otro en otro mercado (los costos financieros de las empresas). Nunca más cierto que en economía lo que cuenta es el enfoque de equilibrio general (todos los mercados afectándose y retroalimentándose entre

sí) y no el de equilibrio parcial (mirar cada mercado por separado). Así, porque son menos competitivas, las empresas no solo venden, producen y contratan menos, generando un menor empleo, sino que también se vuelven menos atractivas en términos de rentabilidad y, por lo tanto, reciben menos inversión, lo que implica menor expansión de la capacidad de producción, menor producción y menor crecimiento económico.

8. IMPACTOS SOBRE PRODUCTIVIDAD

La productividad es un concepto que describe lo que cada factor productivo y la combinación de ellos contribuye a la generación de producto. En el caso de la productividad laboral mide lo que cada trabajador ocupado produce en términos de valor agregado.

Esta productividad laboral tiene que ver con la disponibilidad de máquinas y de la infraestructura que la acompaña en poder de los trabajadores. Estas son resultado de la inversión. A su vez, usualmente, mayor número de máquinas, más sofisticadas, requieren mayores conocimientos para manejarlas. De tal manera, asociadas con un incremento del stock de capital se da también un incremento en el stock de conocimiento. Obviamente, trabajadores con mejor infraestructura y máquinas y mayores conocimientos producen más que aquellos que cuentan con menos de ambos; es decir, alcanzan un mayor nivel de productividad.

La corrupción afecta a la productividad. Cuando la regulación es inadecuada y mantiene mercados ineficientes porque benefician a alguien, las empresas resultan menos competitivas, Esta menor competitividad implica menor rentabilidad y, así, las empresas invierten menos, el aumento del stock de capital es menor, y, por lo tanto, la productividad crece a una velocidad menor de lo que debería, si la regulación fuera adecuada para inducir más competencia en los mercados (Peña & Camba, 2021).

9. CONCLUSIÓN: LA CORRUPCIÓN ES UNO DE LOS FACTORES QUE GENERA UN MENOR DESARROLLO ECONÓMICO

Para resumir, el desarrollo económico sólido y acelerado se explica por una buena estrategia de desarrollo y buenas políticas particularmente económicas (monetarias, fiscales y regulatorias) que la implementen. En otras palabras, las causas fundamentales del poco desarrollo tienen que ver con estrategias y políticas inadecuadas.

Pero la corrupción hace que esos resultados sean peor de lo que deberían ser, porque las políticas que resultan como consecuencia de ella son inadecuadas, en particular las regulatorias, fiscales y monetarias, como se señaló. Así, inducen menos ingresos y gastos fiscales, inversión, empleo y, por lo tanto, más pobreza, informalidad e inequidad. En otras palabras, si bien la corrupción no explica la totalidad del subdesarrollo, sí explica una parte que puede ser considerable dependiendo de la dimensión de esa corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Arizabalo, J. (2007). "Corrupcion y Concentracion del Ingreso: Su Impacto en las Empresas Latinoamericanas". *ABANTE*. Vol. 10(2). Pp. 127-150.
- Dabús, C & Delbianco, F. (2021). "Nexos entre la desigualdad y crecimiento en países desarrollados y en desarrollo: el rol de la corrupción". *Semestre Económico*. Vol. 24(56). Pp. 207-227.
- Márquez, H. & Castillo, O. (2021). "*Corruption as an entry incentive and exit barrier for foreign direct investment (Fdi)*". *Revista de Economía Mundial*. Vol. 2021(57). Pp. 45-66.
- Peña, L. & Camba, A. (2021). "Competencia Y Regulación Eficiente Para Impulsar Un Crecimiento Inclusivo". *Boletín Económico de ICE*. Núm. 3141. Pp. 57-72.
- Peralta, E., de Vega, J. & Martínez, A. (2021). "Corrupción en América Latina: Dimensiones filosóficas para su evaluación". *Revista de Filosofía*. Vol. 38(99). Pp. 292-303.

- Quejada, R., Yáñez, M., & Cano, K. (2014). "Determinantes De La Informalidad Laboral: Un Análisis Para Colombia". *Investigación y Desarrollo*. Vol. 22(1). Pp. 2-21.
- Quintero, J. (2019). "Impactos regionales y sectoriales de la política monetaria en Colombia. (Regional and Sectoral Impacts of Monetary Policy in Colombia. With English summary.)". *Cuadernos de Economía* (Universidad Nacional de Colombia). Vol. 38(76). Pp. 259-288.
- Sanclemente, J. (2020). "Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia". *Revista Jurídicas*. Vol. 17(1). Pp. 105-124.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Cabrera W., & Rodríguez D. (2019). Banco de la República, Concentración y competencia en los mercados de depósitos y crédito - Informe especial de Estabilidad Financiera - Segundo semestre 2019.
- Huertas, A. (2005). Algunas consideraciones sobre el canal del crédito y la transmisión de tasas de interés en Colombia. Banco de la República.
- Portafolio. (2021). Reasignan polémico contrato de MinTIC para conectar colegios rurales. <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/reasignan-polemico-contrato-de-mintic-para-conectar-colegios-rurales-555483>.

Capítulo 2

Fortalecimiento de la regulación de riesgo de conducta en el sistema financiero: su relación con el cumplimiento normativo y la lucha contra la corrupción

LIGIA CATHERINE ARIAS-BARRERA*

1. INTRODUCCIÓN

La regulación financiera denota una serie de reglas, controles y procesos, establecidos por las autoridades del Estado, con el objetivo de modificar conductas, procesos de toma de decisiones y operaciones del sistema financiero y de las instituciones, incluyendo la regulación prudencial y la regulación del riesgo de conducta (H.M. Treasury, 2011: 7).

La forma en la que las instituciones reguladas responden a la regulación tiene ciertamente un impacto considerable en su efectividad. Si existe una cultura de cumplimiento y observancia de las normas, habrá en consecuencia una armonía y relación cordial entre el regulador y el regulado. Sin embargo, en los casos en los que el regulador-supervisor se ve obligado al uso constante de sanciones, el ambiente regulatorio es ineficiente porque el elemento de confianza está totalmente ausente. En la mayoría de los casos, sin embargo, la respuesta del regulador es mesurada, pues evita acabar el espíritu empresarial de buscar ganancias (Tung-Hao & Shu-Hwa, 2013: 708).

* Ph.D. in Law, *University of Warwick*. Profesora de Regulación Financiera de la Universidad del Externado de Colombia. Experta independiente del Fondo Monetario Internacional, la Corporación Financiera Internacional y la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico.

En este trabajo cuestionaremos qué mecanismos e instrumentos regulatorios son adoptados para persuadir o forzar a los individuos y a las instituciones reguladas a identificar y controlar las fuentes de riesgo de conducta, así como cuales son las estrategias de regulación mayoritariamente adoptadas en el caso colombiano, frente a estándares internacionales en el mercado bancario y en el mercado de capitales. A pesar de que clasificar los instrumentos y las estrategias de regulación no es una tarea sencilla, centraremos nuestra atención en: (a) el requisito previo de aprobación o autorización para actividades específicas; y (b) el establecimiento de estándares de conducta obligatorios a través de reglas, como mecanismos de administración del riesgo de conducta.

La corrupción, entendida como “el incumplimiento intencional del principio de imparcialidad con el propósito de derivar de tal tipo de comportamiento un beneficio personal o para personas relacionadas” (Tanzi, 1995), es una de las modalidades en las que se materializa el riesgo de conducta en el sistema financiero. Así, la inobservancia del principio de imparcialidad se refleja en los problemas de agencia (Eugene & Jensen, 1983) y de conflicto de interés que afectan el funcionamiento de los servicios financieros. Además, la imposibilidad de la regulación para solucionar íntegramente estas fallas del mercado impide garantizar la igualdad de tratamiento para todos los participantes del mercado (Begovic, 2005), en particular para consumidores e inversionistas. Ante esta situación lo que se busca con la regulación de conducta del sistema financiero es controlar y disminuir, en la medida de lo posible, los efectos negativos asociados a las conductas corruptas.

A la luz de lo anterior, la estructura del presente capítulo empieza con la explicación de la función de la regulación de conducta como herramienta de disciplina y control de comportamiento de las IFs y de los individuos con funciones estratégicas dentro de ellas. Posteriormente, exploramos la oportunidad que la estrategia de regulación basada en el riesgo (RBR) representa para el diseño de un régimen que en forma amplia y flexible facilite la administración del riesgo de conductas corruptas. En este contexto, analizamos la importancia de construir y fortalecer el régimen de responsabilidad individual de los trabajadores del sistema financiero colombiano, como la herramien-

ta más concreta de, identificación, evaluación y control de conductas corruptas en el mercado. Finalmente, argumentamos la forma en la que los diversos mecanismos de administración de riesgo de conducta hacen de la regulación financiera, una herramienta eficiente para la prevención de la corrupción.

2. REGULACIÓN DE CONDUCTA EN EL SISTEMA FINANCIERO

En esta sección abordamos los conceptos fundamentales alrededor de la construcción de la regulación de conducta como uno de los pilares de la intervención en el mercado, siendo, en nuestra opinión, su fortalecimiento una herramienta eficaz para combatir la corrupción. Además, el régimen de conducta es un elemento fundamental en la regulación basada en el riesgo (RBR), estrategia que suele guiar la tarea del regulador financiero en el orden internacional (Black, 2005) y que ha sido adoptada en el sistema financiero colombiano (Echeverría, 2017: 124).

A pesar de su amplia aceptación, no existe una única definición de lo que debe entenderse como régimen de conducta. En cada país o jurisdicción, los reguladores diseñan unos estándares de conducta que suelen incluir: (a) protección al consumidor; (b) reglas de conducta en el mercado; (c) regímenes de responsabilidad individual; y (d) algunos estándares éticos que se incluyen en los códigos de conducta, de gobierno corporativo o *stewardships* (Goto, 2018), y en los programas de cumplimiento normativo (Edwards & Wolfe, 2005: 53).

En consecuencia, parece necesario formular una definición de riesgo de conducta para las actividades del sector financiero y entender su relación con el objetivo de fortalecer los sistemas o programas de cumplimiento normativo o *compliance*. En el centro de nuestro argumento está la necesidad de fortalecer la regulación de conducta del sistema financiero como una herramienta de detección de acciones y administración de riesgos que puedan enmarcarse en la prevención y detección de la corrupción.

Contrario a la regulación prudencial, la regulación de conducta no busca manejar o administrar el riesgo de estabilidad, sino que se refiere a los estándares aplicables a la relación entre la institución financiera, sus clientes y el mercado, imponiendo ciertos estándares de: (a) conducta apropiada en el mercado; (b) justicia, transparencia y competencia en el trato con los clientes de servicios y productos financieros; y (c) celebración de contratos (MacNeil, 2015: 417).

A pesar del amplio ámbito de aplicación de la regulación de conducta, su desarrollo es diverso y suele estar unido a las funciones y mandatos dados a los reguladores del mercado. Un caso ilustrativo es el de la *Financial Conduct Authority* (FCA), creada en el Reino Unido como el regulador-supervisor de conducta, con el fin de asegurar que las actividades financieras se realicen en beneficio de todos los usuarios y participantes del sector financiero (Georgosouli, 2013: 62-76). La creación de la FCA fue el resultado de los problemas identificados en la ampliamente criticada *Financial Services Authority* (FSA) (ídem), porque, si bien se encomendó dicha función a la FSA en un primer momento, la regulación de conducta no fue su prioridad y ocupó poco espacio en su agenda (Isharqawi & Younes, 2020: 1-9).

Con el objetivo de desarrollar y dar contenido a su función como regulador de conducta, la FCA publica un manual de reglas e impone obligaciones a las instituciones vigiladas asociadas con el riesgo de conducta (Pitts & Grouk, 2014-2015). Estas directrices ayudan a ilustrar con mayor claridad aspectos relevantes y esperables en un régimen de conducta (Georgosouli, 2013: 62-76). En primer lugar, se habla de la carga de actuar honesta, justa y profesionalmente. En virtud de esta obligación, una institución financiera debe actuar honesta, justa y profesionalmente de acuerdo con los mejores intereses de sus clientes¹, de manera que no debe, en ninguna de sus comunicaciones relacionadas con inversiones, buscar excluir o restringir cualquier deber o responsabilidad que tenga con su cliente en virtud del régimen aplicable (Chiu, 2011: 305-321).

¹ Client's best interest rule. Vid.: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/glossary/G2357.html>

En segundo lugar, existe la obligación de entrega de información (Han & Jang, 2013: 213-223) previo a la prestación de servicios, en cuyo cumplimiento las IFs deben poner a disposición de sus clientes información adecuada, completa y comprensible acerca de la institución, sus servicios y las propuestas de inversión, asegurándose que sus clientes entiendan la naturaleza de los riesgos (Rutledge, 2010) que asumen con sus decisiones de inversión. Esta obligación busca garantizar que las decisiones de los clientes respecto de las inversiones sean suficientemente informadas (Williams, 2007: 226-256).

En tercer lugar, se establecen una serie de consideraciones asociadas al tratamiento de los incentivos, que requieren que las instituciones consideren el rol y límites al régimen de incentivos dentro y fuera de su organización (esta regla aplica para los pagos entre diferentes instituciones de un grupo o entre diferentes divisiones de una única institución (Goodhart, 1996: 640).

Finalmente, se determinan unos parámetros de tratamiento de la relación de confianza que existe entre la institución financiera, los agentes y los clientes, regulando, en particular, los casos en los que una institución sabe que algunos participantes del mercado a quienes les presta servicios actúan como agentes de otras personas, de manera que es el agente, y no el agenciado, quien es considerado y tratado como cliente de la institución (Simon et. al., 2010: 1762).

En este contexto, la regulación de conducta se centra en dos ámbitos principales: (a) la regulación de la conducta del mercado (Predda, 2005); y (b) la regulación de servicios, productos y transacciones financiera (Avgouleas, 2020). Ejemplos de instrumentos regulatorios de conducta de mercado son la prohibición de manipular las condiciones (de mercado) en el mercado de capitales (Fischel & Ross, 1991-1992), la prohibición de usar indebidamente la información privilegiada (Torrado, 2008), la prohibición de actividades fraudulentas (Reurink, 2018), entre otras formas en las que se manifiesta una violación de estándares de conducta en el mercado (Karpoff, 2021). Así mismo, las IFs tienen también la obligación de actuar con el deber de cuidado y justicia a sus clientes, especialmente en el proceso de recolección, depósito, análisis y uso de información (Freeland, 2002). Deben actuar honestamente y con un nivel adecuado de

habilidad en sus relaciones con ahorradores e inversionistas (García Sánchez et. al., 2017).

Sin embargo, la regulación no está limitada a la organización interna de la institución financiera, a sus actividades autorizadas, a su información contable o a su conducta en el mercado. En virtud de la protección al consumidor y al inversionista, así como de otros objetivos de política pública (como, por ejemplo, la política monetaria o el control de tasas de interés), los servicios, los productos y las transacciones financieras están sujetos a regulación (Campbell et. al., 2010), pudiéndose distinguir entre: (a) normas de mercadeo y publicidad (López Días, 2020); (b) requisitos de entrega de información en la etapa precontractual; y (c) reglas por transacción o producto.

Las normas de mercadeo y publicidad especifican prácticas para la promoción y oferta de servicios y productos financieros y prohíben aquellas conductas ilegales a través de la imposición de sanciones (ídem). Los reguladores y supervisores establecen una serie de deberes que las IFs deben observar en la promoción de sus actividades, la información que deben entregar al público y la tipología de técnicas publicitarias que deben evitar (VAN ERP, 2010: 407-433).

La entrega de información es una forma de regulación que requiere que las IFs pongan a disposición de sus clientes y contrapartes información específica antes de proveer el servicio o entrar en una transacción. Estos requisitos son relevantes en todos los productos y servicios ofrecidos en el sector financiero y en esa medida, deben existir sistemas de divulgación de información de cada producto, que incluyan sus costos y riesgos (Chiu & Brener, 2019: 217-250).

Finalmente, productos y servicios financieros son también objeto de regulación. Por ejemplo, el gobierno puede imponer límites a la tasa de interés de determinada línea de crédito o puede prohibir a los participantes del mercado diseñar ciertas operaciones de acuerdo con sus intereses. Así mismo, ha habido casos en los que las autoridades regulatorias han prohibido a los bancos ofrecer depósitos que pagan intereses cuando la misma cuenta bancaria permite el giro de cheques. Como este tipo de regulación limita la autonomía de las IFs y de sus clientes para celebrar contratos en las condiciones más favorables, existe una tendencia internacional a que se reduzca pro-

gresivamente, si bien todavía se mantiene en algunos segmentos de mercado (Ingham & Thompson, 1993: 1-14).

Ante este panorama de desarrollo de la regulación de conducta, que aborda diversas temáticas de forma segmentada, nos preguntamos en qué medida la estrategia de la regulación basada en el riesgo (RBR) puede contribuir a la administración del riesgo de conducta.

3. REGULACIÓN BASADA EN EL RIESGO COMO ESTRATEGIA PARA ADMINISTRAR EL RIESGO DE CONDUCTA

3.1. Definición

La RBR usualmente es definida como un conjunto de principios que buscan encontrar elementos comunes y homogéneos para racionalizar el proceso regulatorio (Black, 2006: 156). Ha sido definida como un tipo de regulación que prioriza las acciones regulatorias de acuerdo con la evaluación de riesgos que los regulados presentan para el cumplimiento de los objetivos del regulador (Black, 2005). De esta manera, en el contexto del sistema financiero, la RBR suele estar conformada por dos pilares que, a su vez, están conectados con los dos principales objetivos de intervención en el mercado: la regulación prudencial y la regulación de conducta.

La RBR supone la definición clara de los objetivos regulatorios desde el comienzo de la intervención. Dichos objetivos están a su vez directamente ligados a los riesgos generados por los entes o instituciones reguladas. En este contexto, la identificación de riesgos exige analizar cómo y en que extensión los riesgos generados por los regulados afectan el cumplimiento de los objetivos a los que el regulador le ha dado prioridad. En consecuencia, las autoridades regulatorias adelantan un proceso de toma de decisiones que exige una etapa de identificación de riesgos, la forma en la que se van a administrar y cómo y porqué se va a dar prioridad sólo a algunos de los riesgos identificados (Ajibo, 2015: 201-216).

La RBR debe estar acompañada de una estrategia para su implementación (Black & Baldwin, 2012: 131), especialmente si su propósito es facilitar la administración del riesgo de conducta. En este contexto, la calidad de los sistemas de control interno, así como los programas de cumplimiento normativo, ética y sostenibilidad de las instituciones reguladas, adquieren especial relevancia. El objetivo es lograr que el sistema de regulación de cada una de las instituciones vigiladas se fortalezca y sea tan efectivo, que el regulador y supervisor usen los menores recursos posibles en el monitoreo de los regulados².

A la hora de analizar los beneficios, límites y complejidades asociadas a la adopción de la RBR en diferentes mercados (Baldwin et. al., 2010)³, es necesario tener en cuenta que, si bien en épocas de reforma suele criticarse a la RBR por ser inadecuada y lenta para identificar y administrar oportunamente riesgos sistémicos (Black, 2005: 535), la estrategia es suficientemente amplia y flexible cuando se trata de entender las formas en las que se materializa el riesgo de conducta. La RBR expone una realidad innegable: la constante limitación en los recursos con los que se cuenta para controlar y anticipar cierto tipo de riesgos (Baldwin et. al., 2012: 293), y, en esa medida, la necesidad de priorizar tanto los riesgos como el uso de los recursos disponibles. Además, facilita el análisis sobre cómo y en qué medida un cuerpo normativo puede satisfacer las expectativas de transparencia y determinación de responsabilidad (*accountability*) de los involucrados en el proceso regulatorio (ídem).

Es altamente probable que el proceso de identificación y evaluación de riesgos se vea afectado por errores de juicio. Para explicar esta situación, algunos autores (Black, 2005; Black, 2010: 187). han adoptado conceptos de la teoría sociológica del riesgo y su regulación (Schrader & Frechette, 1991). Esta teoría acepta la existencia de dos tipos de errores. Un primer tipo, en el que se juzga ciertas situa-

² *Regulatory strategies are instruments used to regulate. For example: command and control, incentive-based regimes, market-harnessing controls, disclosure regulation, direct action and design solutions, and right and liabilities* (Baldwin et. al., 2012: 105).

³ Ver Black & Baldwin, 2010: 184.

ciones como riesgosas cuando realmente no lo son. Un segundo tipo de error en donde se subestima las consecuencias desfavorables de ciertas situaciones y se ignora la probabilidad de que se configuren como riesgos ciertos. Cuando se aplican estos conceptos al proceso de selección de riesgos y su priorización, la teoría ilustra cómo el juicio de los reguladores es ampliamente subjetivo, y en tal sentido, puede estar afectado tanto por percepciones propias, como por factores externos (Black, 2005).

El punto de apoyo fundamental para el éxito en la implementación de la RBR es la alta eficiencia de los sistemas de control interno de las instituciones reguladas. Esto es posible cuando existe un esquema de cooperación entre reguladores y regulados. El esquema reposa en un principio fundamental consistente en que la responsabilidad inicial descansa en la autorregulación del regulado, y que el contenido de esa autorregulación es coherente con los objetivos del regulador. Esta interacción tiene una clara manifestación en la forma en la que las normas de conducta en el sistema financiero suelen fundarse en los esfuerzos de la industria alineados, al menos parcialmente, con la intervención de los reguladores (Spira & Page, 2003: 640-661).

Sin embargo, la cooperación solo es un mecanismo efectivo cuando reguladores y supervisores cuentan con instrumentos de *enforcement* suficientes y adecuados para garantizar la observancia de sus normas (Black & Baldwin, 2012: 2). Por ello, la RBR debe ir más allá de la estricta implementación de técnicas de análisis y administración de riesgos (Gray & Hamilton, 2006: 15), e incluir el diseño y desarrollo de un marco de supervisión igualmente basado en el riesgo (Briault, 1999; HM Treasury, 2009; Foot, 1999: 2), tal como lo ilustra la experiencia de la regulación y supervisión del sistema financiero (Dánielsson, 2003: 1).

Adicionalmente, debe considerarse que las motivaciones de las autoridades regulatorias para adoptar la RBR son diversas. Usualmente, se busca contar con herramientas que permitan establecer su legitimidad a partir de la delimitación clara del rol de las autoridades regulatorias y de las metas fijadas, lo que permite ofrecer claridad sobre los parámetros respecto de los cuales ejercerá su responsabilidad (May, 2007: 8-26). En consecuencia, el diseño e implementación

de la RBR abre oportunidades de mejora constante y permite a las autoridades regulatorias ser más proactivas, pues les permite tomar mayor control estratégico del proceso regulatorio (Moschella & Tsingou, 2013: 407-416). Es en este contexto en el que la regulación del riesgo de conducta encuentra en la RBR una estrategia dinámica y amplia, lo cual favorece la identificación e individualización del riesgo de conducta, y así contribuye a disminuir la ocurrencia de hechos corruptos.

3.2. Surgimiento

El surgimiento de la RBR puede ubicarse en la década de 1980, época en la que gran parte de las sociedades industrializadas experimentaron una “crisis regulatoria” aunada al desarrollo del concepto de “Estado Regulatorio” o ‘*Regulatory State*’⁴. Durante este período predominó la retórica en favor de la desregulación, con el objetivo de superar los problemas derivados de la inflexibilidad, legalismo y en general, la excesiva regulación que aumentaba los costos y efectividad de la misma regulación (Hutter, 2005). En este ambiente fueron bienvenidos los modelos de regulación que incorporaran técnicas como el análisis costo-beneficio⁵ y parecieran más objetivos y transparentes. Así, la RBR fue aceptada como el modelo o estrategia que otorgaba instrumentos eficientes para el diseño de políticas públicas acompañado de un proceso de toma de decisiones informado y efectivo (Black, 2007).

Con el concepto de Estado Regulator o *Regulatory State* se buscaba predominantemente el paso del control público y centralizado a instituciones privatizadas a través del uso de nuevas formas de regu-

⁴ *The rise of the regulatory state is a well-worn observation, although its exact nature and path of development remain contested [...] [the different] reconceptualizations emphasize the fragmentation and ‘decentered’ or ‘poly-centered’ nature of contemporary regulatory regimes, in contrast with a state-centric, hierarchical model of government and regulation.* (Black, 2007: 1).

⁵ Hood et. al. (2004) define: “cost benefit analysis culture as ‘moving away from informal qualitatively based standard setting towards a more calculative and formalized approach”.

lación estatal. Como resultado, el ambiente regulatorio fragmentado empezaba a crear la necesidad de cooperación entre las autoridades regulatorias existentes y los nuevos entes privados de autorregulación (Braithwaite, 1999: 90). Sin embargo, la capacidad de las autoridades regulatorias gubernamentales para coordinarse con los privados generaba algunas preocupaciones asociadas a la determinación de las respectivas responsabilidades por el contenido de la regulación. En consecuencia, urgía la adopción de nuevas políticas de asignación de responsabilidades o *'new politics of accountability'* (Black, 2007).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que las tensiones entre las funciones regulatorias tradicionalmente centralizadas y la fragmentación del espacio regulatorio han generado un proceso de ajuste y actualización del concepto de Estado Regulatorio, dando lugar a desarrollos que buscan facilitar su administración. Dentro de este proceso se destaca la adopción de estrategias de meta regulación, el crecimiento de la RBR, y el fortalecimiento de los poderes de implementación o *enforcement* de los reguladores (ídem).

Estos desarrollos contribuyen a entender que la regulación es descentralizada, que vincula a un amplio espectro de actores estatales y no estatales, operando en niveles transnacionales, supranacionales, nacionales, y subnacionales, lo que, en ocasiones, genera que las fronteras entre reguladores y regulados pueden volverse confusas (Black, 2002: 3). Así mismo, en el contexto específico de la regulación de conducta, la naturaleza misma de los comportamientos que deben controlarse hace que la integración de percepciones de riesgo de reguladores y regulados sea central para lograr una intervención eficiente. Esto implica entender que son los actores del mercado quienes directamente conocen o anticipan las conductas que generan riesgo y, en tal sentido, se encuentran en una posición privilegiada para informar a los reguladores (Jonnergård & Larsson, 2007: 460-492).

En el contexto del Estado Regulatorio, la adopción de la RBR es una de las estrategias que más favorece la regulación de “otros reguladores no estatales” a través de la identificación del “riesgo institucional” (Black, 2005). Esto es diseñar e implementar la RBR para administrar el riesgo de que el regulador no pueda alcanzar sus objetivos de intervención, y ello se deba a las acciones u omisiones atri-

buibles a los regulados, que también son reguladores privados. En este contexto, la RBR se convierte en un instrumento para racionalizar la asignación de los recursos regulatorios y la priorización de los regulados que presentan mayor peligro para el riesgo institucional (ídem).

Algunos autores sugieren que la adopción de RBR puede percibirse como innovación regulatoria desde las perspectivas subjetiva y objetiva (Black, 2010). Cada regulador decide subjetivamente la adopción de la RBR a través de procesos de transformación organizacional y toma de decisiones, y al mismo tiempo implementa estándares que asisten a la evaluación objetiva de los riesgos generados por los regulados. Independientemente de las razones por las que se decida adoptar la RBR total o parcialmente, los reguladores esperan que la RBR les ayude a superar los problemas derivados de su limitada capacidad para administrar los regímenes tradicionales de mandato y control (*command and control*) (ídem).

En este contexto, sin embargo, persiste la pregunta sobre el verdadero carácter innovador de la RBR (Black, 2005). No es exclusivo de este tipo de regulación observar cómo las autoridades regulatorias se ven en la necesidad de dar prioridad y asignar sus recursos a ciertas actividades. Así mismo, tampoco es novedoso que, en el proceso de toma de decisiones y diseño de políticas de intervención, se privilegie la regulación de ciertos regulados que presentan mayor riesgo para el regulador. Entonces, si el problema es suficientemente conocido, el cuestionamiento que surge es cuales son los elementos centrales que la RBR aporta para resolverlo⁶.

La respuesta a esta pregunta se basa, por un lado, en entender que la RBR es la única estrategia de regulación que introduce una matriz de evaluación enfocada no solamente en los costos y beneficios económicos de la implementación del régimen, sino que también considera la incertidumbre, el impacto y las probabilidades de ocurrencia de hechos futuros (Black, 2010). Por otro lado, la RBR ofrece también un alto grado de formalización y sistematización de la política regulatoria basada en las nociones de riesgo, y un marco

⁶ Para ampliar esta discusión ver: (Barrera, 2018: 46).

integrado de toma de decisiones aplicables a todos los niveles de riesgo generado por los regulados (Black, 2005: 156).

Otro elemento importante relacionado con el surgimiento de la RBR es su rol en el marco del movimiento conocido como '*New Public Risk Management*' (NPRM). El NPRM se funda en dos pilares, las prácticas de administración de riesgo desde el interior del ente o institución regulada y la RBR. El primero involucra los métodos de administración de riesgo creados por los privados y cómo algunos de ellos han sido trasladados al gobierno central (Black, 2010). Se trata de prácticas asociadas a la identificación, evaluación, administración y control de riesgos. El segundo pilar es la RBR e incorpora tanto la regulación del riesgo en la sociedad y en la búsqueda del bienestar común, como el riesgo institucional relacionado con la dificultad de las autoridades regulatorias para cumplir con sus objetivos de intervención (ídem). Así, a pesar de que los dos pilares están ligados, responden a diferentes fuentes de riesgo: los generados y administrados al interior de los regulados, y los que surgen frente a la autoridad regulatoria y que afectan su desempeño.

3.3. Elementos

A pesar de que el contenido y la forma en la que se diseña la RBR cambia dependiendo del área y país que la adopte, existen unos elementos comunes identificables. El primer elemento común es la tolerancia al riesgo (Black, 2010: 185-224), donde los reguladores tienen discreción para escoger cuales son los tipos de riesgos aceptables y el grado de tolerancia frente a ellos. De ahí que una de las características de la RBR sea el alto nivel de discrecionalidad reconocido a las autoridades regulatorias cuando escogen los riesgos que se va regular, y los que se van a obviar.

En relación con el riesgo de conducta en particular, tradicionalmente se reconocen como posibles fuentes de riesgo los factores propios del mercado, así como otros elementos incrustados en la estructura y cultura del sistema financiero (íbid.: 275), si bien los reguladores suelen dar libertad a cada institución financiera sobre la forma en la que se identifica la posibilidad su ocurrencia (Fred, 2020: 267).

En la categoría de factores propios, se señala la recurrencia con la que se manifiesta la asimetría de información, prejuicios y errores de percepción de los consumidores, varios de ellos inducidos o aprovechados por las IFs (Hadfield et. al., 1998: 131-169). También encontramos las limitadas habilidades de la mayoría de los consumidores para evaluar y entender en su verdadera extensión los efectos, riesgos y condiciones asociadas con los productos y servicios financieros que adquieren (Lumpkin, 2010). De otro lado, se identifican aspectos como los conflictos de interés indebidamente administrados, los efectos negativos de los incentivos y cultura organizacionales, así como una estructura del sistema financiero que genera la ausencia de competencia e igualdad de participación en el mercado (Bolton et. al., 2007: 299).

Como puede anticiparse la selección de riesgos puede convertirse en arma de doble filo, en la medida en que dar prioridad a algunos tipos de riesgos, implica necesariamente una limitación del ámbito de intervención del regulador desde el comienzo. Así, por ejemplo, en el riesgo de conducta el regulador puede priorizar algunos aspectos como la protección al consumidor y la protección del mercado, mientras que descuida o interviene escasamente en relación con el control de la conducta de los trabajadores del sistema financiero o de los mecanismos de administración de los riesgos derivados de la conducta corporativa (Meidinger, 1987: 355-386).

El contexto político es determinante para entender hasta donde los reguladores toleran la probabilidad de falla. Por ejemplo, en el periodo inmediatamente posterior a la Crisis Financiera Global de 2007-2008, los reguladores financieros fueron requeridos por los líderes del G20 para regular todo mercado que pudiera convertirse potencialmente en fuente de riesgo sistémico⁷. Como resultado la reformas que se promovieron estuvieron, en su gran mayoría, enfocadas en el fortalecimiento de la regulación y supervisión macro-

⁷ *Contemporary financial regulation attempts to ensure that no systemic risks can harm the financial system. The most prominent examples are the Basel III framework, the Dodd-Frank Act, the Alternative Investment Fund Manager Directive (AIFMD) and the European Market Infrastructure Regulation (EMIR).*

prudencial⁸ de los mercados que tenían la potencialidad de generar el mayor grado de inestabilidad financiera.

Los reguladores financieros fueron claros en indicar que dichas reformas no constituían una política de eliminación de fuentes de crisis o infalible *'non-zero-failure' policy* (Financial Services Authority, 2003⁹), lo que significó entender que se diseñaron y adoptaron sistemas de identificación temprana de riesgos y administración de crisis, pero nunca se prometió eliminar la ocurrencia de futuras crisis. El compromiso de los reguladores se centró en usar todas las herramientas regulatorias disponibles para administrar eficientemente los riesgos y su impacto negativo en caso en que se materialicen dichos riesgos. Este ejemplo ilustra como las expectativas del público y la influencia política¹⁰ tienen un impacto en las áreas de atención del regulador, especialmente en la etapa de identificación de riesgos.

Un segundo elemento de la RBR es la identificación de riesgos (Black, 2010). La tarea de los reguladores es identificar los riesgos que puedan tener un efecto en el cumplimiento de los objetivos regulatorios. En esta etapa la información recopilada por el regulador va a informar el proceso de selección de los riesgos más relevantes. El regulador tiende a identificar solamente aquellos riesgos que conoce y que confía puede administrar. En consecuencia, es fundamental asegurar que los reguladores tengan acceso a información completa, cierta y actualizada para superar las dificultades asociadas a la asimetría de información en el proceso de determinar los riesgos actuales

⁸ *In late 2009, a discussion paper by the Bank of England, The Role of Macroprudential Policy, was issued. This built on the FSA's Turner Review. [The aim] was to re-orient prudential regulation towards risk across the financial system as a whole. It also sought to establish how instruments could be designed and used to mitigate such risks [...].* (Day, 2010: 2). Vid.: FSA, 2009. https://www.fca.org.uk/publication/feedback/fs10_02.pdf; Bank of England, '2009. <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2009/the-role-of-macroprudential-policy.pdf>

⁹ Citado en McVea, 2005: 413-448. Vid.: <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Pages/supervision/default.aspx>

¹⁰ *'Indeed, in many respects the merits of risk-based regulation centre on the risk management strategies of regulatory agencies and governments as they manage their own political and legal risks [...].'* (Hutter, 2005).

y futuros. En la regulación del riesgo de conducta, es esperable que la identificación de riesgos albergue todo tipo de circunstancia que pueda afectar la provisión segura, justa y equitativa de los servicios financieros a los consumidores (Devlin et. al., 2014: 1325).

Una vez el regulador ha identificado los riesgos, debe fijar los indicadores de riesgo, esto es la serie de actividades y eventos que puedan configurarse como realización o materialización de esos riesgos (Black, 2010: 195). Para decidir qué indicadores de riesgo utilizar, el regulador tiende a analizar crisis o fallas anteriores y su conocimiento tácito respecto de las señales de alarma de materialización de riesgos. Para ello existen estudios especializados, varios de ellos originados en la academia (Kindleberger et. al., 2011; Kobrak & Wilkin, 2013; Anderson, 2000), otros por reguladores internacionales (Borio & Disyatat, 2011; Gudmundsson, 2008; The Economist, 2014), sobre crisis anteriores y sobre qué mercados pueden convertirse en epicentro de las siguientes crisis financieras. De esta manera, el uso de los indicadores de riesgo es, en gran medida, subjetivo y depende de los intereses de cada regulador. Así, los reguladores financieros tienden, por ejemplo, a considerar subjetivamente la evaluación de desempeño de los órganos de administración, el gobierno corporativo, la cultura organizacional y los mecanismos de control interno, así como los análisis de los riesgos generados por los consumidores (Black, 2010: 196). A su turno, evalúan objetivamente eventos riesgosos y su probabilidad de ocurrencia buscando un cierto equilibrio entre los indicadores de riesgos objetivos y subjetivos.

En la etapa de evaluación de riesgos, los reguladores se centran en el impacto y probabilidad de ocurrencia, que son dos elementos fundamentales en todo modelo de evaluación de riesgos¹¹. Así mismo, el peso que se le da a cada factor de evaluación de riesgo es importante, dando de este modo mayor importancia a ciertos tipos de riesgo frente a otros. Esto revela el nivel de riesgo que el regulador está preparado a aceptar (apetito de riesgo del regulador) y la canti-

¹¹ ‘A bias towards impact means that regulatory attention is focused more on activities or events which have a relatively high impact but low probability; a bias towards probability means the regulator focuses more on high probability but relatively low impact events or activities [...]’ (Black, 2010: 196)

dad de recursos que está dispuesto a destinar para administrar esos riesgos (Gordon, 2014).

En este contexto, la administración del riesgo de conducta debe incluir un estudio sobre la fijación del apetito de riesgo, la determinación de políticas y estándares, los procesos de revisión y gobierno, los programas de control y verificación, y los sistemas de reporte de información. Entendiendo que los programas de cumplimiento tienen a su cargo la obligación de reporte sobre potenciales o reales violaciones de conducta¹², su gestión de la información es el punto de apoyo necesario para asegurar a las agencias regulatorias que se están tomando las acciones necesarias para evitar todo tipo de inobservancia de los estándares de conducta (Ross, 2019-2020: 118-137).

Como se indicó previamente, durante la etapa de identificación y evaluación de riesgos el regulador debe establecer cuáles de esos riesgos pueden afectar el cumplimiento de sus objetivos. Una vez los identifica buscará la forma de controlarlos. Con esta consideración, el regulador establece sus objetivos con respecto a los principales riesgos (Baldwin et. al., 2012: 283), para luego evaluar riesgos menos importantes.

Como puede anticiparse, esta forma de identificar y evaluar riesgos tiende a hacer énfasis en los regulados individualmente considerados. Sin embargo, no parece esta la estrategia más eficiente para administrar riesgos sistémicos. Es discutible su efectividad en la medida en que dirigir la atención a los regulados que generan mayores riesgos para el cumplimiento de los objetivos regulatorios¹³, significa que habrá otros regulados que estarán bajo menor o nula intervención (Baldwin et. al., 2012: 284). En tal sentido, resulta aconsejable buscar que todos los regulados reciban cierto grado de intervención de acuerdo con su propio nivel de riesgo y, en todo caso, se evite que ciertos regulados queden exentos o libres de regulación.

¹² *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).*

¹³ *'[...] (Risk-based regulation) the tendency is for regulators' gaze to be drawn to their highest risks and for regulators to be encouraged to pull back resources from lower risks' (Black & Baldwin, 2012: 2).*

El problema relativo a los regulados que generan niveles mínimos de riesgo afecta a la extensión en la que se puede implementar la RBR, debido a la cantidad y calidad de los recursos que el regulador está llamado a destinar para ellos. Se ha identificado que, a estos efectos, los reguladores usualmente acuden a herramientas regulatorias alternativas como por ejemplo campañas de información, inspecciones eventuales o inspecciones para temas específicos, que, al ser menos costosas, permiten racionalizar la distribución de los recursos disponibles y fortalecer así la efectividad de la implementación de la RBR (Black, 2010: 201).

Adicionalmente, la evaluación de riesgos exige que el regulador identifique las conductas y prácticas administrativas que pueden afectar al nivel de riesgo que el regulado representa para sus objetivos de intervención. En cada caso, será necesario evaluar el sistema de control interno y de administración de riesgos, y establecer como contribuye a exacerbar o mitigar riesgos. Se trata de adelantar una labor de delegación en la administración de riesgos desde los lineamientos de RBR diseñados por las autoridades regulatorias hasta los sistemas de control interno de los regulados, lo que resulta en una forma de meta regulación¹⁴.

El tercer elemento de la RBR es la categorización de los regulados y de sus actividades de acuerdo con niveles de riesgo (Black, 2010). La clasificación determina como los recursos con los que cuenta el regulador van a ser distribuidos en cada uno de esos niveles. Así, si bien la eficiente distribución de recursos es una de las principales ventajas de la RBR como camino hacia una mejor regulación¹⁵, el

¹⁴ ‘*Meta-regulation is inevitable: regulators simply do not have the resources to do anything else. Reliance is a fact of life. What the risk-based frameworks are intended to do is to help the regulator to identify where it is well placed, where it is not, and how it can be made so*’ (Black, 2005: 544 como se citó en Baldwin et. al. 2012: 289).

¹⁵ En el Reino Unido la política de mejora regulatoria ‘*Better Regulation*’ se explica en el documento *Better Regulation Framework Manual: Practical Guidance for UK Government Officials (July 2013)* Vid.: <https://www.gov.uk/government/publications/better-regulation-framework-manual>; en la Unión Europea varios documentos explican el paquete de mejora regulatoria o ‘*Better Regulation Package*’ Vid.: http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_en.htm; La OCDE y la Unión Europea han conducido 15 proyectos

objetivo de adelantar evaluaciones de riesgo y de redistribuir acordeamente los recursos del regulador representa un gran reto para las autoridades regulatorias en la práctica (Black, 2010: 211). Por ello, la clasificación de los regulados por niveles de riesgo es de gran utilidad al guiar la respuesta regulatoria (Black, 2005) y determinar por tanto la cantidad de inspecciones, la imposición de sanciones cuando se comprueba la violación de la regulación aplicable y el monitoreo de los planes de cumplimiento, entre otros aspectos.

Una de las principales limitaciones del segundo y tercer elemento descrito es lo que se debe hacer con aquellos riesgos que el regulador no está seguro de cómo graduar o clasificar. Se han propuesto varios mecanismos para controlarlos. Por ejemplo, la antigua FSA en el Reino Unido hizo una revisión de su sistema de análisis de riesgo *Arrow 2* para establecer que el supervisor debía evitar dejar agujeros oscuros o *'dark holes'* en la categorización de los riesgos generados por las IFs vigiladas (Black, 2010: 214). A pesar de que dicha advertencia fue útil, el caso de la insolvencia del banco *Northern Rock* demostró que la mencionada advertencia fue insuficiente y, en esa medida, la categorización de riesgos resultó incompleta para identificar tempranamente las fuentes de los múltiples riesgos que originaron la crisis (Keasey & Veronesi, 2008: 8-18).

En relación con la regulación del riesgo de conducta, la materialización de las conductas corruptas no siempre responde a un mismo patrón (tan diversas y complejas son las estructuras, como las formas de control). En esencia, el segundo y tercer elemento descritos reposan considerablemente en la efectividad de los sistemas de cumplimiento de cada institución financiera vigilada, aspecto que sigue siendo debatido. Así, el reto es lograr la integración del diseño e implementación de los sistemas de cumplimiento con el objetivo

con países miembro 'EU 15 Project' para apoyar la revisión regulatoria en cada país individualmente, compartir experiencias y fortalecer redes, establecer una perspectiva estratégica para identificar los desarrollos y nuevas tendencias en materia regulatoria dentro de la comunidad de la OCDE, todo ello en busca de una mejora regulatoria *"Better Regulation"*, vid.: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineuropeeu15countryfinder.htm>

regulatorio de administrar el riesgo de conducta como una vía para limitar, o en el mejor de los casos disminuir, la existencia de esos agujeros oscuros en la identificación y categorización de dicho riesgo.

El cuarto y último elemento de la RBR consiste en la posibilidad de conectar los mecanismos y recursos de implementación regulatoria con los puntajes de riesgo asignados a los regulados y a sus actividades (Black, 2010: 214). Esto significa que los recursos disponibles para regular son distribuidos entre los regulados dependiendo del nivel de riesgo asignado a cada uno de ellos. Así, entre más alto el grado de riesgo generado por un regulado, mayor será la cantidad de recursos que el regulador tendrá que utilizar para vigilar y controlarlo. Podría anticiparse que la priorización de recursos es efectiva cuando existen recursos suficientes para lograr una cobertura total. Sin embargo, cuando los recursos son escasos, como ocurre en la mayoría de los casos, la realidad muestra que los reguladores destinarán gran parte de sus actividades y recursos solo en los regulados que más riesgos representan para el cumplimiento de sus objetivos regulatorios (Zetzsche et. al., 2017-2018).

En consecuencia, una de las características propias de la RBR es la necesidad de priorizar los recursos para inducir un cambio de conducta en algunos tipos de regulados más que en otros (íbid.: 285). Si bien todos los reguladores, sin importar la estrategia de regulación que adopten, están llamados a distribuir sus recursos, el elemento novedoso de la RBR es que en ella se definen claramente los riesgos que el regulador está llamado a prevenir, y los que no. En tal proceso, surgen algunos retos relacionados con la justificación y legitimación en la toma de decisiones sobre qué riesgos son importantes y cuáles no lo son (íbid: 294).

3.4. Cuestionamientos y beneficios

La legitimación y justificación en el proceso de selección de riesgos genera importantes cuestionamientos relacionados con la responsabilidad (*accountability*) atribuible al regulador (Black, 2007: 7) cuando se adopta la RBR. La implementación de la RBR en términos de *accountability* es cambiante (ídem) porque debe considerarse desde dos perspectivas: (a) la responsabilidad en la administración

(*managerial accountability*); y (b) la responsabilidad política (*political accountability*). La primera derivada de la organización y estructura interna del regulador, y la segunda originada en el público. En ambos escenarios el contenido y la extensión de la responsabilidad son determinados por el mismo regulador desde el comienzo de su intervención. En otras palabras, el regulador decide cuáles son los riesgos más significativos, distribuyendo acordemente los recursos con los que cuenta, lo que significa que hay otros riesgos que el regulador conoce e identifica como menos importantes y a los que no se le asignan recursos. Este ejercicio de discrecionalidad por el regulador limita así mismo la extensión de su responsabilidad, razón por la cual es necesario establecer nuevos criterios y políticas de responsabilidad del regulador (Black, 2005).

Sin embargo, tal como se ha subrayado en trabajos previos (Arias, 2018), esta línea de pensamiento (Black, 2007: 8; Black, 2005; Power, 2004) explica por qué la RBR supone un límite para la responsabilidad de los reguladores, pero no analiza cómo la RBR también limita la responsabilidad de los regulados y sus actividades. Así, puede afirmarse que la *accountability* de los regulados también es limitada por la RBR, en el sentido de que, si los reguladores escogen ciertos riesgos como relevantes, los regulados no serían responsables si en el ejercicio de sus actividades generan otros tipos de riesgos (como, por ejemplo, los riesgos no cubiertos o considerados como menos importantes por los reguladores).

Adicionalmente, cuando se definen los parámetros de responsabilidad es necesario moldear las respectivas expectativas públicas y políticas. Los beneficios de implementar un sistema en estas condiciones se reflejan en que tanto reguladores como regulados conocen las “reglas de juego” desde el comienzo. Sin embargo, las dificultades se revelan cuando se asume que ciertos regulados y sus actividades no son riesgosas a pesar de que lo son, o viceversa, y tal decisión termina afectando al público en general. Por esta razón *Power* argumenta que la nuevas políticas y parámetros de responsabilidad asociados a la RBR requieren nuevas políticas de certidumbre y seguridad (ídem). El objetivo es garantizar que el regulador cuente con herramientas para revisar sus evaluaciones de riesgo y pueda incluir futuras categorías de tipos de riesgo.

Todo esto considerando que, en su conjunto, existen diversas razones que justifican la adopción de la RBR. En primer lugar, los reguladores perciben que la RBR es una alternativa para mejorar el desempeño de sus funciones, particularmente en la efectiva distribución de sus escasos recursos (Billett, 1998: 339). Igualmente, cuando se producen cambios en la arquitectura regulatoria (como sucede, por ejemplo, cuando hay fusiones, divisiones o creación¹⁶ de nuevas autoridades regulatorias), la RBR contribuye a facilitar las modificaciones organizacionales (Black, 2010). Además, los periodos de cambio en los mercados y las épocas de crisis son contextos atractivos en los que la RBR germina y se fortalece (Harnay & Scialom, 2016: 401-426). Finalmente, la RBR se ha mostrado como una herramienta funcional eficiente para los procesos de mejora regulatoria (Black, 2010).

Además, los reguladores tienden a adoptar la RBR para cumplir propósitos inmediatos, como, por ejemplo, establecer y actualizar montos de costos y sanciones a los regulados, mejorar estándares de recolección y reporte de información, o mejorar los sistemas y mecanismos de cumplimiento o *compliance* (íbid: 212).

A esto hay que sumar que, en el contexto específico de la regulación de conducta, la adopción de la RBR puede extenderse a la gobernanza e incentivos corporativos, los sistemas organizativos, la competencia y la lucha contra el monopolio, los requisitos y la profesionalidad del *fit & proper*, y, más recientemente, la «gobernanza del producto»¹⁷.

¹⁶ ‘[...] Another important role of risk-based approaches may be to serve as an integrative template for new regulatory organisations [...]’ (Hutter, 2005).

¹⁷ Gobernanza del producto. La intervención directa de MiFID II tanto en la fabricación como en la distribución de instrumentos financieros y la responsabilidad de la gobernanza de productos marca una desviación significativa de MiFID I. Las obligaciones de gobernanza de productos funcionan como obligaciones distintas que se aplican sin perjuicio de cualquier evaluación de adecuación o idoneidad que se requiera durante las ventas. proceso. Mirando esas obligaciones, en el considerando 71, el artículo 16 y el artículo 24, la Directiva MiFID II requiere que las empresas identifiquen y comprendan a los clientes a quienes se les proporcionarán productos y servicios y, al fabricar instrumentos financieros, garantizar que las necesidades

4. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DE CONDUCTA Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL EN EL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO

En esta sección hacemos referencia a las normas de conducta adoptadas en el sector bancario y en el mercado de valores, y analizamos la forma en la que se implementan elementos propios de la RBR a través del proceso de autorización de participación en el mercado y el régimen de responsabilidad individual. Defendemos el argumento según el cual la administración del riesgo de conducta se configura como una herramienta para controlar y disminuir la ocurrencia de hechos corruptos.

4.1. La regulación del riesgo de conducta por sectores en Colombia

4.1.1. Sector bancario

El art. 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, reformado por la ley 723 de 2003, adoptó unas reglas de conducta y obligaciones legales tanto para las entidades vigiladas como para administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las reglas reiteran su obligación de cumplir, conforme al artículo 335 de la Constitución Política, con el marco legal que rige sus actividades, según los principios de buena fe y servicio al interés público. Así mismo, les imponen, entre otros los siguientes deberes:

1. La observancia de normas de índole estrictamente prudencial como es evitar: (a) la excesiva concentración de riesgo de activos; (b) actuar en contravención de la ley en operaciones con accionistas, personas relacionadas o vinculadas por encima de los límites legales; (c) utilizar o facilitar recursos captados del público, para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades sin contar con autorización; (d) invertir

de ese objetivo mercado se identifican, entienden y reflejan en el diseño del producto.’ (Traducción). (Prentice & Bystrom, 2015).

en sociedades cuantías o porcentajes no autorizados por la ley; o (e) incurrir en cualquier práctica asociada a la evasión fiscal.

2. La observancia de una serie de conductas que pueden afectar los intereses de los consumidores y del público, entre las que destacan las obligaciones de: (a) suministrar información razonable y adecuada¹⁸ que permita a los consumidores de servicios financieros tomar decisiones suficientemente informadas (Blanco, 2012); y (b) abstenerse de utilizar indebidamente o divulgar información sujeta a reserva.
3. Llevar contabilidad de acuerdo con los estándares generalmente aceptados.
4. Observar todas las obligaciones de ley, así como las derivadas de instrucciones, requerimientos u órdenes dados por el supervisor.

4.1.2. Mercado de valores

El mercado de valores colombiano ha estado marcado por la confianza en modelos de autorregulación dirigida o controlada. Las primeras manifestaciones de la autorregulación se remontan a la creación de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá en 1929, y al Decreto 2969 (1960) que impuso a las bolsas de valores la obligación de mantener el mercado organizado. Desde ese momento las bolsas, como entes privados, regulan la conducta de sus miembros y ayudan a vigilar el cumplimiento de la normatividad sectorial. Posteriormente, la ley 27 (1990) les impuso también la obligación de poner en funcionamiento un órgano de vigilancia interno para fiscalizar la actividad de sus miembros.

Con la Constitución Política de 1991 se dio a la antigua Comisión Nacional de Valores el rango de Superintendencia con funciones de intervención en cuanto a la composición de la Cámara Disciplinaria de las bolsas de valores. Sin embargo, la creación y desarrollo de un completo sistema de autorregulación solo se materializó a partir de

¹⁸ Ley 1328 de 2009.

la Ley 964 (2005) y el rol asumido por el Autorregulador del Mercado de Valores (AMV) en materia de regulación, supervisión, potestad disciplinaria y certificación de profesionales del mercado de valores tanto bursátil como extrabursátil. En particular, el art. 26 de Ley 964 establece los criterios que debe observar el AMV en su función de autorregulador del mercado, rol que complementa, pero que no reemplaza, la función de supervisión asignada por disposición constitucional a la Superintendencia Financiera.

Dentro de las funciones del AMV destaca la relativa a la sanción de sus afiliados cuando se verifica la violación de la normativa vigente para los valores o sus propios reglamentos, lo que constituye un mecanismo claro de control de la conducta de los participantes del mercado. El ejercicio de esta potestad sancionatoria, así como los principios que rigen el procedimiento disciplinario y los derechos fundamentales que han de garantizarse, se regulan en el decreto 1565 (2006) y en el libro tercero del Reglamento del AMV.

En virtud de la interpretación especializada realizada por el Tribunal Disciplinario del AMV, se cuenta en la actualidad con un mayor desarrollo del contenido de varios de los deberes exigibles a todos los participantes en el mercado de valores. Un buen ejemplo es el relativo al deber de lealtad, definido por el Tribunal como “la obligación que tienen los intermediarios de obrar simultáneamente de manera íntegra, franca, fiel y objetiva, con relación a todas las personas que intervienen de cualquier manera en el mercado”. Su interpretación es esencial para determinar si la violación de conducta puede, o no, configurarse al mismo tiempo como un incumplimiento contractual y una falta disciplinaria.

4.2. La regulación del riesgo de conducta por temáticas

4.2.1. La construcción del régimen de responsabilidad individual frente al riesgo de conducta: el modelo del Reino Unido

Los regímenes de responsabilidad individual se han utilizado en el ámbito internacional como herramienta para fortalecer el cumplimiento normativo en el mercado. De la experiencia internacional destaca en particular la construcción del estándar *fit and proper*

(Pablo de Andrés et. al., 2020) que permite a los reguladores considerar aspectos como la honestidad, la integridad, la reputación, la competencia y capacidad y la capacidad financiera para ejecutar las funciones a su cargo (Zwart, 2022). Además, una vez se ha otorgado la autorización, hay algunos estándares de conducta que se utilizan para evaluar la ejecución de las funciones, como, por ejemplo, los deberes de: (a) actuar con integridad; (b) actuar con la debida diligencia y cuidado; (c) observar los estándares de conducta de mercado; (d) tratar con los reguladores y los supervisores en forma abierta y colaborativa; y (e) tomar las acciones razonables necesarias para asegurar que el objeto social de la institución financiera está organizado y cumple con los requisitos legales (Kokkinis, 2012).

El Reino Unido es una de las jurisdicciones que ha liderado la implementación de regímenes de responsabilidad individual a través del fortalecimiento del estándar *fit and proper*. Con el *Approved Persons Regime* se adoptó la primera regulación aplicable a los administradores y directores de IFs, que son designados como personas autorizadas (*approved persons*) si su función al interior de la organización se consideraba como una “función controlada”, lo que supone tener un rol importante dentro del proceso regulatorio y asistir al regulador en el cumplimiento de sus objetivos de intervención (solo las personas autorizadas pueden desempeñar funciones controladas). Para conceder la autorización se analiza si el candidato cumple con el *fit and proper test* (FIT), y para determinar si desarrolla adecuadamente sus funciones se estudia si cumple con los estándares indicados en las declaraciones de principios (*Statements of Principles*) y en el *Code of Rules del Senior Managers and Certification Regime* (SM&CR), que ha sustituido al anterior *Code of Practice for Approved Persons* (APER).

Las declaraciones de principios (*Statements of Principles*) involucran: (a) el deber de las personas autorizadas de actuar con integridad, habilidad, cuidado y diligencia; (b) observar estándares apropiados de conducta de mercado; (c) tratar con los reguladores en forma transparente y colaborativa; y (d) tomar las decisiones y acciones razonables para asegurar que la institución es manejada de acuerdo con los requisitos y estándares legales. Para establecer si la conducta de una persona autorizada cumple con las declaraciones

de principios, los reguladores utilizaron inicialmente APER¹⁹, cuyo objetivo era describir aquellas conductas que claramente no cumplían con dichas declaraciones (incluyéndose conductas específicas para cada uno de los principios). Además, el Código indicaba una serie de factores para evaluar la conducta de las personas autorizadas, como, por ejemplo, si se ejerció el cuidado medio o razonable teniendo en cuenta la información disponible, su conocimiento y la naturaleza y complejidad de los negocios.

Como el APER solo se aplicaba a los administradores, y la regulación de conducta tenía que extenderse a todas las personas que trabajan en las IFs según lo dispuesto en la *Financial Services and Markets Act* (2000), el regulador ha creado el SM&CR, fundándolo en tres pilares. El primer pilar es el régimen de administradores senior (*Senior Persons Regime* (SPR)), que se enfoca en las personas autorizadas para realizar las funciones centrales en la administración de las IFs (*Senior Management Functions* (SMF)), las cuales involucran altos riesgos y deben ser cumplidas y evaluadas en forma muy estricta.

El segundo pilar es el régimen de certificación (*Certification Regime*), aplicable a todo trabajador de la institución financiera cuyas acciones pueden afectar notablemente a la institución, su reputación y sus clientes (*significant-harm functions*). El régimen requiere que la institución de que se trate designe específicamente a quienes pueden cumplir estas funciones como adecuados y apropiados para las mismas, o, alternativamente, que todas las personas autorizadas de la institución adopten las medidas necesarias para evitar las consecuencias desfavorables de su conducta.

El tercer pilar es el de las normas de conducta (*Conduct Rules*). Estas reglas reemplazan el anterior régimen APER, e incluyen estándares de conducta para todos los demás trabajadores de las IFs.

El SM&CR les exige a las IFs presentar un documento describiendo los acuerdos de administración y gobierno. El objetivo es mantener una estructura organizacional clara de acuerdo con *Senior Management Arrangements, Systems and Controls* (Sistema SYSC) (FCA

¹⁹ *Code of Practice for Approved Persons is issued under s 64 of the Act.*

Handbook, 2016), cuyo objetivo es motivar a los directores y administradores senior para que asuman la responsabilidad derivada de los acuerdos internos de administración, y así asistir a los reguladores y supervisores en el cumplimiento de sus objetivos de intervención. En última instancia, lo que se busca con ello es que las IFs adopten procesos de administración de sus actividades acordes con los requisitos legales y eviten, al máximo, sanciones por inobservancia normativa (Hickman, 2022: 1-23).

La explicación de la adopción de los regímenes de responsabilidad individual en el mercado del Reino Unido permite determinar su función como instrumento de regulación de conducta. Tanto la identificación por tipos de funciones como su integración a la estructura interna de las instituciones vigiladas facilita la asignación de responsabilidad a cada órgano o dependencia, y a cada individuo dentro de ellas (Ryder et. al., 2023).

De esta manera, queda clara la responsabilidad de los integrantes de la Junta Directiva con respecto a: (a) el monitoreo de los riesgos de conducta centrales para la institución; y (b) la toma de las decisiones sobre los aspectos reservados a los órganos de dirección. Por su parte, los miembros del Comité de Riesgos y Cumplimiento Normativo son responsables por: (a) el asesoramiento que dan a la Junta Directiva y a los órganos de administración sobre los riesgos que afectan al grupo y a cada entidad (incluyendo el riesgo de conducta); y (b) la supervisión de: (i) el sistema de identificación, análisis y administración de riesgos; (ii) la ejecución de los programas de cumplimiento; y (iii) el sistema de control y prevención de delitos financieros. En cuanto a los integrantes del Comité de Nominaciones, estos responden por el adecuado desarrollo de los procedimientos de nombramiento de los miembros de la Junta Directiva y demás comités de la entidad. Finalmente, quienes forman parte del Comité Ejecutivo son responsables por la dirección y coordinación de la administración de los negocios de la entidad de acuerdo con la estrategia y objetivos establecidos por la junta directiva, dentro del presupuesto disponible, el nivel de riesgo y otros condicionamientos (FCA, 2019).

4.2.2. Los esfuerzos de los reguladores y supervisores colombianos

En cuanto a los mecanismos de regulación de conducta adoptados por la Superintendencia Financiera, la Circular Externa 29 (2006) estableció el procedimiento para evaluar los requisitos que los directores y representantes legales de las IFs deben cumplir para desempeñar y permanecer en sus cargos, incluyendo el carácter correcto, la honestidad, la integridad, la buena reputación, el conocimiento, la experiencia, la disponibilidad de tiempo para el ejercicio de las funciones, la solvencia y la buena conducta financiera.

Además, el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero impone a la Superintendencia Financiera (SFC) la obligación de realizar un control previo consistente en posesionar a los directivos, los administradores y otros funcionarios que por disposición legal deben cumplir con dicha solemnidad. Esta función es ejercida por el Comité de Posiciones de la SFC, verificando el cumplimiento de los requisitos indicados anteriormente.

A pesar de la escasa atención que se ha prestado a este mecanismo como canal de control de los parámetros de conducta de algunos de los trabajadores de las IFs, es de celebrar el proyecto de guía publicado recientemente por la SFC para comentarios, en el que se recogen los principios y criterios que orientan su evaluación respecto de la idoneidad, el carácter y la responsabilidad de las personas postuladas por las entidades vigiladas para ejercer los cargos que por mandato legal requieren posesión ante la SFC. Además de reiterar los requisitos de los procedimientos abreviado y ordinario de posesión, el proyecto de guía define que el carácter (*propriety*) de una persona involucra el conjunto de cualidades propias que por su modo de obrar lo distinguen de los demás. Además, su grado de responsabilidad se determina en atención a la forma en la que cumple las obligaciones a su cargo con el Estado y la sociedad, observando los negocios ya ejecutados y la buena reputación adquirida en su ejercicio en el sector. En cuanto a la idoneidad, el criterio se centra en evaluar su conocimiento, experiencia y profesionalismo.

A pesar del importante avance, del texto publicado surgen varias inquietudes. La primera de ellas se relaciona con los mecanismos

de implementación y la efectividad que pueden llegar a tener estos estándares cuando busquen ser adoptados en el sector, existiendo el riesgo un cumplimiento meramente formalista de los requisitos recogidos en la normativa aplicable que, no solamente no refleje un compromiso real de los individuos con los estándares de conducta, sino que además genere una falsa sensación de seguridad en el mercado²⁰.

La importancia de adoptar un régimen de responsabilidad individual para las IFs parte de la necesidad de implementar parámetros más estrictos para evaluar la conducta de los administradores y los trabajadores que ejecutan funciones relevantes para la estabilidad de dichas instituciones y del sistema. El régimen debe ser más estricto que aquel aplicable en el derecho de sociedades conocido como deberes de los administradores que, a pesar de ser ilustrativo para entender deberes y responsabilidades individuales, no alcanza el nivel de especificidad requerido en el contexto de las IFs. En la medida en que estas últimas operan en mercado regulados, los deberes de los administradores no deben limitarse a beneficiar a la compañía, a los accionistas o a terceros *stakeholders*. Por el contrario, las IFs están

²⁰ Estos criterios se integran a los criterios de gobierno corporativo en el sector, recogidos en la Circular Básica Jurídica 007 (1996) sobre la regulación para la asamblea general de accionistas, administradores y auditores externos, la Circular 014 (2009) sobre los sistemas de control interno, y la Circular Básica Contable y Financiera 100 (1995) relativa a los requisitos de transparencia y revelación de información de los supervisados. Además, Colombia cuenta con el marco general de gobierno corporativo incluido en el Código País, que es aplicable a los representantes legales, los miembros de las juntas directivas, los consejos directivos o los consejos de administración designados por el Presidente de la República, los representantes de las oficinas de representación en el exterior de las instituciones financieras, las reaseguradoras y el mercado de valores, los revisores fiscales, los oficiales de cumplimiento, los defensores del consumidor financiero, los apoderados en Colombia (con todas las facultades legales relativas a las actividades que despliegan sus sucursales) de las instituciones financieras (IFs) o las compañías de seguros extranjeras, los representantes o delegados de los funcionarios públicos que por disposición legal deban hacer parte de una junta directiva, consejo directivo o consejo de administración de alguna entidad vigilada. Capítulo II, Título IV, Parte I de la Circular Básica Jurídica -CE 029 de 2014.

obligadas a promover los intereses de los consumidores, y las expectativas del público en general, lo que es especialmente necesario en los periodos posteriores a las crisis financieras y los escándalos en el sector bancario, con el fin de fortalecer las normas de conducta en el mercado.

4.2.3. El riesgo de conducta desde los procesos de otorgamiento de licencias y autorización

Casi en todas las jurisdicciones, las IFs no pueden operar hasta tanto no cumplan con ciertos requisitos que garantizan que la institución no genera riesgo sistémico, cuenta con suficiente capital y liquidez, y tiene estructuras internas de manejo de riesgo operacional para asegurar que es suficientemente solvente y estable. A estos efectos, los países establecen generalmente procesos de otorgamiento de licencias y autorización dirigidos por la autoridad competente (Singh, 2007: 32). A pesar de que esta sección solo explica estos procesos, puede que se exija el cumplimiento de otros requisitos, la mayor parte de ellos dirigidos a la protección del consumidor financiero y del inversionista, lo que genera una intersección entre dichos procesos y la administración del riesgo de conducta.

4.2.3.1. Otorgamiento de licencias

El otorgamiento de licencia es una autorización. En el sector financiero, el permiso de funcionamiento es otorgado por la autoridad de supervisión del sistema (en el caso colombiano la SFC). Sin embargo, es importante distinguir entre el proceso de obtención de licencias y la autorización. Así, las licencias permiten a las IFs conducir actividades propias del sector financiero, pero para poder ejecutarlas necesitan obtener la autorización de la SFC, para lo cual las IFs deben cumplir con ciertos estándares de conducta (Omarova, 2012-2013).

Las licencias son expedidas por cuerpos profesionales o asociaciones llamados *Designated Professional Bodies* (DPBs) (Somorin, 2018), quienes supervisan y regulan a sus miembros. Las licencias otorgan

un nivel mínimo de confianza a los consumidores acerca de las IFs y su funcionamiento. Además, contribuyen al mantenimiento constante de la información más relevante de las instituciones vigiladas, sus accionistas, administradores y directores. Comprende también un sistema disciplinario que puede conllevar la pérdida de sus licencias cuando las IFs no observan los parámetros de conducta esperados (ídem).

La atención especial que el proceso de otorgamiento de licencias presta a la protección del consumidor ha llevado a que ciertos países hayan decidido no exigir licencias cuando la institución financiera no presta servicios al público en general. Esto implica que las instituciones vigiladas que reciben las licencias de los DPBs prestan un limitado rango de actividades, conocidas como “actividades reguladas”, sin necesidad de ser autorizadas previamente por el regulador del mercado, siempre que sean actividades incidentales y no pertenezcan al giro ordinario de los negocios de la institución vigilada (Berger & Badenhop, 2018: 679-714).

4.2.3.2. Autorización

La aprobación y la autorización previas son uno de los instrumentos regulatorios más comunes. Así, en la mayoría de los países, antes de poder empezar a ejecutar una actividad regulada como bancaria o financiera, las instituciones vigiladas y los individuos deben obtener una autorización de la autoridad administrativa competente (Singh, 2007: 56). Las IFs que están buscando la autorización deben cumplir con ciertos estándares y entregar al supervisor la información que sea necesaria para monitorear sus negocios. Una institución autorizada que no cumpla con los requisitos impuestos por el regulador puede ser sancionadas con multas o con la remoción de la autorización.

Todas las instituciones deben recibir autorización por parte de la autoridad competente antes de empezar a operar. Sin embargo, las instituciones que quieren ejecutar una o más actividades reguladas por diversos reguladores y supervisores, deben solicitar a todos ellos las autorizaciones correspondientes. Esto implica que si, por ejemplo, un banco quiere ofrecer seguros, debe adelantar el proceso de autorización para actividades aseguradoras, a pesar de que ya cuenta

con la autorización para sus actividades bancarias. Para asegurar que los servicios financieros son competitivos, la evaluación del supervisor debe responder al principio de proporcionalidad, lo que implica que los solicitantes son evaluados de acuerdo con unos requisitos mínimos, y de acuerdo con los riesgos que los mismos generan para el cumplimiento de los objetivos regulatorios de los diferentes reguladores del mercado (Curry & Jarman, 1995).

Un proceso de autorización puede generar beneficios y costos. Los beneficios son que aquellos que operan en el sector financiero deben satisfacer ciertos estándares antes de empezar a prestar sus servicios, incluyendo la garantía de la protección de los consumidores, los inversionistas y el buen funcionamiento del mercado (Llewellyn, 1999). Los costos de los procesos de autorización consisten en que pueden ser la primera barrera o impedimento de acceso y en esa medida afectan la competencia (*ídem*). Además, existe un fuerte riesgo de captura del regulador por parte de aquellos que ya ejecutan la actividad, limitando así la posibilidad de escogencia por parte del consumidor.

El régimen de autorización de las IFs se convierte en un canal de administración de riesgo de conducta cuando a cada una de ellas se les exige el cumplimiento de estándares de conducta. Así, por ejemplo, identificar cómo la estructura interna de la institución se relaciona con el manejo de riesgo de conducta debe ser parte de la evaluación que hace el regulador para conceder la autorización, siendo recomendable que se requiera: (a) el compromiso del liderazgo para garantizar que la conducta se trate con seriedad en la institución financiera; (b) la participación de los altos ejecutivos en los comités de riesgo de conducta, así como su dirección de las sesiones informativas con el personal sobre el tema, abordando las fallas con la necesaria seriedad (Bell, 2020: 285); y (c) la adopción de mecanismos de educación, en cuanto que constituyen la base de una buena conducta y de la gestión del riesgo asociado a ella (Singh, 2007: 60).

Finalmente, es necesario encontrar el camino para equilibrar los intereses regulados mediante los procesos de autorización de las IFs y evitar que estos procesos se conviertan en un escenario de captura del regulador (Baxter, 2012: 31), que suele llevarse a cabo por los grupos más organizados y poderosos. A este respecto, debe tenerse

en cuenta que la premisa fundamental es que aquellos que participan en el mercado actúan en forma racional y tienen una clara idea sobre cómo alcanzar sus objetivos. Por ello, cuando el regulador está bajo la influencia de la industria, la consecuencia es la abierta afectación de los derechos de los consumidores, quienes ignoran la importancia y los efectos de las decisiones que toman cuando escogen entre los distintos productos y servicios que les son ofrecidos. En casos extremos de captura del regulador no es posible identificar las diferencias entre los intereses de la agencia reguladora y los intereses de los grupos de la industria (Boyer & Ponce, 2012), siendo particularmente difícil determinar las motivaciones que hay detrás de la regulación y el efecto real que la misma puede generar.

5. LA REGULACIÓN DE CONDUCTA CONTRIBUYE A LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

La regulación de conducta se encamina a fortalecer el cumplimiento de estándares jurídicos, técnicos y éticos. Es un sistema de políticas y controles que adoptan las organizaciones para evitar las violaciones a estándares de conducta y asegurar a las autoridades externas que se están tomando los pasos necesarios para lograrlo. En este contexto, la tarea de evitar el incumplimiento intencionado del principio de imparcialidad con el propósito de beneficiarse personalmente, o de beneficiar a terceros, se encuentra en el centro de la administración del riesgo de conducta. Esta definición permite entender como la RBR es una de las estrategias de regulación que mejor se adapta a las particularidades del régimen de conducta en el sistema financiero. Así, si con posterioridad a la ocurrencia de periodos de estrés financiero, el riesgo de conducta se convierte en prioridad regulatoria (Carè, 2016), se entiende el por qué una de las principales razones para fortalecer el régimen de conducta de las IFs es dar respuesta a los escándalos corporativos y crisis financieras.

Adicionalmente, la regulación de conducta reposa en una evolución aceptada por el mismo mercado que podemos ver reflejada en la evolución de la función de cumplimiento normativo (*compliance*). Así, la primera oleada de oficiales de cumplimiento en el Reino

Unido estaba obligada a entender la nueva legislación, las reglas de las organizaciones autorreguladas (SROs) y la carga de obtener autorización para el funcionamiento de sus compañías. Sin embargo, recientemente, la carga regulatoria asociada al riesgo de conducta ha aumentado, puesto que en 2007 se expidió la *EU Markets and Financial Instruments Directive* (MiFID), que impuso la obligación de cumplimiento como independiente de la auditoría interna y de la administración de riesgos. Además, de los desarrollos generados por el Acuerdo de Basilea II, se resalta que la función de cumplimiento debe identificar claramente las tareas y responsabilidades, y garantizar que dicha función sea independiente de los negocios de las instituciones bancarias (Pinder, 2006: 33).

Por su parte, en el caso estadounidense, el origen de la función de cumplimiento se encuentra en diversas áreas como el sector salud, el mercado de capitales²¹, la normatividad de las exportaciones, el derecho penal de la empresa de algunos estados y el derecho de la competencia.

Entendemos entonces que el cumplimiento normativo es transversal a las diversas problemáticas propias del régimen de conducta. El cumplimiento es una función asociada a la administración de riesgos adelantada por la compañía, pero no para la compañía, porque está llamada a responder a intereses y objetivos regulatorios más amplios. Se trata, por tanto, de una decisión corporativa financiera encaminada a evitar la afectación de la reputación o el estatus de la compañía. Así, el cumplimiento es la consecuencia de: (a) la internalización y aceptación de reglas; (b) un proceso de aprendizaje; y (c) la buena administración empresarial. Por esta razón, el éxito del cumplimiento depende de la estructura de gobierno adoptada y sus efectos positivos en el desempeño de la compañía de que se trate (Miller, 2014).

²¹ El *Exchange Act* de 1934 empoderó a la SEC con facultades de intervención en el mercado de capitales. Todo broker-dealer y sus empleados deben conducir sus negocios de acuerdo con sus obligaciones legales, regulatorias, y profesionales. Sección 15 (b) (4) (D) indica que la SEC puede disciplinar a la firma, no al empleado. La SEC exige que las instituciones vigiladas tengan oficinas de cumplimiento y oficiales de cumplimiento.

Siguiendo esta tendencia, los desarrollos legislativos más recientes relacionados con el mejoramiento de los sistemas de cumplimiento se encuentran en normas diseñadas para luchar contra la corrupción, varias de las cuales establecen la responsabilidad penal²² de las compañías, sus directivos, sus trabajadores y sus accionistas. Además, estos instrumentos regulatorios promueven la adopción de sistemas de cumplimiento²³ fundados en un proceso de cuatro pasos que incluye: (a) la identificación de riesgos; (b) la evaluación de riesgos; (c) la mitigación de riesgos; y (d) la revisión²⁴.

Es en este escenario en que los aspectos fundamentales del riesgo de conducta y la operación de sistemas de cumplimiento deben verse reflejados directamente en la protección de los consumidores y los inversionistas. De esta manera, la mayor protección de los débiles en las relaciones contractuales del sistema financiero constituye una herramienta que impide el favorecimiento de los intereses de unos pocos en el mercado. Por ello, el tema clave que sustenta la gestión del riesgo de conducta es garantizar resultados justos para los clientes (Bell, 2020: 287). Como resultado, los productos bien diseñados, entregados a través de canales de entrega confiables y accesibles a un costo razonable, respaldados por procesos de compensación transparentes y centrados en el cliente, son fundamentales para brindar esos resultados y recuperar la confianza del cliente (Prorokowski & Prorokowski, 2014).

²² *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*: Las principales disposiciones del FCPA: anticorrupción, contables, otras obligaciones legales (lavado de activos, violaciones al régimen de revelación de información y reporte). Vid.: (*UK Bribery Act*, 2010).

²³ En el Código Alemán de 2015 DCGK describe el cumplimiento como una función a cargo de los órganos de administración. En principio, esta disposición aplica para las sociedades inscritas en bolsa, en interpretación conjunta con la sección 161 del *Germán Stock Corporation Act (AktG)*; *OFT Guidance 1341- Company Directors and Competition Law Directors' Guidance* (2011).

²⁴ *Sarbanes-Oxley Act* 2002. El término mejores prácticas es definido en la sección 406(c) con estándares de 1. Conducta ética y honesta, 2. Revelación de información y reportes completos, adecuados, actualizados, a tiempo y suficientemente claros, 3. Cumplimiento de la normatividad gubernamental relevante.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el logro de estos objetivos de protección a los consumidores como medio para administrar el riesgo de conducta debe verse claramente reflejado en el diseño de los sistemas de cumplimiento normativo en sus etapas de planeación, implementación y medición. Así, en la planeación debe establecerse una estructura y las líneas de reporte dependiendo del tipo de compañía, tamaño, sector, perfil de riesgo y cultura. La planeación exige trabajar con el órgano de administración en forma tal que los administradores entiendan su relación con el programa de cumplimiento, existan mecanismos de reporte del contenido e implementación del programa, se fije un presupuesto, y se determinen los procesos de escalonamiento de reporte y acción. Además, la planeación del programa de cumplimiento, que en todo caso tiene que asegurar una continua actualización, se beneficia de preestablecer su forma de integración con otros equipos de trabajo (demostrando así la importancia de la ética y el cumplimiento en los negocios) y de crear líneas informales de comunicación para que todos los trabajadores conozcan el programa (Weber, 2013: 609-626).

En la etapa de implementación, la administración del riesgo de conducta exige la detección de los riesgos de inobservancia de estándares de conducta. Con esta información es posible dar respuesta en forma preventiva a través del monitoreo, la evaluación, la puesta en marcha de los sistemas de disciplina y el control interno. En el proceso de prevención, la adopción de sistemas de cumplimiento para administrar el riesgo de conducta ofrece el fundamento para un eficiente manejo de incidentes, así como para solucionar las consecuencias de la conducta corrupta, a través del reconocimiento de las lecciones aprendidas y el consecuente mejoramiento del programa de cumplimiento (Stöber et. al., 2019: 383-424). Para ello se requiere la medición, lo que implica un proceso continuo de monitoreo, auditoría, medición y evaluación. Además, la atención debe fijarse en esta etapa en identificar oportunidades de mejora del programa de cumplimiento, evitando que ciertos riesgos de conducta pasen inadvertidos. En la siguiente gráfica encontramos una herramienta para estandarizar el proceso de medición.

Tabla de evaluación de programas de ética y cumplimiento

Estándares, Políticas y Procedimientos	Necesita Atención	Cumple parcialmente las mejores prácticas	Cumple totalmente la mejor práctica	Plan de Acción	Encargado del Plan de Acción	Estatus
Código de conducta comprensivo			x	No se necesita acción, el código de conducta está alineado con las mejores prácticas	Oficial de ética y cumplimiento	Completo
Políticas y Procedimientos en áreas de alto riesgo de conducta		x		Desarrollar políticas de impacto social positivo	Oficial de ética y cumplimiento, administradores no senior.	En progreso
Proceso de Manejo de Política: Actualizaciones	x			Diseñar e implementar procesos de evaluación con base en análisis de riesgo	Oficial de ética y cumplimiento, expertos en la explotación de negocios.	Abierto

Fuente: Tomado de NAVEX Global - *Definitive Guide to Ethics and Compliance Programmes*.

Observamos que un aspecto central en el diseño e implementación de los programas de cumplimiento como mecanismo de administración de riesgo de conducta es la existencia de líneas adecuadas de reporte. Es en este aspecto en el que la garantía de eficientes canales de reporte es fundamental con el fin de garantizar que los denunciantes puedan presentar denuncias por escrito a través de un sistema en línea, un buzón de correo y/o verbalmente a través de una línea telefónica directa o un sistema de contestador automático²⁵. Las compañías también deben estar obligadas a ofrecer una reunión personal si el denunciante lo solicita y asegurarse de que la identidad del denunciante se mantenga confidencial independientemente del canal de denuncia que se utilice (Zakaria, 2015: 232).

En el contexto de la reciente regulación de la Unión Europea (UE), la protección se aplica solo a las denuncias de irregularidades relacionadas con la legislación de la UE, como el fraude fiscal, el blanqueo de capitales o delitos de contratación pública, la seguridad vial y de productos, la protección del medio ambiente, la salud pública y la protección de datos y del consumidor. El manejo de esta información debe hacerse bajo las más estrictas condiciones de reserva o

²⁵ Directiva Europea de Protección a Denunciantes 2019-2021.

secreto. Además, las compañías deben proporcionar información sobre el proceso de presentación de informes internos, así como sobre los canales de presentación de informes, a la autoridad competente. Esta información debe ser fácilmente comprensible y accesible, no solo para los empleados, sino también para los proveedores de servicios y los socios comerciales.

En este contexto, los programas de cumplimiento pueden ser una herramienta para la prevención y administración de la corrupción. Son los programas de cumplimiento los que sirven como un marco para garantizar que las organizaciones observen los parámetros más estrictos de vigilancia y observancia de diferentes estándares regulatorios, incluidos aquellas relacionadas con la lucha contra la corrupción. Prevenir la corrupción es un componente crítico del cumplimiento normativo, las organizaciones deben integrar ambos en sus estructuras de gobierno para mantener la integridad y evitar riesgos jurídicos y reputacionales. Mientras que el cumplimiento normativo se dirige a la observancia de la normatividad, políticas y regulación en sentido amplio, tanto internas como externas, la prevención de la corrupción se enfoca en medidas y estrategias para identificar, mitigar y eliminar prácticas corruptas dentro de una organización. Así entonces su relación es de complementariedad.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Existe una necesidad imperante de fortalecer la regulación del comportamiento en el sistema financiero, como una herramienta esencial para detectar acciones y gestionar riesgos que puedan caer dentro del ámbito de la corrupción. Esta regulación opera en dos direcciones: (a) la supervisión de la conducta de mercado; y (b) la regulación de servicios, productos y transacciones financieras. En este contexto, surge la pregunta sobre el impacto de la estrategia de regulación basada en riesgos en la gestión de los riesgos conductuales.

Consideramos que el diseño de la estrategia basada en riesgos es suficientemente amplia y flexible como para fortalecer la prevención, identificación y el manejo de conductas corruptas a través de la regulación financiera. El proceso de implementación y diseño de

dicha regulación puede servirse de los elementos tradicionales de la RBR.

Así, en primer lugar, es esencial la evaluación de la tolerancia al riesgo. El ejercicio de la discreción regulatoria frente al riesgo de conducta está llamado a reconocer el nivel de autonomía de las IFs, bajo los límites de la evaluación de la conducta previa de la institución y de sus trabajadores, la cultura institucional, el ambiente regulatorio, así como sus interacciones con los mecanismos de control interno, el desempeño y las políticas de mejora que se hayan adoptado como consecuencia de los procesos de evaluación de tolerancia a riesgo de conductas corruptas. Como es previsible, esta selección de riesgos puede tener un efecto de doble filo, cuando la evaluación hecha por la institución financiera y vigilada por la autoridad regulatoria desconocen los riesgos de conducta más prominentes.

Igualmente, relevante, es la temprana identificación de riesgos de conductas corruptas. En el ámbito de la regulación financiera, es previsible que esta identificación abarque cualquier circunstancia que tenga el potencial de afectar la prestación segura, justa y equitativa de los servicios financieros a los consumidores. Usualmente, las conductas corruptas más relevantes involucran transacciones con información privilegiada, es decir, negociación con información material no pública, rectificaciones financieras y retroactividad de opciones, así como diferentes violaciones al régimen de protección al consumidor y al inversionista (Cumming, 2015: 155). Como lo estudiamos en este artículo, existen diferentes herramientas para guiar el proceso de construcción de indicadores de riesgo adecuados, desde el diseño de instrumentos de regulación de conducta más claros hasta el fortalecimiento del régimen de responsabilidad individual para los trabajadores de todos los niveles de las IFs. El propósito de estas herramientas es la recolección de información para conocer las conductas de mayor ocurrencia, la gravedad de su materialización y la utilidad de los mecanismos de control de riesgo vigilados por las autoridades regulatorias.

En la medida en que no todos los actores del mercado representan el mismo nivel de riesgo de conducta, la categorización de los entes regulados y sus actividades es central para la prevención de la corrupción. En este escenario, para lograr la mayor exactitud po-

sible en la evaluación y calificación de riesgos, se debe lograr una integración efectiva entre el diseño e implementación de sistemas de cumplimiento de acuerdo con los niveles de riesgo, con el fin de reducir o incluso eliminar la presencia de estas áreas de incertidumbre en la identificación y categorización de riesgos de conducta. Nuestra propuesta es la fijación de parámetros de cumplimiento normativo que respondan más cercanamente a la realidad de los regulados de acuerdo con los tipos de riesgos de conducta que enfrentan. No se trata de un diseño a la medida, sino de un diseño de sistemas de cumplimiento normativo de acuerdo con la probabilidad de ocurrencia del riesgo de conducta corrupta.

En el contexto de la regulación del riesgo de conducta, la implementación de la RBR puede extenderse a áreas como la gobernanza y los incentivos corporativos, la estructura organizativa, la competencia y las políticas antimonopolio, los requisitos y la profesionalidad del *fit & proper*, así como la más reciente “gobernanza del producto”. En este contexto, la gestión del riesgo de conducta se establece como un instrumento para prevenir, identificar tempranamente y combatir la ocurrencia de actos corruptos que afecten la prestación de servicios financieros. Dentro de estos elementos, destacamos la oportunidad que hay en el fortalecimiento de los regímenes de responsabilidad individual para los administradores y empleados con funciones críticas de IFs. Dichos sistemas facilitan la implementación de criterios más objetivos y rigurosos para evaluar la conducta de los administradores y empleados que desempeñan funciones críticas para la estabilidad tanto de la entidad como del sistema en su conjunto.

Los aspectos esenciales del riesgo de conducta y el funcionamiento de los sistemas de cumplimiento deben tener un impacto directo en la salvaguarda de los consumidores e inversores y en la prevención de conductas corruptas que afecten directa o indirectamente sus derechos. La consecución de estos propósitos de protección al consumidor como un medio para gestionar el riesgo de conducta debe estar claramente reflejada en la concepción de los sistemas de cumplimiento normativo en todas sus etapas: planificación, ejecución y evaluación. Además, un elemento central en el diseño y la implementación de los programas de cumplimiento como mecanismos

de gestión del riesgo de conducta ha de ser la existencia de canales de informe eficientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Ae-Joon, H. & Wonchang, J. (2013). “Information Asymmetry and the Financial Consumer Protection Policy”. *Asian Journal of Political Science*. Vol. 21(3). Pp. 213-223.
- Andromachi G. (2013). “The FCA-PRA coordination scheme and the challenge of policy coherence”. *Capital Markets Law Journal*. Vol. 8(1). Pp. 62-76.
- Arias, L. (2018). “Aspectos éticos del sistema financiero”. En: Henao, J.C. & Ruiz López, C. (Eds). *Corrupción en Colombia: Corrupción privada*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Arias, L. (2018). *Regulation and Supervision of the OTC Derivatives Market*. Routledge.
- Avgouleas, E. (2020). “The Harmonisation of Rules of Conduct in EU Financial Markets: Economic Analysis, Subsidiarity and Investor Protection”. *European Law Journal: Review of European Law in Context*. Vol. 6 (1).
- Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M. (2010). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation*. 2nd ed. Oxford University Press.
- Begovic, B. (2005). *Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias, Centro para la Apertura y Desarrollo de América Latina*.
- Black, J. (2005) ‘The emergence of risk-based regulation and the new public risk management in the United Kingdom’. *Public Law*. Vol (512).
- Black, J. (2005). “The Development of Risk-Based Regulation in Financial Services: Just ‘Modelling Through’? En: Black, J. & Lodge, M. & Thatcher, M. (eds.), *Regulatory Innovation*. Chapter 8. Edward Elgar Publishing.
- Black, J. & Baldwin, R. (2010). “Really responsive Risk-based Regulation”. *Law and Policy*. Vol. (32).
- Black, J. & Baldwin, R. (2012). “When risk-based regulation aims low: A strategic framework”. *Regulation and Governance*. Vol (6).

- Black, J., Lodge, M. & Thatcher M. (2006). *Regulatory Innovation a Comparative Analysis*, London, Edward Elgar Publishing.
- Bolton, P., Freixas, X. & Shapiro, J. (2007). "Conflicts of interest, information provision, and competition in the financial services industry". *Journal of Financial Economics*. Vol. 85 (2).
- Braithwaite, J. (1999). "Accountability and Governance under the new regulatory state". *Australian Journal of Public Administration*. Vol. 58 (1). Pp.90.
- Campbell, J. & Jackson, H., Madrian, B. & Tufano, P. (2010). *The Regulation of Consumer Financial Products: An Introductory Essay with Four Case Studies*. HKS Working Paper No. RWP10-40.
- Chiu, H., & Brener, A. (2019). "Articulating the Gaps in Financial Consumer Protection and Policy Choices for the Financial Conduct Authority-Moving Beyond the Question of Imposing a Duty of Care". *Capital Markets Law Journal*. Vol. 14(2). Pp. 217-250.
- Chiu, I. (2011). "Transparency Regulation in Financial Markets – Moving into the Surveillance Age?". *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 2(3). Pp. 305-321.
- Cumming, D., Dannhauser, R. & Johan, S. (2015). *Financial market misconduct and agency conflicts: A synthesis and future directions*, *Journal of Corporate Finance*. Vol. (34).
- Echeverría, E. (2017). "La supervisión de la protección del consumidor financiero como elemento del gobierno corporativo". *Revista de derecho y economía*. Núm. 48.
- Edwards, J. & Wolfe, S. (2005). "Compliance: A review". *Journal of Financial Regulation and Compliance*. Vol. 13 (1).
- Fama, E. & Jensen, M. (1983). *Agency Problems and Residual Claims*. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 26 (2).
- Fischel, D. & Ross, D. (1991-1992), "Should the Law Prohibit Manipulation in Financial Markets". *Harvard Law Review*, Vol. (105). Pp. 503.
- Foot, M. (1999). "Delivering cost-effective regulation through risk-based supervision". *Journal of International Financial Markets (J.I.F.M.)*. Vol (89). Pp. 2 et seq.
- Freeland, C. (2002). "How Can Sound Customer Due Diligence Rules Help Prevent the Misuse of Financial Institutions in the Financing of Terrorism?". En: Pieth M. (Eds). *Financing Terrorism*. Springer.
- García, I., Martínez, J. & García, E. (2017). "Board of Directors and CSR in Banking: The Moderating Role of Bank Regulation and Investor Protection Strength". *Australian Accounting Review*. Vol 28(3).

- Gen, G. (2018). *The Logic and Limits of Stewardship Codes: The Case of Japan*. The University of Tokyo Business Law Working Paper Series.
- Goodhart, C. (1996). *An Incentive Structure for Financial Regulation*. *Swiss Journal of Economics and Statistics*. Vol. 132 (4/2).
- Gray, J. & Hamilton, J. (2006). *Implementing Financial Regulation*, John Wiley & Sons Ltd. Londres.
- H. Treasury. (2011). *A new approach to financial regulation: the blueprint for reform*, June 2011.
- Hadfield, G., Howse, R. & Trebilcock, M. (1998). "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy". *Journal of Consumer Policy*, Vol. (21). Pp. 131-169.
- Hutter, B. (2005). *The Attractions of Risk-Based Regulation: Accounting for the emergence of risk ideas in regulation*. Discussion Paper N. 33 ESCR. Centre for Analysis of Risk and Regulation.
- Ingham, H., & Thompson, S. (1993). "Structural Deregulation and Market Entry: The Case of financial services". *fiscal studies*. Vol. 14(1).
- Jonnergård, K. & Larsson, U. (2007). "Developing Codes of Conduct: Regulatory Conversations as Means for Detecting Institutional Change". *Law & Policy*. Vol. (29). Pp. 460-492.
- Karpoff, J. (2021). The future of financial fraud, *Journal of Corporate Finance*. Vol. (66).
- Isharqawi, A., & Younes, A. (2020). "Regulating the UK Financial System post crisis under the Financial Services and Markets Act 2000 as amended". *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. Vol. 23(5). Pp. 1-9. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co/scholarly-journals/regulating-uk-financial-system-post-crisis-under/docview/2519043117/se-2?accountid=48014>.
- Lumpkin, S. (2010). "Consumer Protection and Financial Innovation: A Few Basic Propositions". *OECD Journal: Financial Market Trends*. Vol. (2010/1).
- MacNeil, I. (2015). "Rethinking conduct regulation". *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*. Vol. 30(7).
- Pitts, G. & Grouk, T. (2014-2015). "Chasing shadows? The FCA and the measurement of 'culture'". *Journal of Securities Operations & Custody*. Vol. 7 (2).
- Preda, A. (2005). "Legitimacy and status groups in financial markets". *The British Journal of Sociology*. Vol 56 (3).
- Reurink, A. (2018). "Financial Fraud: A literature review". *Journal of Economic Surveys*. Vol. 32(3).

- Rutledge, L. (2010). "Consumer Protection and Financial Literacy: Lessons from Nine Country Studies". World Bank Policy Research Working Paper No. 5326.
- Schrader & Frechette, K. (1991). *Risk and Rationality*. University of California Press. Berkeley.
- Simon, J., Smith, K. & West, T. (2010). "Price incentives and consumer payment behavior". *Journal of Banking & Finance*. Vol. 34 (8).
- Singh, D. (2007). *Banking Regulation of the UK and US Financial Markets*. Routledge.
- Spira, F. & Page, M. (2003). "Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit". *Accounting, Auditing & Accountability Journal*. Vol. 16 (4). Pp. 640-661.
- Tanzi, V. (1995). Corruption: "Arm's-length Relationships and Markets". En Fiorentini, G. & Pelzman, S. (eds.). *The Economics of Organised Crime*. Cambridge University Press.
- Torrado, J. (2008). "El uso indebido de información privilegiada en el mercado de valores colombiano a la luz de la experiencia estadounidense". *Revista de Derecho Privado-Universidad de los Andes*.
- Tung L. & Shu, C. (2013). "Does financial regulation affect the profit efficiency and risk of banks? Evidence from China's commercial banks". *The North American Journal of Economics and Finance*. Vol. (26).
- Van, J. (2010). "Regulatory Disclosure of Offending Companies in the Dutch Financial Market: Consumer Protection or Enforcement Publicity?". *Law & Policy*. Vol. (32). Pp. 407-433.
- Weber, J. & Wasieleski, D. (2013). "Corporate Ethics and Compliance Programs: A Report, Analysis and Critique". *Journal of Business Ethics*. Vol. (112). Pp. 609-626.
- Williams, T. (2007). "Empowerment of Whom and for What? Financial Literacy Education and the New Regulation of Consumer Financial Services". *Law & Policy*. Vol 29(2). Pp. 226-256.
- Zakaria, M. (2015). "Antecedent Factors of Whistleblowing in Organizations". *Procedia Economics and Finance*. Vol. (28).

Informes, resoluciones y otros documentos

- Financial Conduct Authority. (2015). *Senior Managers and Certification Regime*. Reino Unido.
- Financial Conduct Authority. (2016). *FCA Handbook, Senior Management Arrangements, Systems and Controls*. SYSC. Reino Unido.

Capítulo 3

*Los instrumentos bilaterales internacionales de cooperación no judicial en materia tributaria y su utilización por EE.UU. para incentivar la cooperación**

MARIO A. DE CASTRO*

LILIANA YUMI YAGUI*

1. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso a nivel internacional sobre la necesidad de fortalecer las estrategias para combatir la corrupción nacional y trans-

* La sección sobre la estrategia de los EE.UU. fue desarrollada por Mario A. De Castro, mientras que el resto de las secciones estuvieron a cargo de Liliana Yumi Yagui.

* Abogado, Senior Counsel, Whiteford, Taylor & Preston LLP (Washington, D.C., EE.UU.). Master en Derecho Tributario (LL.M, 2003), *University of Miami School of Law* (Coral Gables, Florida). Doctor en Jurisprudencia (JD, 1994), *Temple University School of Law* (Philadelphia, PA). Licenciatura en Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas (B.A 1990), *Tulane University* (New Orleans, LA). Abogado Colegio de Abogados del Estado de la Florida (1996). Título Profesional Homologado como Abogado ante ICFES (Colombia, 1998). Miembro de la IFA desde 1999.

* Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado en Data Processing y Sistemas de la Información por la *Anabuki College* (Anabuki, Kagawa, Japón). Abogada y Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (1999). Abogada y Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2000). Especialista en Derecho Público Administrativo, Compliance e Integridad, Gestión de Riesgos, Control Interno y Gestora en Inteligencia. Certificada en ISO 22301. Jefe de Integridad en institución pública.

nacional; al respecto, nos surge la pregunta sobre si los instrumentos bilaterales internacionales de cooperación no judicial en materia tributaria (IBICNJMTs), incluyendo los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) y los acuerdos bilaterales de intercambio de información tributarios (ABIIT) podrían contribuir y, de qué manera, en las estrategias de los gobiernos para combatir la corrupción transnacional.

La corrupción se ha expandido por todo el mundo. Desde los países desarrollados hasta los países en desarrollo cuentan con casos de corrupción. La situación es tan álgida que se ha llegado a considerar como inherente al ser humano, que existirá siempre, en cualquier sistema político y época de la historia y ha pasado a ser calificada como de endémica en todas las formas de gobierno (Bautista, 2009). Constituye, por tanto, una amenaza mundial que debilita las instituciones y menoscaba la economía y el presupuesto de los gobiernos para realizar las inversiones necesarias en educación, salud, seguridad, infraestructura, ciencia y tecnología. En consecuencia, tienen un efecto multiplicador negativo, afectando en mayor medida a la población de menores recursos, impidiendo su inclusión social y, por ende, generando mayor desigualdad, mayor descontento y disconformidad, que luego se ve reflejado en el surgimiento de innumerables conflictos (Quejada et. al., 2014).

La globalización de la economía ha promovido la generación de nuevos mecanismos regulatorios de carácter fiscal, para coadyuvar en afrontar las nuevas situaciones adversas en el ámbito de la corrupción transnacional y la evasión de impuestos. Como señala Requeijo (2003: 97-98), es necesario impulsar y fortalecer la aplicación de medidas adecuadas contra estos fenómenos cuando las economías se internacionalizan.

A pesar de las dificultades asociadas a la generación de consensos, se verifica que la comunidad internacional impulsa el combate contra la corrupción, como se refleja en los objetivos 2030 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y en la declaración política del periodo extraordinario de sesiones del

2021¹. Del mismo modo la ONU impulsó y logró la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y en su 20 aniversario se dispuso el día mundial contra la corrupción². Esto se debe a que luchar contra estos fenómenos es vital para avanzar de manera sostenida hacia el desarrollo, el crecimiento económico, la estabilidad y el fortalecimiento de la seguridad que toda sociedad necesita para vivir en paz y alcanzar los objetivos para el desarrollo sostenible.

Sin embargo, la corrupción es un fenómeno complejo y multifactorial, para combatirla no existe una fórmula o estrategia única, ni tampoco puede ser afrontada por una sola entidad u organización individualmente. Se requiere de acciones de prevención, detección e investigación en distintos niveles y estamentos, a través de un trabajo conjunto y articulado. Por ello, la cooperación internacional mediante el intercambio de información entre entidades gubernamentales es un mecanismo importante para combatirla (Jiménez-Díaz, 2021).

¹ En la *Declaración política* adoptada en el período extraordinario de sesiones de 2021 de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la corrupción titulada “Nuestro compromiso común de abordar eficazmente los retos y aplicar medidas para prevenir y combatir la corrupción y fortalecer la cooperación internacional” Los Estados miembros expresaron su preocupación “por el impacto negativo que todas las formas de corrupción, incluida la solicitud de ventajas indebidas, pueden tener en el acceso a los servicios básicos y en el disfrute de todos los derechos humanos, y reconocen que pueden exacerbar la pobreza y la desigualdad y afectar de manera desproporcionada a las personas más desfavorecidas de la sociedad”, y se comprometieron a “prevenir y combatir la corrupción y fortalecer la cooperación internacional de manera coherente con nuestras obligaciones respecto de todos los derechos humanos, la justicia, la democracia y el Estado de Derecho a todos los niveles”, ver en línea: www.ohchr.org ONU Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado: Derechos Humanos y Corrupción.

² El 31 de octubre de 2003, la Asamblea General aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Documento, que entró en vigor en diciembre de 2005 y pidió al Secretario General que designara a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) como la secretaria para la Conferencia de los Estados Parte de la Convención. Ver en www.onu.org.

Como Borja (2005: 118) señala, la cooperación internacional se distingue por expresiones de voluntad conjuntas en el campo internacional, con el objetivo de alcanzar fines comunes y aplicar poderes jurídicos en el ámbito del derecho internacional. Por su parte, Delgado (1990: 162) considera que “la cooperación consiste en el intercambio de información o la realización de actuaciones administrativas conducentes hacia o que puedan favorecer una mejor recaudación de los tributos debidos a cualquiera de las Administraciones implicadas”.

En consecuencia, la cooperación internacional no judicial en materia tributaria, la cual es realizada por las autoridades administrativas tributarias nacionales y ciertas organizaciones internacionales, que actúan conforme a la regulación recogida en diversas disposiciones internacionales (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2019), consiste en el intercambio de información, o en la adopción de otras medidas de asistencia administrativa tributaria mutua, con el fin de mejorar el control, la transparencia, la revisión de las declaraciones fiscales y la recaudación de tributos, y con ello mejorar la lucha contra la corrupción nacional y transnacional.

Para poderla realizar es necesaria la voluntad política de los Estados soberanos, puesto que esto son los que deciden, en última instancia, si quieren, o no, actuar conjuntamente, bajo el principio de reciprocidad (Tassara, 2016), con el fin de fomentar la transparencia necesaria para identificar actos de corrupción, evitar las prácticas fiscales perjudiciales y la evasión tributaria, incrementar el recaudo y dificultar el enriquecimiento personal ilícito. Además, se requieren sólidos instrumentos internacionales para que: (a) se pueda coordinar y llevar a cabo un intercambio efectivo de información entre las administraciones tributarias nacionales; y (b) se establezca un sistema claro de solicitudes de asistencia mutua entre las mismas de obligatorio cumplimiento (Sánchez, 2021).

Los IBICNJMT en general, los CDI y los ABIIT en particular, son las herramientas legales que fundamentan la articulación, coordinación e intercambio de información tributaria en el ámbito de la cooperación internacional entre los Estados. Tienen naturaleza jurídica de *executive agreements* o acuerdos, de orden administrativo, que se

sustentan en los arts. 12³ y 13⁴ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por tanto, no necesitan de un proceso de ratificación posterior por parte del Legislativo como si se requiere en los casos de los tratados internacionales⁵.

Si bien inicialmente el intercambio de información en el ámbito internacional en materia tributaria se hallaba en los CDI, con el paso del tiempo fueron desarrollándose los ABITT, que regulan de manera más precisa los distintos mecanismos de cooperación. Esto

³ Según el art. 12 de la Convención de Viena, el Estado da su consentimiento a este tipo de acuerdos de orden administrativo, y manifiesta su obligación de cumplir con lo acordado, mediante la firma de un representante cuando: (a) el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; (b) conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; (c) la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. Así mismo, la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido. Además, la firma ad-referéndum de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

⁴ El artículo 13 de la Convención de Viena establece que existe el consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de los instrumentos que lo constituyen: (a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; y (b) cuando conste de otro modo, que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

⁵ Las reglas que regulan las negociaciones, la celebración y la ejecución de los tratados en los que participan las organizaciones internacionales son en parte diferentes a aquellas que rigen para los tratados entre Estados. Estas diferencias se derivan precisamente de las especificidades que emanan de las propias organizaciones, puesto que cada una tiene sus propias particularidades para el proceso de aprobación y consentimiento. Así, por ejemplo, en el caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC), órgano de carácter multilateral que comprende a 164 economías a nivel global, se caracteriza porque su proceso de adopción de acuerdos se realiza en base al consenso de todos sus Miembros. Es decir, luego de un arduo proceso de negociaciones, con características sumamente particulares, observadas por sus propios Miembros como carentes de transparencia, los acuerdos se aprueban solo con el consenso de todos sus Miembros, basta que uno se oponga para que no se logre el acuerdo. Todo ello está generando serios problemas para la organización, dado que la adopción de los acuerdos que requiere la organización para funcionar y avanzar en su misión resulta sumamente difícil.

se debió en gran medida a la iniciativa de ciertas organizaciones, y en particular de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que crearon Acuerdos Modelo para facilitar su aprobación y armonización, estos han sido replicados por los países Miembros, lo que ha sido beneficioso en el sentido de mayor fluidez para su consentimiento y aplicación (Mira & Gutiérrez, 2018).

Estos instrumentos internacionales han sido fundamentales porque, sin un marco jurídico claro, se generaría una baja prioridad de atención y ejecución y una escasa cooperación entre las autoridades tributarias nacionales. Además, diversas legislaciones nacionales continuarían protegiendo a los contribuyentes con la reserva de la información y el secreto bancario, lo que provocaría el rechazo de las solicitudes de información presentadas conforme a los ABIIT.

2. LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN TRIBUTARIA

2.1. El CDI Modelo de la OCDE

El principal promotor en el ámbito multilateral de los instrumentos de intercambio de información y lucha contra los delitos en materia tributaria es la OCDE. Asimismo, ha contribuido también al establecimiento de mecanismos e instrumentos de intercambio de información entre autoridades administrativas tributarias para prevenir problemas fiscales como, por ejemplo, la doble imposición (Castellanos-Polo, 2022).

En este contexto, la primera versión del Modelo de Convenio bilateral en materia tributaria es de 1963 (Convenio Modelo), a la que siguió en 1977 la contenida en el Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio (*Model Double Taxation Convention on Income and Capital*). En ambas versiones se incluía una cláusula estándar sobre el intercambio de información tributaria en su artículo 26, siendo en particular esta disposición, así como el propio Convenio Modelo en su conjunto (con sus sucesivas revisiones en 1995, 2000, 2005 y 2012, entre otras), los que han servido principalmente de marco de referencia para los procesos de negociación de

Convenios Bilaterales, y han ayudado así a uniformizar los convenios posteriores.

En consecuencia, en un inicio, el Modelo de Convenio de la OCDE tenía como objetivo constituirse como un mecanismo para conseguir la aplicación adecuada de los CDI entre Estados, teniendo en cuenta que estos últimos: (a) son tratados internacionales sujetos a las normas del derecho internacional y basados en los principios de la Convención de Viena de 1969, esto es, el de la buena fe, la primacía del texto, del objeto y del fin del tratado; (b) surgen principalmente debido a la necesidad que advierten los Estados de evitar gravar dos veces una misma renta y de establecer los supuestos de doble imposición tanto a personas naturales como jurídicas (previniendo así una cierta arbitrariedad); y (c) buscan también evitar un fraude fiscal, que muchas veces se acompaña con matices de corrupción (razón por la cual incluyen una cláusula especial que regula el mecanismo de intercambio de información entre administraciones tributarias, siguiendo generalmente ésta cláusula los lineamientos del art. 26 del modelo OCDE).

Sin embargo, las modificaciones introducidas en el Convenio Modelo de la OCDE a partir de 1995 han buscado la prevención de los delitos de evasión fiscal, así como ampliar los aspectos del intercambio de información y cooperación entre las autoridades administrativas tributarias de los Estados Miembros (González et. al., 2022). A lo que hay que añadir, como veremos más adelante, que el 18 de julio de 2002, la OCDE aprobó un segundo Acuerdo Modelo sobre Intercambio de Información en materia Tributaria.

El art. 26 del CDI Modelo de la OCDE busca impulsar la transparencia y reducir la discrecionalidad del Estado requerido, para atender la solicitud de intercambio de información, tratando de limitar la posibilidad que el Estado requerido pueda negarse a colaborar con la información o dificultar el intercambio de información entre autoridades administrativas tributarias correspondientes, encargadas de la gestión de la información (Vega & Peñaloza, 2022). Además, aclara que el contenido de la solicitud no podrá ser revelado a otras autoridades encargadas de la supervisión de carácter general, sin competencia específica, a menos que exista un acuerdo formal bilateral entre los Estados involucrados (ACDI, 2022).

Según el artículo 26 del CDI Modelo, existen tres modalidades de intercambio de información: (a) el intercambio automático; (b) el intercambio a requerimiento de los Estados parte; y (c) intercambio espontáneo. Las autoridades administrativas tributarias competentes de cada Estado son las que finalmente acuerdan y determinan la modalidad a llevarse a cabo.

Cabe precisar que, en el primer caso, la información se transmite de manera automática, siendo generalmente información que puede ser obtenida de manera rutinaria como, por ejemplo, intereses, pensiones, dividendos y se trasmite a través del formato estándar recomendado por la OCDE (existe además un protocolo de procedimiento para el intercambio automático de información, el mismo que se encuentra disponible para los distintos países). Por su parte, en el segundo caso, el intercambio se lleva a cabo previa petición de la autoridad administrativa tributaria de uno de los Estados parte que solicita la información relevante al otro Estado parte (Cárdenas, 2022). Finalmente, el tercer caso, conocido como el intercambio espontáneo, se materializa cuando uno de los países involucrados, habiendo recibido información en el curso de la gestión de su propia legislación fiscal y habiendo considerado como información útil y de interés para los fines tributarios de la otra parte, la trasmite al otro país involucrado sin que éste lo haya solicitado (Aguilar, 2018). Cabe referir que, la autoridad administrativa tributaria de un Estado que ha brindado la información puede solicitar información de retorno sobre los resultados obtenidos gracias a la información que fue transmitida de manera espontánea.

De esta manera, el CDI Modelo se ha convertido en el estándar mínimo de intercambio de información, el cual puede ser incrementado por los Estados parte en cualquier Convenio Bilateral que negocien con base en el mismo. Además, según su artículo 12 se permite la compatibilidad de éste con otros instrumentos internacionales que se consideren adecuados para obtener la información que se requiere para el logro de sus objetivos.

En consecuencia, si bien en un inicio, el CDI Modelo tenía como objetivo constituirse como un mecanismo para conseguir la aplicación adecuada de los convenios para evitar la doble tributación entre Estados, las posteriores modificaciones han buscado la prevención

de los delitos de evasión fiscal, así como ampliar los aspectos del intercambio de información y cooperación entre las autoridades administrativas tributarias de los Estados Miembros (Velasco, 2019).

De las modificaciones posteriores a 1977 adoptadas en relación con el Convenio Modelo, resalta la efectuada en 1995, mediante la cual se adecuó la cláusula de intercambio de información señalándose a qué autoridades se les puede brindar la información. Posteriormente, en el año 2000, la cláusula de intercambio de información estipulada en su artículo 26, que por su relevancia en la materia estamos analizando, luego de la revisión en el foro competente fue adecuada, precisándose que las autoridades administrativas tributarias de cada Estado podrán intercambiar información relativa a todo tributo, cualquiera sea su denominación o clasificación, y, considera también, que la forma para intercambiar la información no se encuentra restringida a las expresamente señaladas por el Convenio Modelo, como son las fiscalizaciones simultáneas⁶, las fiscalizaciones en el extranjero⁷ y el intercambio de información sectorial⁸, siendo posible otras formas o mecanismos para obtener información relevante para ambos Estados involucrados.

En 2005, la cláusula de intercambio de información del Modelo fue nuevamente actualizada en varios aspectos. Entre ellos destaca el relativo a que los Estados involucrados pudieran intercambiar información que fuera previsiblemente relevante. Para tener esta conside-

⁶ Una fiscalización simultánea representa un pacto entre naciones para llevar a cabo, de manera conjunta pero independiente en sus respectivos territorios, la supervisión de la situación tributaria de contribuyentes que sean de interés mutuo o vinculado. El objetivo es facilitar el intercambio de cualquier información relevante que puedan obtener en el proceso.

⁷ Se trata de un mecanismo mediante el cual la información puede ser intercambiada en respuesta a solicitudes específicas, de manera automática o de forma espontánea. Los participantes tienen la capacidad de compartir información pertinente, incluso en ausencia de una solicitud formal, con el propósito de abordar prácticas de evasión y elusión fiscal.

⁸ El intercambio de información sectorial constituye una modalidad de colaboración en igualdad de condiciones entre empresas rivales, mediante la transferencia de información relacionada con los diversos aspectos de su actividad económica.

ración, la información requerida debe tener identificado al obligado tributario, es decir no es posible para los casos que la administración tributaria quiera realizar investigaciones genéricas. Además, el Estado solicitante debe haber agotado previamente los procedimientos necesarios y correspondientes en su territorio antes de solicitar la información relevante al otro. El objetivo es ir incrementando los alcances de su aplicación y generar mecanismos para una mayor transparencia (OECD, 2005).

En el 2012, el artículo 26 de Convenio Modelo fue objeto de una nueva adecuación con la finalidad de ampliar los alcances de la utilización de la información obtenida a través del intercambio y la cooperación entre los países involucrados y permitir que la información recabada pueda también ser utilizada para fines no tributarios. A este respecto, se establecieron dos requisitos: (a) que el uso esté permitido por la legislación interna de ambos Estados; y (b) que la autoridad administrativa competente del Estado que está suministrando la información la autorice. Para estos efectos el Estado que está recibiendo la información debe informar al otro Estado sobre los fines a los que va a destinar la información recibida y confirmar que su legislación interna así lo permite (OECD, 2012). Asimismo, la Autoridad Administrativa competente del otro Estado ha de autorizar el uso, siempre que la información también pueda ser utilizada para fines similares en su país (una vez que el Estado solicitante explique y sustente la pertinencia de la información requerida el Estado que estaría por compartir la información, este último no puede oponerse a su entrega argumentando que no cree que sea pertinente) (OECD, 2012).

Cabe precisar, que como parte de las modificaciones también se aclaró la relevancia previsible de los datos de grupos de personas o contribuyentes, y las posibles confusiones que podrían surgir en estos casos. Para ello, el Estado que solicita la información debe (a) presentar una descripción detallada del grupo, así como de los hechos y circunstancias específicas que originan la solicitud; (b) citar la legislación aplicable y las razones por las que el Estado solicitante cree que los contribuyentes de ese grupo han incumplido la norma, basándose en aspectos fácticos; y (c) precisar la forma en que la información requerida puede contribuir a la determinación del

cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes del grupo detectado (OECD, 2012).

2.2. El CDI Modelo de la Organización de las Naciones Unidas

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se cuenta también con un Convenio Modelo referido a evitar la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, que comprende, en gran medida, los aspectos recogidos en el CDI Modelo de la OCDE, incluyendo las tres modalidades de transmisión de la información recogidas en este último: (a) automáticamente; (b) en respuesta a una solicitud concreta del Estado requirente; o (c) por iniciativa espontánea del país que posee la información. Además, se han realizado varias revisiones y actualizaciones para armonizarlo en la mayor medida posible con el CDI Modelo de la OCDE (ONU, 2021).

En la cuarta sesión anual del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones Tributarias de la ONU, se aprobó en el 2008 incorporar lo dispuesto sobre intercambio de información establecido por el CDI Modelo de la OCDE del 2005, con la finalidad de poder facilitar en mayor medida el intercambio eficaz de información.

Posteriormente, durante la crisis financiera internacional que aconteció en los años 2008 y 2009 se evidenció la necesidad de efectuar algunas correcciones en las reglas vigentes sobre el intercambio de información en materia tributaria. Entre los factores que desencadenaron la crisis financiera se apreció la falta de una cultura administrativa de cooperación internacional tributaria y la postura que conservaban algunos Estados relacionados al intercambio de información tributaria.

Frente a la compleja realidad económica, provocada por la crisis económica y financiera internacional, en la reunión del G-20⁹, lleva-

⁹ El G-20, es un Foro Internacional que comprende las economías más importantes del mundo, sus Miembros representan más del 80% del PIB mundial y el 75% del comercio mundial y el 60% de la población del planeta.

da a cabo en abril del 2009, los países miembros tuvieron que adoptar una serie de acuerdos, incluyendo: (a) la eliminación del secreto bancario como limitante al intercambio de información (ello con el fin de supervisar y mejorar el control frente a los desfases tributarios); y (b) otros ajustes normativos para mejorar la transparencia, la lucha contra la evasión tributaria y la corrupción, entre los que cabe destacar las facultades dadas a las autoridades tributarias nacionales para realizar consultas con el fin de desarrollar los métodos necesarios para facilitar el intercambio de información, con el objetivo de que los países desarrollados y en desarrollo pudieran llevar a cabo acciones conjuntas para prevenir y combatir los delitos transnacionales (Kamel, 2014).

De esta manera se adoptó un nuevo enfoque que considera como paraísos fiscales a las jurisdicciones que no cooperan con el intercambio de información, debido a que es precisamente a través de este tipo de intercambios como se puede fortalecer la prevención y detección de la corrupción. Además, debido a la importante función que cumplen en la gestión de la información, las agencias tributarias nacionales han pasado a ser claves en la lucha contra la evasión tributaria y el combate a la corrupción transnacional (Kamel, 2014).

En la actualidad bajo el CDI Modelo de la ONU, se puede solicitar información sobre cualquier persona, natural o jurídica, independientemente de si es residente, o no, de cualquiera de los Estados contratantes, o si realiza actividades económicas en los mismos (ONU, 2021). Además, cabe destacar que, se prohíbe que el Estado requerido pueda negarse a proporcionar la información únicamente porque la información se encuentre en una entidad financiera privada aduciendo alguna ley de secreto bancario que impida el intercambio de información (ONU, 2021).

Asimismo, con relación al uso o destino de la información recibida a través de este mecanismo, se advierte la posibilidad que el Estado receptor de la información pueda utilizarla para fines diferentes a los

Son países Miembros: Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Alemania, Japón, India, Indonesia, Italia, México, Rusia, Sudáfrica, Arabia Saudí, Corea del Sur, Turquía, los países de la Unión Europea, Reino Unido, Estados Unidos y España como invitado permanente (G20, 2021).

establecidos en su requerimiento, pero para ello se debe solicitar una autorización expresa al Estado que brinda la información. Si éste último da su conformidad, se puede emplear para otros procedimientos y así apoyar en las investigaciones dirigidas a probar posibles hechos irregulares que se encuentren vinculados, por ejemplo, al blanqueo de dinero u otros activos (el Estado requerido puede, sin embargo, negar la autorización de para dicho uso de la información transmitida, si bien solo con base en fundamentos razonables) (ONU, 2021).

Finalmente, el CDI Modelo de la ONU establece que los Estados contratantes tienen que informar durante la negociación del convenio aquellas condiciones de su legislación o práctica administrativa que puedan suponer obstáculos a un intercambio efectivo de información. Con ello se persigue que, al menos en el ámbito de la cooperación internacional entre Estados, dicho tipo de intercambios sea efectivo, amplio y contribuya a lograr los objetivos planteados (ONU, 2021).

2.3. El CDI Modelo de la Comunidad Andina

A nivel regional, han surgido también las iniciativas de contar con un mecanismo normativo que sirva de guía para fijar una estructura y contenido homogéneo y coherente para la elaboración de convenios fiscales internacionales entre los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Como antecedente sobre la materia, se aprobó en 1981 la Decisión 40 del Pacto Andino (establecido en 1969 por el Acuerdo de Cartagena) relativa a la Aprobación del Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión. Posteriormente, la Decisión 40 fue sustituida por la Decisión 576 de la CAN (establecida en 1996) que fue adoptada en 2003. En ambos instrumentos andinos se preveía como principio general el de gravar la fuente en el País Miembro en el que la renta tenga su fuente productora, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas. Además, en ambos instrumentos se preveían mecanismos de intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados (CAN, 2003).

Posteriormente, en 2004 se adoptó la Decisión 578 de la CAN¹⁰, que contiene el régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal entre los países miembros de la Comunidad Andina. En la misma se dispone que, independientemente de la nacionalidad o domicilio de la persona que genera la renta, esta última solo puede ser gravada en el País Miembro en el que se ha generado, salvo las excepciones previstas que se refieren a las utilidades o los beneficios de las empresas de transporte, así como las ganancias de capital y las rentas provenientes de algunos servicios personales. En estos últimos casos, la Decisión 578 prevé que se aplique el criterio del domicilio y no de fuente generadora (CAN, 2004).

Sin embargo, los Países Miembros de la Comunidad Andina no han podido celebrar convenios tomando como referencia los modelos de convenios andinos, porque se han visto en la necesidad de adecuarse a los CDI Modelos de la OCDE y de la ONU (al ser estos más aceptados y utilizados a nivel internacional) en los que se establece el criterio del principio de imposición tributaria según la residencia fiscal de la persona gravada y se da una mayor relevancia a las autoridades tributarias nacionales del país de residencia.

2.4. Alcance y limitaciones de los CDI Modelo

Los modelos de convenio contra la doble tributación, concebidos y promovidos principalmente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), han emergido como una piedra angular en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales. Estos modelos han procurado establecer un paradigma estandarizado para la formulación de acuerdos bilaterales entre estados, con el propósito de mitigar los riesgos de la doble imposición sobre los contribuyentes y, de manera concomitante, fomentar la inversión extranjera y la circulación internacional de capitales. Efectivamente, el alcance de los Modelos de Convenio en cuestión reside en su capacidad para estructurar los lineamientos que regulan la distribución de facultades

¹⁰ Expedida el 4 de mayo de 2004 y publicada en la Gaceta Oficial 1063 de la Comunidad Andina.

tributarias entre naciones, aportando claridad y seguridad jurídica en un contexto caracterizado por la complejidad de las relaciones económicas transnacionales (Castellanos-Polo, 2022).

No obstante, estas normativas no están exentas de limitaciones de importancia trascendental. En primer lugar, la universalidad de su aplicabilidad conduce a ciertas discrepancias y asimetrías en su interpretación y ejecución por parte de diversas jurisdicciones, lo que potencialmente puede desencadenar desigualdades en la distribución de cargas tributarias (Romero, 2017). Además, la evolución constante del entorno empresarial y económico, agravada por la digitalización y la globalización, impone un desafío ineludible a la pertinencia y adaptabilidad de estos modelos convencionales. Adicionalmente, existe la preocupación latente sobre la utilización estratégica de estos acuerdos por parte de naciones para atraer inversiones a través de ventajas fiscales selectivas, fenómeno que podría resultar en una competencia fiscal perjudicial y en menoscabo de la recaudación fiscal global.

Lo anterior nos permite llegar al convencimiento de que los Modelos de Convenio contra la doble tributación han conferido indudables beneficios al panorama de las relaciones fiscales internacionales, abogando por la resolución de conflictos y la promoción de la inversión extranjera. Sin embargo, sus limitaciones, que incluyen la adecuación a la evolución empresarial contemporánea y el riesgo de arbitraje fiscal nocivo, instan a una evaluación constante y una colaboración interjurisdiccional reforzada, con el fin de salvaguardar su eficacia en consonancia con los imperativos de una economía global en perpetuo cambio (Nicola, 2018).

3. EL PASO INTERMEDIO ENTRE LOS CDI Y LOS ABIIT: EL CONVENIO SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA ENTRE LA OCDE Y EL CONSEJO DE EUROPA

El Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria fue elaborado entre la OCDE y el Consejo de Europa en 1988 (Convenio OCDE/ConsEur). El Convenio desarrolla la cooperación

administrativa fiscal para la lucha contra la evasión tributaria, los paraísos fiscales y el blanqueo de capitales productos del narcotráfico y la corrupción.

El Convenio OCDE/Consejo de Europa fue abierto a la firma de los Estados Miembros de ambas organizaciones a partir del 25 de enero de 1988, entrando en vigor el 1 de abril de 1995. Este instrumento internacional regula la prestación de la asistencia administrativa entre los países participantes, tiene como objetivo promover la cooperación internacional y que los Estados puedan aplicar correctamente su legislación fiscal y combatir la evasión tributaria transnacional. Forma de esta manera parte de la misma vertiente de cooperación internacional en materia tributaria, al igual que los CDI Modelos de la OCDE y la ONU abordados en las secciones anteriores.

Cabe resaltar que, en el año 2010, durante la cita del Consejo de ministros de la OCDE, se firmó el Protocolo 2010, por el cual se modificó el Convenio OCDE/ConsEur y se adaptó a las nuevas definiciones de transparencia e intercambio de información establecidas en el marco de la OCDE. Asimismo, se eliminó el secreto bancario y la existencia de interés nacional para solicitar la información, que muchas veces se alegaba y se convertía en un obstáculo al intercambio de información entre los Estados. Además, el Protocolo 2010, abrió la posibilidad para que Estados que no son Miembros de la OCDE o del CE puedan ser parte del mismo, condicionado al consenso de los Estados parte.

El Convenio OCDE/ConsEur permite tener un ámbito de aplicación de asistencia administrativa mutua considerablemente mayor al existente en los Convenios Modelo de la OCDE y la ONU, al estipular que el alcance no se encuentra limitado por el lugar de residencia o la nacionalidad de los sujetos, por lo que la asistencia puede referir a personas que sean residentes o nacionales del Estado requirente o de terceros países. Asimismo, también se aplica a un mayor rango de impuestos, incluyendo a los impuestos directos, los indirectos, los referidos a sucesiones o donaciones, los vinculados a la seguridad social y cualquier otra categoría de tributo excepto los de naturaleza aduanera (OCDE, 2010). Además, el ámbito de la asistencia mutua no está restringido y comprende tanto al ámbito no judicial como el judicial, por lo que es posible intercambiar información que sea

previsiblemente relevante para la determinación y recaudación de impuestos, para procesos en la vía administrativa judicial, y para investigaciones penales, si bien su utilización como prueba en estos últimos requiere la autorización del Estado que brindó la información (OCDE, 2010).

La confidencialidad de la información también está protegida, según lo dispuesto en el art. 22 del Convenio OCDE/CE. Así, sin perjuicio de que la normativa interna de cada Estado pueda recoger un régimen de protección de datos personales, el intercambio de información está asegurado y los Estados intervinientes en la cooperación se encuentran obligados de asegurar el nivel de protección de datos personales previstos en el artículo 22, a fin de no vulnerar los derechos de las personas objeto del intercambio de información.

Finalmente, el artículo 27.1 del Convenio establece que en caso existir conflicto entre sus normas u otras que regulan la asistencia mutua de intercambio de información, se aplicará el instrumento que resulte más eficaz y amplio. De esta manera, las posibilidades de asistencia previstas en el Convenio no se limitan a las contenidas en el mismo, sino que se extienden a las que puedan existir entre las Partes involucradas en otros instrumentos internacionales en materia tributaria. Además, tampoco se ven limitadas por lo previsto en estos últimos.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que el Convenio OCDE/CE muestra la relevancia del intercambio de información y de la cooperación internacional en materia tributaria para poder combatir los delitos fiscales, evitar la doble tributación, lograr mayor transparencia y combatir eficazmente contra la corrupción internacional.

4. LOS ACUERDOS BILATERALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA: ESPECIAL ATENCIÓN AL ABITT MODELO DE LA OCDE

Como se ha referido previamente, los Estados han acudido al intercambio de información según lo previsto en la cláusula de inter-

cambio de información en los CDI. Sin embargo, dada la complejidad que conlleva la internacionalización de las economías, se han ido suscitando unas series de problemas que han mostrado la necesidad de fortalecer el intercambio de información con otros instrumentos internacionales específicos para ampliar la transparencia y el alcance de éste. Por esta razón, se han creado Acuerdos Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria (ABIITs) que pueden ser suscritos por los Estados, o por las propias autoridades administrativas encargadas de la materia tributaria en los países involucrados, y en los que se asume la obligación de intercambiar recíprocamente datos e información de índole tributaria, o de transmitir información a alguna de ellas (Aguilar, 2018).

En el año 2000, la OCDE creó el Grupo de Trabajo sobre Intercambio Efectivo de Información, quienes estuvieron a cargo de desarrollar un instrumento modelo para implementar un estándar efectivo de intercambio de información y una protección adecuada de la confidencialidad. Las dificultades en este sentido fueron expuestas en el Informe OCDE 2000, donde se recomendó extender el ámbito del intercambio de información y mejorarlo. La iniciativa comprendía primero, suprimir los obstáculos de índole o naturaleza jurídica que generaban los problemas para el intercambio de información, y en particular el secreto bancario (Calderón Carrero, 2004), reduciendo así la burocracia innecesaria. Además, en segundo lugar, proponía eliminar las principales dificultades prácticas que limitaban la eficacia del intercambio de información.

Luego de las negociaciones respectivas, como resultado de dicho trabajo, el 18 de abril de 2002, se publicó el Acuerdo Modelo sobre Intercambio de Información en materia Tributaria, tanto de alcance bilateral como multilateral.

Existen algunos acuerdos específicos de intercambio de información, que se suscriben bajo la modalidad de tratado internacional entre dos países, siendo el objeto del acuerdo el intercambio de información de naturaleza tributaria. Esto tienen generalmente un alcance amplio e incluyen los impuestos directos e indirectos. Estos tratados bilaterales siguen en la mayoría de las veces el Acuerdo Modelo de la OCDE, que establece un alcance amplio y prevé que el intercambio de información sea tanto para los impuestos directos

como los indirectos y también considerar a los que de naturaleza similar que se puedan establecer luego de su suscripción.

El artículo 1 del referido Acuerdo Modelo, señala que la información objeto de intercambio se entiende como la que “previsiblemente resulte de interés para la administración y la aplicación de su derecho interno [...]”. Asimismo, dicha información comprende aquella que resulte necesaria o de interés “para la determinación, liquidación y recaudación de dichos impuestos, el cobro y ejecución de reclamaciones, o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria”.

La expresión “lo que resulte de interés” ha de interpretarse, por tanto, de manera extensiva, incluyendo tanta información tributaria como sea posible. Además, los Estados contratantes pueden incluso gestionar solicitudes de información aun cuando no sea necesaria para los propios fines fiscales del Estado requirente. Este aspecto resalta como una diferencia frente a los CDI, donde generalmente la obligación del intercambio de información está relacionada con los tributos comprendidos en el CDI, como es el caso de los impuestos directos (Romero, 2017).

Finalmente, ni el ABIIT Modelo de la OCDE ni otros ABIIT recogen modalidades más complejas de cooperación y asistencia mutua entre autoridades administrativas tributarias nacionales como, por ejemplo, las fiscalizaciones simultáneas y las auditorías conjuntas. Las primeras, cobran relevancia en los procesos de análisis de operaciones con paraísos fiscales, donde las autoridades administrativas tributarias acuerdan realizar cada una en su propio territorio fiscalizaciones a determinados contribuyentes que puedan representar un grupo de interés común, para así poder obtener información útil para detectar e identificar los supuestos hallazgos o delitos (Fernández, 2009). Las segundas constituyen una modalidad de cooperación internacional de intercambio de información más difícil de ejecutar, dado que se requiere que un equipo de fiscalización que representa a la autoridad administrativa tributaria de un país se traslade a otro país para recabar información. Como esto puede ser percibido como una interferencia en este tercer país, se requiere de un alto grado de cooperación entre los Estados involucrados. Estas dificultades no han permitido incorporarlas a los ABIIT (Santos, 2019).

5. LA PARTICULAR ESTRATEGIA DE LOS ESTADOS UNIDOS: ACUERDOS BILATERALES Y *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*

El país que más ha empleado los instrumentos específicos de intercambio de información para solucionar problemas de competencia fiscal nociva y combatir otros delitos tributarios es Estados Unidos (EE.UU.). Esto se produjo a raíz de que, entre el 2006 y 2009, el Congreso de EE.UU. iniciase una serie de investigaciones e indagaciones donde públicamente reconoció que el problema de la evasión fiscal por los contribuyentes estadounidenses era muy superior a lo imaginado¹¹, estimándose que, por medio de estructuras *offshore* establecidas por la banca privada internacional, cientos de miles de millones de dólares era evadidos cada año¹². Sheppard (2009) seña-

¹¹ El debate que se inicia en el Congreso entre el 2006 y 2009 se argumenta que es parte de una tempestad perfecta dentro de ámbito de incertidumbre en los mercados financieros, un casi colapso de la economía americana, culminando con presión política para combatir el abuso del sistema financiero offshore por contribuyentes estadounidenses y de otras nacionalidades con el dominador común que estas personas eran o tienden ser individuos con altos niveles de patrimonios.

¹² Vid.: Report on Tax Haven abuse: the Enablers, the Tools, and Secrecy, Senate Permanent Subcommittee on Investigations, v. I-IV, 2d Sess. (Aug. 1, 2006). Según este informe: “The complex cases that the Subcommittee reviewed are eye-opening in revealing the extent to which an entire industry of onshore and offshore professionals, including attorneys, accountants, bankers, brokers, and corporate and trust service providers, are helping U.S. individuals undermine our tax, securities, and anti-money laundering laws. While complicated, these strategies still raise the same issues. All work on the same theme, obscuring the economic reality behind transactions and hiding U.S. ownership of offshore assets”. Vid. también el Report on Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance, Senate Permanent Subcommittee on Investigations (July 17 and 25, 2008), según el cual: “Today, we will look at two banks that relied on secrecy and deception to hide not just the tax avoidance schemes of their clients, but the actions that they themselves took to facilitate U.S. tax evasion. [W]e initiated this investigation into tax haven banks in February 2008, as a global tax scandal erupted after a former employee of LGT provided tax authorities around the world with data on about 1,400 people with accounts at LGT Bank in Liechtenstein. On February 14, 2008, Germán tax authorities, having obtained the names of

la, el IRS nunca había desarrollado hasta entonces grandes esfuerzos para obligar a que los contribuyentes de mayores recursos (más de 30 millones de dólares) cumplieran con las regulaciones de transparencia bancaria y fiscal relativas a reportar información y estados de sus cuentas en sociedades extranjeras (ya fueran en acciones al portador o nominativas), fidecomisos, fundaciones privadas y cuentas poseídas indirectamente fuera de EE.UU.¹³. Por el contrario, el IRS había centrado hasta aquel entonces su actuación en hacer que la banca, y los intermediarios internacionales con los cuales tenía acuerdos para el cumplimiento de sus obligaciones de recaudo y traspaso de información, cumplieran dichos acuerdos¹⁴.

600 to 700 Germán taxpayers with LGT accounts, executed multiple search warrants and arrested a prominent businessman for allegedly using LGT accounts to evade \$1.5 million in taxes. Soon after, our IRS announced that it had initiated enforcement action against about 100 U.S. taxpayers in connection with accounts in Liechtenstein. The United Kingdom, Italy, France, Spain, and Australia made similar announcements on the same day. Altogether since February, nearly a dozen countries have announced plans to investigate taxpayers with Liechtenstein accounts, demonstrating not only the worldwide scope of the tax scandal, but also a new-found international determination to fight against tax evasion facilitated by tax haven banks". Posteriormente, el Senado en 2008 convocó encuestas sobre las prácticas bancarias en las Islas Caimanes y prácticas de evasión fiscal y fue aquí donde el Senador Charles Grassley reiteró la importancia de un programa nuevo dentro del IRS para combatir la evasión fiscal y necesidad de recursos y armamentos para el IRS en esta batalla). Vid. también, *Offshore Tax Evasion Costs U.S.\$100 Billion, Senate Probe of UBS, LGT Indicates*, Wall St. J. (July 17, 2008). Durante este periodo el banco suizo UBS AG fue investigado por el IRS, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y el FBI por haber asesorado a ciudadanos norteamericanos con temas de planificación fiscal que conllevaba la evasión e incumplimiento con normas fiscales americanas. El caso fue finalmente cerrado por acuerdo entre las partes, después de que los suizos negociasen con el gobierno americano que los nombres de los asesores acusados tuviesen que ser solicitados por medio del tratado vigente entre los dos países para determinar si las alegaciones se entendían bajo derecho suizo como evasión o fraude fiscal. Vid.: *United States v. AG*, 1:09 cv-20423 (S.D. Fla. 2/19/09).

¹³ Lee Sheppard, *Getting Serious About Offshore Evasion?* 125 Tax Notes 493 (Nov. 2, 2009).

¹⁴ *Ibid.*

Frente a esta situación, la estrategia desarrollada por EE.UU. en los últimos quince años para requerir la información en materia tributaria del extranjero ha sido doble. Por un lado, concluir ABIIT (también conocidos como *Tax Information Exchange Agreement*), o en su caso incluir cláusulas de intercambio de información en los CDI. Por otro lado, promulgar leyes específicas para requerir información directamente de IFs extranjeras privadas a través de procesos de intercambio automático de información (Kemme et. al., 2017).

El gobierno norteamericano ha impulsado la política de suscribir la mayor cantidad de ABIIT con el objetivo de prevenir y reducir los delitos de naturaleza tributaria. Asimismo, donde ha sido posible, ha tratado también de suscribir acuerdos bilaterales que incluyen modalidades más complejas de cooperación y asistencia mutua entre autoridades administrativas tributarias nacionales, como es el caso de las fiscalizaciones simultáneas y las auditorías conjuntas (Gadzo & Klemencic, 2017).

Los ABIIT tienen la ventaja de que se generan con mayor facilidad que los CDI, porque generalmente en estos últimos las partes no quieren reducir las tasas de retención sobre sus posibles ingresos por temor a la reducción de la recaudación que puedan generar, complicándose así la negociación y suscripción de los mismos (Leonetti, 2012). Además, los ABIIT presentan la ventaja de tener un alcance más amplio porque incluyen tanto a los impuestos directos como a los indirectos, e incluso a aquellos de naturaleza idéntica que puedan ser establecidos con posterioridad a la aprobación del instrumento (Dirkis & Bondfield, 2013).

Asimismo, como parte de los beneficios contemplados en los ABIIT, se han realizado reformas en la legislación tributaria interna norteamericana que permite a los países con los que se han concluido que sus nacionales puedan establecer en EE.UU. empresas o corporaciones de venta extranjera recibiendo ciertas ventajas fiscales en territorio norteamericano. Un ejemplo de ello es la *Act Caribbean Basin Recovery* o Ley sobre Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe, aprobada por el Congreso de EEUU. con el objetivo de obtener la cooperación de ciertos países considerados como paraísos fiscales, la cual permite brindar ciertos beneficios arancelarios y comerciales para las empresas de los países caribeños elegibles que colaboren en

la cooperación internacional de intercambio de información, cumpliendo ciertos requisitos establecidos en la Ley (CBERA, 1983).

Particular importancia ha tenido en la estrategia de acción de los EE.UU. la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), en vigor desde el 18 de marzo de 2010, si bien solo aplicable de manera efectiva a partir del 1 de enero de 2013¹⁵. La FATCA busca recoger información mediante un sistema extraterritorial de cooperación con entidades extranjeras sobre sus clientes-contribuyentes norteamericanos, que pueden tener inversiones fuera de los EE.UU. y no estar cumpliendo con sus obligaciones fiscales según la legislación norteamericana¹⁶.

La FATCA se basa en la premisa de que si, a la Hacienda Pública de los EE.UU. (*Internal Revenue Service*, IRS) se le suministran las herramientas adecuadas para identificar a los dueños y beneficiarios estadounidenses de cuentas financieras (bancarias y otras) en el extranjero, junto con sus estructuras de fidecomisos y sociedades, el IRS podría gravar los ingresos depositados en dichas cuentas. Esto es solo posible si las instituciones financieras extranjeras (*Foreign Finan-*

¹⁵ Como parte de un proyecto de ley sobre temas de salud conocido como el Hiring Incentives to Restore Employment Act P.L. 111-147 (Mar. 18, 2010). Dentro del Código Fiscal Estadounidense de 1986 (en inglés, The Internal Revenue Code of 1986 (en adelante "IRC")). FATCA se encuentra dentro del Capítulo 3, en las secciones 1471 al 1474 del IRC.

¹⁶ En todo caso, la intención de la FATCA no es de investigar y castigar a las IFs extranjeras y las NFFE que no entrañan un riesgo significativo de ser utilizadas para la evasión fiscal frente a EE.UU. Por esta razón, un buen número de IFs extranjeras que son exentas de los requerimientos de FATCA, como los gobiernos extranjeros y sus agencias o directivas u organizaciones controladas por los mismos, las organizaciones internacionales, los bancos centrales, los gobiernos de territorios estadounidenses y ciertos fondos de pensión o retiro (U.S. Treas. Reg. §§1.1471-6, -6(g)). Además, el Tesoro y el IRS, con la autorización del Congreso, han establecido criterios para determinar cuando opera una presunción de cumplimiento con la FATCA, lo que exige de adoptar un Acuerdo FFI, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos de *due diligence* y ciertos procedimientos de retención en la fuente. De ahí que las sociedades o empresas que cotizan en bolsa y sus filiales, así como las sociedades que operen negocios activos, están exentas de FATCA y no tienen que registrarse con FATCA (IRC §§1472(c), U.S. Treas. Reg. §§1.1471-(c)).

cial Institutions (FFI)) llegan a un acuerdo con el IRS para informarle de toda cuenta que exista de tenedores o beneficiarios (dueños) estadounidenses¹⁷. Además, con el fin el IRS reciba toda la información que requiere para poder llevar a cabo sus actuaciones, la definición de las FFI en la FATCA es amplia e incluye no solo a bancos e instituciones de custodia de cuentas, sino también a corredores de valores, fondos mutuos, firmas de capital privado y toda empresa que administre o dirige el flujo de fondos o activos financieros para terceros, ciertas aseguradores y centros de control de tesorería y casas matrices de grupos empresariales (*headquarters companies, holding companies y treasury centers*)¹⁸. Además, en términos generales, las entidades no financieras (NFFEs) están también obligadas por la FATCA a suministrar al IRS información respecto de la identidad y la nacionalidad de sus accionistas, incluyendo información de todo accionista estadounidense que posea un interés económico o patrimonial de más del 10% en las mismas (Humphreys, 2012).

¹⁷ IRC §1471(b)(1).

¹⁸ IRC §1471(d)(5). U.S. Treas. Reg. §1.1471-5(e). Ver IRS Notice 2016-60. La red de FATCA también conlleva provisiones que impactan los fidecomisos extranjeros (Pub. L. No. 111-147, §§531-535). Primero, le impone la posibilidad de tributación inmediata sobre ingreso acumulados en estos fidecomisos a los beneficiarios contingentes en el futuro, antes de FATCA esto no era el caso (IRC §679(c)). Otro cambio impactante en esta área es que, en el contexto de distribuciones discrecionales, si existe la posibilidad de que una persona tenga el poder de distribución de capital, el fidecomiso se presume que tiene un beneficiario estadounidense a no sea que el fidecomiso identifique específicamente categorías de personas permitidas a tomar dichas decisiones y que estas no sean personas estadounidenses (IRC §679(c)(4)). Un obstáculo más es el establecimiento de la presunción que el fidecomiso extranjero tiene beneficiarios estadounidenses si una persona de EE.UU. contribuye directa o indirectamente capital al fidecomiso (IRC §679(d)). Otros detalles curiosos en este campo son (i) que la utilización de propiedad del fidecomiso por un fundador estadounidense se entiende como una distribución valorizada al valor de mercado a dicho fundador y (ii) requiere que una persona estadounidense que sea tratada como dueño de alguna porción de un fidecomiso extranjero le suministra información al IRS respecto al fidecomiso (IRC §§643(i)(1), 6048(b)(1)).

Para satisfacer los requerimientos de la FATCA, las FFI deben firmar con el IRS un Acuerdo (*FFI Agreement*)¹⁹. A través de los mismos, quienes los suscriben (*Participating FFI (PFFI)*) se obligan a cumplir con lo siguiente:

1. Ejecutar un proceso de *due diligence* respecto todos sus clientes tenedores de cuentas²⁰.
2. Informar anualmente al IRS sobre ciertos detalles de dichas cuentas de los tenedores estadounidenses.
3. Cumplir con los requerimientos del IRS en lo que solicite información adicional.
4. Buscar excepciones a la aplicación de la normativa no estadounidense que imponga restricciones sobre el suministro al IRS de los detalles de las cuentas de los tenedores de los EE.UU. (si no es posible excepcionar dicha normativa, las PFFIs han de tomar medidas dirigidas al cierre eventual de dichas cuentas).
5. Establecer los procesos internos necesarios y registrarse con el IRS²¹ para la imposición de una retención en la fuente del

¹⁹ IRC § 1471(b)(1).

²⁰ Los requerimientos y procedimientos prescritos de *due diligence* y verificación se basan en una metodología de examen de riesgos con respecto a cuentas existentes, que contemplan examinación por métodos electrónicos para indagar e identificar por patrones de información indicia de estatus estadounidense o no. Para cuentas que contienen montos que se excedan más de \$1 millón de dólares existen procedimientos de más detalle y búsquedas extensas. Ver BNA Portfolio, 6565-1st, FATCA – *Information Reporting and Withholding Under Chapter 4*. Para cuentas nuevas los requerimientos de *due diligence* son un poco distintos, ya que los datos de informática requeridos para iniciar una cuenta y su soporte son más detallados como para de un proceso exhaustivo de KYC. Ver *IRS Notice 2011-34* (sobre reglas de identificación de cuentas y modificaciones).

²¹ En todo caso, la intención de la FATCA no es de investigar y castigar a las IFs extranjeras y las NFFE que no entrañan un riesgo significativo de ser utilizadas para la evasión fiscal frente a EE.UU. Por esta razón, un buen número de IFs Extranjeras que son exentos de los requerimientos de FATCA, como los gobiernos extranjeros y sus agencias o directivas u organizaciones controladas por los mismos, las organizaciones internacionales, los bancos centrales, los gobiernos de territorios estadounidenses y ciertos fondos de

30% por concepto de FATCA (y la transmisión de este impuesto al IRS) a todo *pass-through payment* realizado a: (i) cuentas recalitrantes porque no cumplen con los requerimientos de información que ha de presentar la FFI al IRS, o no es posible excepcionar la normativa no norteamericana de privacidad sobre las mismas; y (ii) FFI que no han concluido un Acuerdo FFI con el IRS (*Non-Participating* (NPPFI))²².

La FATCA prevé dos mecanismos para viabilizar su cumplimiento. El primero, la suscripción de un acuerdo directo entre la autoridad administrativa americana y la FFI. El segundo, un acuerdo bilateral intergubernamental (IGA) que es suscrito entre EE.UU. y un tercer Estado, para que este último incentive a las FFI a cumplir con los requerimientos y objetivos de la ley FATCA²³. Según la legislación norteamericana, los IGA tiene el efecto de *executive agreements* (acuerdos de la rama ejecutiva del gobierno federal), y por lo tanto no requiere la aprobación del Senado, como es el caso con los tratados

pensión o retiro (U.S. Treas. Reg. §§1.1471-6, -6(g)). Además, el Tesoro y el IRS, con la autorización del Congreso, han establecido criterios para determina cuando opera una presunción de cumplimiento con la FATCA, lo que exime de adoptar un Acuerdo FFI, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos de *due diligence* y ciertos procedimientos de retención en la fuente. De ahí que las sociedades o empresas que cotizan en bolsa y sus filiales, así como las sociedades que operen negocios activos, están exentos de FATCA y no tienen que registrarse con FATCA (IRC §§1472(c), U.S. Treas. Reg. §§1.1471-(c)).

²² IRC §1471(b)(1). Ver *IRS Notice* 2011-34. Administrativamente, la FATCA obliga que toda IF extranjera se registre en el portal de FATCA en página web del IRS y el FFI debe recertificar o renovar su registro cada dos años. El proceso de certificación se debe ejecutar por un oficial o ejecutivo autorizado por la gerencia del FFI. La certificación deberá ser hecha el 1 de julio del año calendario en que se vence el periodo de certificación del FFI. Si este proceso no se cumple a tiempo el FFI se considera en no cumplimiento con FATCA y su número de registro de FATCA (y su GIIN (el *Global Intermediary Identification Number*) será cancelado por el IRS. Vid.: U.S. Treas. Reg. §§1.1471-4(f)(3)(i).

²³ Ver BNA Portfolio, 6565-1st, FATCA – *Information Reporting and Withholding Under Chapter 4*.

internacionales que suscribe EE.UU. con otros países²⁴. Por su parte, los terceros Estados con los que se concluyen los IGA están facultados para atribuir a estos el estatus que consideren oportuno según su normativa nacional (incluyendo el estatus de tratado)²⁵.

Respecto de los IGA, el gobierno americano ha previsto 4 modelos:

1. El primero, denominado Modelo 1, aplicable y disponible para los países Miembros de la OCDE, por medio del cual las FFI envían la información solicitada a la autoridad tributaria de su país y ésta a su vez la trasmite al IRS²⁶.
2. El segundo, denominado Modelo 1A (también conocido como un FATCA *light*), es similar al modelo 1, a excepción de que la reciprocidad por parte del IRS está condicionada al cumplimiento de algunos requisitos de seguridad de la información que deba garantizar la autoridad administrativa tributaria del país con el que se suscribe el IGA.
3. El tercero, denominado Modelo 2, por el cual se autoriza a las FFI a enviar directamente la información al IRS, sin necesidad de pasar por las autoridades administrativas tributarias de sus respectivos países²⁷.
4. El cuarto, conocido como el Modelo 2A, es similar al Modelo 2, si bien se le aplica la misma excepción que en el caso del Modelo 1A, es decir la reciprocidad por parte del IRS se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de seguridad establecidos en la Ley y el convenio.

En el marco de las políticas y estrategias de cooperación internacional e intercambio de información, los EE.UU. han buscado

²⁴ Ver BNA Portfolio, 6565-1st, FATCA – *Information Reporting and Withholding Under Chapter 4* (citando a Nauheim & Cousin, *The Emerging FATCA Guidance*, 42 Tax Mgmt. Int'l J. 183 (Apr. 12, 2013); Cousin, *The Current State of FATCA Readiness, Remaining Issues, and the Impetus Toward Global Information Reporting*, 55 Tax Mgmt. Memo. 135 (Apr. 21, 2014).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ U.S. Treas. Reg. §§1.1471-5(f)(1).

²⁷ U.S. Treas. Reg. §§1.1471-1(b)(91).

suscribir la mayor cantidad de IGA posibles, dado que con la suscripción de estos instrumentos se resuelven los conflictos que pudieran surgir con las legislaciones de terceros países en materia de protección de datos personales cuando se efectúe el intercambio de información requerido. Como resultado, se han concluido hasta el momento un total de 113 IGA con jurisdicciones distintas, incluyendo los siguientes con países de la región de las Américas y el Caribe: Antigua y Barbuda (2017), Bahamas (2015), Barbados (2015), Bermuda (2014), Brasil (2015), Islas Vírgenes (2015), Canadá (2014), Caimanes (2014), Colombia (2015), Costa Rica (2019), Dominica (2019), Republica Dominicana (2019), Granada (2018), Honduras (2015), Jamaica (2013), México (2014), Panamá (2016), St. Kitts y Nevis (2016), St. Lucia (2016), St. Vicente y las Granadinas (2016), Trinidad y Tobago (2017) y Turks y Caicos (2016)²⁸. Hay acuerdos pendientes con Chile, Nicaragua, Paraguay y el Perú. No hay acuerdo con Argentina²⁹, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Guatemala³⁰. La gran mayoría de estos IGA son Modelo 1³¹.

La aplicación de la FATCA ha tenido un impacto muy importante en el derecho internacional tributario porque ha generado una serie de acuerdos entre privados (como son las FFI) y la administración tributaria americana, respecto de materias que antes eran comprendidas a través de acuerdos internacionales y, además, ha permitido fortalecer, en buena medida, la lucha contra la evasión tributaria transfronteriza. Si bien al inicio parecía casi imposible que las disposiciones de la FATCA fueran aceptadas por terceros países, lo cierto es que las están acatando. Así, por ejemplo, en el caso peruano, si bien la normativa prohíbe que una entidad financiera peruana pueda retener fondos (Cabrera et. al., 2021), salvo por mandato judicial, el Perú ha terminado suscribiendo en mayo del 2014 un IGA (Modelo 1) con los EE.UU., con lo cual se encuentra bajo el alcance y aplicación de la Ley FATCA.

²⁸ <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

²⁹ Ver Sarah Paz, 108 Tax Notes Int'l 203 (Oct. 10, 2022) (Tax Analysts).

³⁰ <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

³¹ *Íbid.*

Finalmente, el gobierno de EE.UU. ha adoptado otros marcos jurídicos de transparencia fiscal con normas contra el lavado de activos y el fomento del cumplimiento, con los que interactúa la FATCA. Así, en el 2011, la División de Antilavado de Activos Financieros del Tesoro (FINCEN) emitió nuevas reglas que modificaron la ley del Secreto Bancario y sus regulaciones en cuanto al deber por personas estadounidenses de reportar cuentas bancarias y financieras en los reportes FBAR (*Foreign Bank Account Report*) que se presentan anualmente al IRS³² (estos últimos se introdujeron para evitar que las FFIs tengan los mismos requerimientos que las entidades bancarias y financieras norteamericanas a la hora de reportar información financiera al IRS)³³.

Posteriormente, en 2021 EE.UU. ha aprobado la Ley de la Transparencia Corporativa, en la que se insta al Departamento del Tesoro a reglamentar la Ley para el 1 de enero de 2022. La Ley y sus disposiciones reglamentarias buscan: (a) establecer estándares a nivel federal para la práctica de procesos de constitución de sociedades; (b) proteger los intereses de seguridad nacional norteamericana; (c) proteger el comercio interestatal e internacional; y (d) ofrecer instrumentos a las agencias de inteligencia e investigación federales para combatir mejor: (i) el lavado de activos; (ii) el financiamiento de redes de terrorismo; y (iii) otras actividades ilícitas. Para ello, la Ley autoriza y requiere la divulgación al FINCEN y al Departamento del Tesoro de cierta información corporativa sobre los tenedores y beneficiarios económicos de sociedades y fidecomisos constituidos en Estados Unidos³⁴.

En conclusión, se puede afirmar que la FATCA ha introducido un sistema extraterritorial de cumplimiento tributario y cooperación en la obtención e intercambio de información financiera entre EE.UU.

³² La obligación del FBAR existe desde 1972. 31 C.F.R. §1010.350.

³³ Ver BNA Portfolio, 6565-1st, FATCA – Information Reporting and Withholding Under Chapter 4 (citando FinCEN News Release, FinCEN Issues Final Rule on Foreign Bank and Financial Accounts Report (FBAR) Responsibilities, Feb. 24, 2011).

³⁴ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (Corporate Transparency Act), Pub. L. No. 116-283, § 6401, §6402, 31 U.S.C. §5336(b) (5).

y terceros países, con la asistencia forzosa del sector privado para intentar lograr un control sobre la evasión fiscal de los nacionales norteamericanos. De este modo, constituye una plataforma para otros proyectos de ley similares que tengan el objetivo de combatir la evasión fiscal y el lavado de activos. Sin embargo, presenta algunas debilidades importantes porque, debido a sus múltiples regulaciones y excepciones, ha sido difícil y costoso de implementar³⁵.

6. CONCLUSIONES

Existe un consenso a nivel mundial de que luchar contra la corrupción y el soborno en todas sus dimensiones es vital para avanzar de manera sostenida hacia el desarrollo, el crecimiento económico, la estabilidad, y el fortalecimiento de las instituciones. De ahí, la importancia de no escatimar esfuerzos para la elaboración de estrategias y proyectos de lucha y combate contra estos fenómenos.

La cooperación internacional no judicial en materia tributaria constituye un mecanismo eficaz de prevención contra la evasión y los delitos tributarios transnacionales. Además, se recomienda que forme parte de las estrategias necesarias para luchar contra la corrupción, el soborno y otros delitos transfronterizos, como ya se está contemplando, por ejemplo, en el marco del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)³⁶.

³⁵ El IRS y la banca internacional y multinacionales estiman en más de nueve mil millones de dólares, habiendo sido su recaudo es cuestionable, dado inconsistencias con su administración, preferencias jurisdiccionales a nivel geopolítico y falta de cursos de capital humano por parte del IRS. Vid.: Ver Robert Goulder, *In Praise of Postponement: What Dutch Banks Tell us About FATCA*, 108 Tax Notes Int'l 117 (Oct. 3, 2022) (Tax Analysts).

³⁶ Organización internacional que reúne a diferentes administraciones tributarias de América, con el propósito de fomentar la cooperación y el intercambio de conocimientos en temas fiscales. Fundado en 1967, el CIAT se dedica a promover el fortalecimiento de las capacidades de recaudación de impuestos en los países miembros a través de actividades de capacitación, investigación y asistencia técnica. Asimismo, esta entidad brinda un espacio para el análisis de desafíos tributarios comunes y para el desarrollo de estrategias conjuntas que contribuyan al mejoramiento de los sistemas fiscales

Como se desprende del presente estudio, los IBICNJMT en general, y los CDI y los ABIIT en particular, pueden contribuir a las estrategias de los gobiernos para combatir la corrupción transnacional fortaleciendo el intercambio de información con base en los principios de transparencia y reciprocidad, y evitando el ocultamiento y la desviación de información por parte de funcionarios públicos corruptos. De esta manera, con base en la información que intercambian los países que cuentan con instrumentos internacionales a estos efectos se pueden fortalecer las investigaciones que se llevan a cabo en la lucha contra la corrupción transnacional. El principio de transparencia es, por tanto, esencial para articular la estrategia y coordinación necesarias en este combate, al contribuir a efectuar un intercambio de información más eficiente. Para ello, en la legislación interna se tienen que aprobar los reglamentos necesarios para evitar los vacíos legales y derogar las trabas burocráticas que ocasionen que la información no llegue a las instancias necesarias.

Gracias a los CDI y los ABIIT, los límites y trabas burocráticas se han ido reduciendo porque se ha ampliado el alcance de la información a solicitar, se han adoptado plazos para su entrega, se han ampliado las condiciones para asegurar la mayor información posible y se ha eliminado el secreto bancario y el requisito de interés nacional en muchos de los acuerdos adoptados. Así mismo, su aplicación se ha hecho cada vez más rápida y efectiva porque son las propias autoridades administrativas tributarias nacionales las que asumen el rol de liderar la gestión e intercambio de la información, lo que les permite a su vez contribuir a la lucha contra los delitos de evasión fiscal y corrupción, desde sus respectivas competencias. Además, al haber una cierta uniformidad en los CDI y los ABIIT como consecuencia de la existencia de Acuerdos Modelo, se puede avanzar con mayor rapidez para la conformidad y consentimiento entre las Partes, generando a su vez mayores espacios para la transparencia y el acceso a la información necesaria para combatir la corrupción transnacional.

en la región, por lo cual, el CIAT constituye, en esencia, una plataforma de colaboración que busca optimizar las prácticas tributarias en beneficio de los países de América.

En general, los ABIIT tienden a resultar más eficaces que los CDI tradicionales por las siguientes razones: (a) son más específicos en la forma de coordinar y transmitir la información, lo que les hace ser, por tanto, más precisos y eficientes; (b) incluyen los impuestos directos como indirectos, además de los impuestos de naturaleza similar que puedan establecerse luego de la suscripción del acuerdo; (c) son más operativos por la participación de las autoridades administrativas tributarias nacionales, que, por su propia naturaleza, son más ejecutivas en sus procedimientos y por tanto pueden atender los asuntos con mayor prontitud; (d) permiten solicitar información sobre grupos de contribuyentes, y no solo sobre contribuyentes específicos; (e) rechazan el secreto bancario y el interés nacional como causales de denegación de la cooperación; y (f) establecen el carácter automático de la obligación de cooperar siempre y cuando se especifiquen las razones que dan lugar a la solicitud de cooperación. Sin embargo, como se puede observar con el desarrollo del CDI Modelo de la OCDE (destacando en particular la evolución de su artículo 26), lo cierto es que muchas de las especialidades de los ABIIT se han ido incorporando con el paso del tiempo también a los CDI.

A pesar de que los CDI y los ABIIT no recogen modalidades más complejas de cooperación y asistencia mutua entre autoridades administrativas tributarias nacionales, como, por ejemplo, las fiscalizaciones simultáneas y las auditorías conjuntas, debido a que requieren un alto grado de cooperación y son objeto de complejas negociaciones para su implementación, no es menos cierto que su importancia se refleja en el hecho de que EE.UU. haya sido el país que más ha empleado este tipo de instrumentos específicos de cooperación para evitar la doble imposición y fortalecer el intercambio de información tributaria para solucionar problemas de competencia fiscal nociva y combatir otros delitos tributarios.

EE.UU. ha recurrido también a la inclusión de cláusulas de intercambio en los CDI, y a la promulgación de leyes específicas para requerir información directamente de IFs extranjeras privadas a través de procesos de intercambio automático de información (Pecho, 2014). Entre estas últimas ocupas, sin duda, un lugar principal la FATCA, que, con el objetivo de tratar de controlar la evasión fiscal de los nacionales norteamericanos, ha establecido un sistema extra-

territorial de cumplimiento tributario y cooperación para obtener e intercambiar información financiera entre EE.UU. y terceros países, con la asistencia forzosa del sector privado. De esta manera, una década después del inicio de su aplicación, y a pesar de los problemas que presenta por su compleja regulación, múltiples excepciones y el alto costo de su implementación, puede ser un ejemplo para futuras normativas nacionales que busquen combatir la evasión fiscal y el lavado de activos.

La regulación del FATCA tal como ha sido desarrollada por los EEUU no parece, sin embargo, un modelo extrapolable para América Latina. Las dificultades de la región desde el punto de vista del cumplimiento (*enforcement*) normativo, operativo y tecnológico hace muy difícil la utilización este instrumento. Así mismo, la discusión pendiente en muchos países sobre los alcances del secreto bancario y la posibilidad de compartir de forma automatizada la información disponible, es otra dificultad difícil de vencer. A esto hay que añadir que en la actualidad es ya todo un reto para los países latinoamericanos cumplir con cierta eficacia con los distintos CDI y ABIIT de los que son parte, y garantizar que sus autoridades administrativas tributarias puedan llevar a cabo una efectiva asistencia mutua en materia tributaria con base en los mismos.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el análisis efectuado de los IBICNJMT en general, y de los CDI y ABIIT en particular, se puede afirmar que los CDI y ABIIT impulsados por la OCDE son los mecanismos de cooperación más idóneos en este contexto regional y de acuerdo a las capacidades existentes. Así mismo, recordemos que la ONU ha procurado influir en sus esfuerzos en la materia con este tipo de instrumentos. Se trata, en definitiva, de modelos de uso cada vez más extendido, que no suponen esfuerzos normativos ni operativos (o tecnológicos) adicionales, y que han resultado eficaces para compartir información en tiempo oportuno tanto con finalidades tributarias, como muy especialmente en el caso de la posible existencia de delitos económicos, lavado de dinero y de corrupción. Además, estos convenios no violentan ni se contraponen con la normativa vigente en la mayoría de los países de la región, ni generan resistencias adicionales.

Igualmente, en el marco de la OCDE se han desarrollado cada vez más acciones tendientes a mejorar y extender los niveles de cooperación entre los diferentes países (sean miembros o no de dicha organización). Aunque su actuación se encuentra primariamente orientada hacia la cooperación económica y tributaria, la OCDE ha avanzado también significativamente en materia de lucha contra las corrupción e identificación de bienes y activos provenientes de ilícitos. En consecuencia, y más allá de los avances que logre EEUU con el FAT-CA y el eventual aprovechamiento que los países que firmen estos convenios puedan obtener bilateralmente, los CDI y los ABIIT impulsados por la OCDE resultan los modelos de convenios más aptos para seguir mejorando la cooperación entre países en esta materia.

Finalmente, en cuanto a oportunidades de mejora, parece que lo más adecuado sería apostar por un fortalecimiento de la eficacia y alcance de los ABIIT, porque, en sintonía con la comprensión global de que el combate contra la corrupción es esencial para el desarrollo sostenible y la estabilidad institucional, los ABIIT pueden desempeñar un papel clave en esta empresa. Esto requeriría implementar una serie de reformas y adiciones que maximizaran su contribución a la lucha contra la corrupción y los delitos fiscales a nivel transnacional.

En particular, es esencial seguir fortaleciendo la especificidad y claridad en la redacción de los ABIIT, introduciendo procedimientos que sean lo más concretos y detallados posibles para la coordinación y transmisión de información. Esta reforma contribuiría a reducir ambigüedades y a agilizar los procesos de cooperación entre las autoridades tributarias involucradas. Asimismo, la expansión de la cobertura tributaria en estos acuerdos permitiría abordar de manera más comprehensiva las distintas modalidades de evasión fiscal y corrupción, y proporcionaría un marco más completo para la prevención y sanción de las prácticas ilícitas.

Además, la incorporación de mecanismos automáticos de intercambio de información fortalecería significativamente la efectividad de los ABIIT. Así, la adopción de tecnologías avanzadas y la inversión en plataformas digitales seguras permitirían agilizar los procesos de intercambio de información, minimizando la carga administrativa y garantizando la confidencialidad de los datos compartidos. Igualmente, sería oportuno promover una mayor armonización normativa

entre los países miembros, con el objetivo de estandarizar los procedimientos y reducir las trabas burocráticas que puedan obstaculizar el flujo eficiente de información. Al potenciar la uniformidad y la adaptación tecnológica, se propiciaría un ambiente propicio para el intercambio transparente y efectivo de datos.

Hoy por hoy es un reto que los países puedan ir aplicando los distintos instrumentos internacionales de intercambio de información en materia tributaria y que las autoridades administrativas tributarias de los Estados efectúen una efectiva asistencia mutua en base a la cooperación internacional. Con una mayor transparencia y acceso a la información se va construyendo el camino en la búsqueda de la reducción de los actos de corrupción que tantos perjuicios y daños generan a nivel global.

En este orden de ideas, la promoción de capacidades técnicas y operativas de las autoridades administrativas tributarias resultaría también esencial para maximizar la eficacia de los ABIIT. Brindar capacitación constante y herramientas adecuadas a los funcionarios encargados de liderar los procesos de intercambio de información permitiría una ejecución más ágil y precisa de las operaciones de cooperación. Estas reformas y adiciones, enfocadas en la especificidad, la automatización, la armonización y la capacitación, podrían impulsar la capacidad de los ABIIT para abordar de manera efectiva los desafíos que presentan la corrupción y los delitos fiscales transnacionales, contribuyendo así a un entorno más equitativo y transparente en la arena fiscal internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Aguilar, M. (2018). "El intercambio Automático de Información Tributaria: un análisis jurídico de los instrumentos para efectuarlo". *Revista Del ICDT*. Vol. (78). Pp. 307-351.
- Bautista, O. (2009). "Ética para corruptos". España. Vol. (25). Pp. 60-63.
- Borja, A. (2005). "La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea", España. Pp. 118.

- Brian, J. (1998). "La corrupción como problema persistente del desarrollo". *Revista Perspectiva Económica*. Núm. 5.
- Cabrera, M., Sánchez, M., Cachay, L., & Rosas, C. (2021). "Cultura tributaria y su relación con la evasión fiscal en Perú". *Revista de Ciencias Sociales (13159518)*. Vol. (27). Pp. 204-218.
- Calderón, J. (2004). "El artículo 26 MC OCDE 2000: la cláusula de intercambio de información. Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España". Coruña. Pp. 1251.
- Cárdenas, H. (2022). "El Fortalecimiento De La Normativa De La Autoridad Nacional De Transparencia Como Estrategia De Lucha Contra La Corrupción en La Administración Pública". *Lumen: Revista de La Facultad de Derecho*. Vol.18(1). Pp. 155-171.
- Castellanos, O., & Pérez, É. (2022). "El impacto de los tratados de doble imposición tributaria sobre la inversión extranjera en Colombia". *Saber, Ciencia y Libertas*. Vol. 17(2). Pp. 352-368.
- Delgado, A. (1999). "La asistencia mutua entre Administraciones Tributarias". *Impuestos*, Vol. I, Num. 6. Pp. 162.
- Dirkis, M., & Bondfield, B. (2013). "The Developing International Framework and Practice for the Exchange of Tax Related Information: Evolution or Change?". *EJournal of Tax Research*. Vol. 11(2). Pp.115-137.
- Eugenia, M., & Duvan, J. (2022). "Ingreso de Colombia a la OCDE: Una Mirada desde las Relaciones Internacionales para Latinoamérica". *Revista Punto de Vista*. Vol. 13(20). Pp. 145-157.
- Fernández, J. (2009). "Fraude fiscal y lavado de capitales". *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales*. Vol. (7). Pp. 1-19.
- Gadzo, S., & Klemencic, I. (2017). "Effective International Information Exchange as a Key Element of Modern Tax Systems: Promises and Pitfalls of the OECD's Common Reporting Standard". *Public Sector Economics*. Vol. 41(2). Pp. 207-226.
- González, C. Londoño, J., Paradelo, M., & Builes, C. (2022). "Estrategias de la OCDE para sumar influencia en la gobernanza económica internacional". *Revista Científica General José María Córdova*. Vol. 20(40). Pp 833-851.
- Humphreys, T., & Goldberger, J. (2012). "No Waiting - FFIs Should Act Now to Prepare for FATCA". *International Tax Review*. Vol 23(7). Pp. 17-19.
- Kamel, M. (2014). "International Monetary and Financial Negotiations in Times of Crises: The G20 Pittsburgh Summit 2009". *International Negotiation*. Vol. 19(1). Pp. 154-188.

- Kemme, D., Parikh, B., & Steigner, T. (2017). "Tax Havens, Tax Evasion and Tax Information Exchange Agreements in the OECD". *European Financial Management*. Vol.23(3). Pp. 519-542.
- Leonetti, J. (2012). "El Rol De Los Contribuyentes, Responsables Y Terceros en El Intercambio De Información Entre Administraciones Tributarias". *Dikaion*. Vol. 21(2). Pp. 511-529.
- Martos, P. & Verdún, E. (2007). "El intercambio de información fiscal en el ámbito internacional". *Cuadernos de Formación* (Instituto de Estudios Fiscales). Vol. 3. Pp. 136.
- Mira, L., & Gutiérrez, J. (2018). "Impacto jurídico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en Colombia". *Jurídicas CUC*. Vol. 14(1). Pp. 75-104.
- Nicola, J. (2018). "El Intercambio De Información en Los Convenios Para Evitar La Doble Imposición: Una Mirada Actual". *Revista de Derecho* (15105172). Vol. 17(33). Pp. 93-110.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). (2022). *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI). Vol. (15). Pp. 451-452.
- Pecho, M. (2014). "El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional". *Derecho PUCP*. Vol. (73). Pp. 31-44.
- Requeijo, J. (2003). "La internacionalización de la economía española". ICE, *Revista De Economía*. Vol. 1(811).
- Romero, J. (2017). "Métodos para evitar la doble imposición en Colombia". *Revista Del ICDT*. Vol. 54(76). Pp. 373-395.
- Sánchez, M. (2021). "¿Afecta la corrupción y su investigación policial a los objetivos del desarrollo sostenible?" *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*. Vol. 8(2). Pp. 91-104.
- Santos, M. J. (2019). "Reflexiones Generales Sobre La Adopción Del Estándar Internacional Relativo Al Informe País Por País Introducido Por El Plan Beps". *Revista de Derecho* (15105172). Vol. 18(35). Pp. 121-190.
- Spencer, D. (2002). "OECD Model Agreement is a Major Advance in Information Exchange (Part II)", *Journal of International Taxation*. Vol. 13(11). Pp. 15.
- Tassara, C. (2016). "Cooperación internacional para el desarrollo: gobierno, economía y sociedad. Evolución de las políticas y escenarios futuros". Siglo del Hombre Editores.

Velasco, J., & Fernández, P. (2019). “El Instrumento Multilateral y los CDI suscritos por Colombia: efectos y retos en materia de abuso de tratados”. *Revista Del ICDT*. Vol. 56(80). Pp. 19-41.

Informes, resoluciones y otros documentos

CBERA. (1983). “Caribbean Basin Economic Recovery Act”. http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CBI/CBIexp1990_e.pdf

CIAT. (2019). <https://www.ciat.org/importancia-de-la-cooperacion-internacional-entre-administraciones-tributarias/>

Comunidad Andina de Naciones. (2003). Decisión 576 de 2003.

Comunidad Andina de Naciones. (2004). Decisión 578 de 2004.

G-20 (2021). <https://www.g20.org/about-the-g20.html>

Gestión. (08 de junio de 2019). “Intercambio automático de información fiscal en la OCDE y el G20 ha permitido recaudar US \$ 108,000 millones”. <https://gestion.pe/economia/intercambio-automatico-informacion-fiscal-ocde-g20-permitido-recaudar-us-108-000-millones-269511-noticia/?ref=gesr>

Joint Statement from the United States, France, Germány, Italy, Spain and the United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA. (February 7, 2012).

Nauheim & Cousin. (2013). “The Emerging FATCA Guidance, 42 Tax Mgmt. Int’l J. 183”.

OECD & OCDE. (2005). “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2005”. *Éditions OCDE / OECD Publishing*.

OECD, & OCDE. (2012). “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2012”. *Éditions OCDE / OECD Publishing*.

OECD. (2010). <https://www.comunidadandina.org/ressources/decision-576/>

OECD. (2021). <https://www.oecd.org/about/>

OECD. (2021). <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/49248592.pdf>

OECD. (2021). <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ESP-Amended-Convention.pdf>

- OECD. (2021). <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/news/international-community-reaches-important-milestone-in-fight-against-tax-evasion.htm>
- ONU. (2021). “Convención Modelo de las Naciones Unidas”. https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/UN%20Model_2017.pdf.
- Pérez, R., Yáñez, M., & Cano, K. (2014). “Determinantes De La Informalidad Laboral: Un Análisis Para Colombia. Investigación y Desarrollo, 22(1), 2-21”.
- PNUD. (2021). <https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html#targets>.
- PNUD. (2021). <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/democratic-governance-and-peacebuilding/fighting-corruption.html>.
- United States. (2006). The Senate Permanent Subcommittee on Investigations holds hearing and prepares report on Tax Haven Abuse: the Enablers, the Tools and Secrecy.
- United States. (2008). The Senate Finance Committee holds a hearing on the Cayman Islands and offshore tax issues.
- United States. (2008). The Senate Permanent Subcommittee on Investigations holds hearing and prepares report on Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance.
- United States. (2009). IRS News Release IR-2009-84 (Sept. 21, 2009).
- United States. (2010). IRS Notice 2010-60.
- United States. (2011). IRS Notice 2011-34.
- United States. (2011). IRS Notice 2011-53.
- United States. (2015). IRS News Release IR-2015-86 (June 10, 2015).
- United States. (2016). IRS News Release IR-2016-137 (Oct. 21, 2016).
- United States. BNA Portfolio, 6565-1st: FATCA – Information Reporting and Withholding Under Chapter 4.
- United States. Dep’t of the Treasury, *A Report to Congress in Accordance with Section 361(b) of the Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, at 4-7 (2003).
- United States. Foreign Bank Secrecy and Bank Records: Hearings Before the House Comm. on Banking and Currency on H.R. 15073, 91st Cong. 8 (1970).
- United States. House Ways and Means Committee holds hearing on offshore tax evasion. 2009.

United States. Internal Revenue Code of 1986, Chapter 4, §§1471-1474.

United States. IRS Announcement 2012-42.

United States. Model 1 IGA (reciprocal).

United States. Model 2 IGA.

United States. Nonreciprocal Model 1B Agreement, No TIEA or DTC.

United States. Treas. Regulations §§ 1.1471-74 et seq.

United States. UniBNA Portfolio, 6085-1st: Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR).

Capítulo 4

El sistema de estándares comunes de reporte como herramienta frente a la ocultación de capitales provenientes de prácticas corruptas en jurisdicciones de baja tributación no cooperantes

MARIO ANDRADE PERILLA*

1. INTRODUCCIÓN

Debido al auge que ha tenido el crecimiento del Estado y el papel que le ha sido asignado como partícipe y director de las políticas públicas en el mundo, el nivel de tributación de los contribuyentes ha venido experimentando un incremento progresivo en las últimas décadas. Como resultado, los países pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han ajustado sus modelos y sistemas fiscales a un criterio según el cual las personas naturales con patrimonio e ingresos importantes son quienes deben hacer frente a la mayor cantidad de impuestos para financiar los gastos de un Estado, cuyas entidades favorecen cada vez más a los menos favorecidos en términos de ingreso y riqueza (Hall, 1996). Si bien los impuestos pueden afectar la producción y el ahorro, este efecto colateral no es para la mayoría relevante, e incluso puede ser

* Abogado (U. Javeriana). LL.M (UNAM). MA, Economics (OMMA), IT Program (Harvard U.). Expresidente de la IFA (Capítulo Colombia). Profesor y conferencista invitado en las Universidades Javeriana, Rosario, Sergio Arboleda y Sabana. Partner en Deloitte S-LATAM. El autor deja constancia que las ideas contenidas de la firma son su entera responsabilidad y no comprometen las opiniones de Deloitte.

deseable si con ello se favorecen las actuaciones desplegadas por las agencias de gobierno para suplir las necesidades de los ciudadanos con menor capacidad patrimonial y adquisitiva, limitando así las condiciones de inequidad (Piketty, 2014).

En este contexto, las Jurisdicciones No Cooperante de Baja o Nula Imposición (JNCBNIs) constituyen un verdadero problema al facilitar que no se paguen impuestos en los lugares donde los beneficiarios de los activos y las rentas tienen su residencia fiscal. Así mismo, la competencia tributaria es vista también como un problema importante porque tiende a reducir los ingresos fiscales de los países, limitando con ello la capacidad de actuación del gobierno. Este planteamiento es realizado con mayor intensidad por la corriente de pensamiento keynesiano en aquellos países que han adoptado un sistema de Estado de Bienestar, en el que las agencias gubernamentales se encargan de prestar bienes y servicios en condiciones de exclusividad (Grande, 2021).

Para responder a esta situación, se han propuesto varias medidas, entre las que destaca la creación de un mecanismo de control, mediante el cual se establezca un sistema de reporte de las IFs de los países, que permita identificar las transacciones y los activos de los contribuyentes registrados en otras jurisdicciones. Su objetivo no es otro que permitir que las autoridades tributarias del país donde los contribuyentes son residentes fiscales puedan determinar si la información que les han suministrado incluye, o no, los activos y los ingresos generados en jurisdicciones foráneas, para así poder adelantar una labor de fiscalización. Esto con el fin de corroborar si las sumas y los valores reflejados en las declaraciones tributarias de sus ciudadanos son fidedignos y se corresponden con la información financiera suministrada por terceros Estados. Este cruce ha permitido en la práctica a las autoridades tributarias: (a) llevar a cabo ajustes de las bases impositivas, tarifas y montos de impuestos a pagar cuando se presenten discrepancias entre lo reportado por el contribuyente en su declaración y lo informado por el Estado cooperante; y (b) identificar capitales ilícitos como los provenientes de prácticas corruptas en sus propias jurisdicciones (Fernand & Pastás, 2022).

Este procedimiento de cruce de información se vuelve, además, especialmente relevante, si los activos están localizados en países con

baja tributación sobre los ingresos o patrimonio. Hay que recordar que, en muchas jurisdicciones, el desarrollo de operaciones en países de baja imposición se interpreta como el uso abusivo de tratados internacionales para evitar la doble tributación, y podría constituir una “evasión fiscal”, figura, que, en algunos sistemas legales, se considera un delito sujeto a pena privativa de la libertad y a sanciones patrimoniales (Lazar, 2013).

Esta función de fiscalización de las autoridades tributarias y de la comunidad internacional se basa en la premisa de que la gestión del Estado es más deseable que el desarrollo de la iniciativa privada, en cuando a la proveeduría de bienes y servicios (Jaen-García, 2018). Sin embargo, no es menos cierto que un sector de la doctrina cuestiona que las actividades estatales en materia de contratos de infraestructura, prestación de servicios de administración de justicia y seguridad o financiación de las pensiones de jubilación, entre otros, se lleven a cabo en condiciones superiores a las que se presentarían si fuera el sector privado quien se encargara de realizarlas (Ulrike Mandls, 2008). De ahí, la importancia de estudiar también el uso y aplicación del sistema de estándares comunes de reporte (CRS) de la OCDE desde una perspectiva crítica, teniendo en cuenta los posibles efectos negativos que puede originar en los derechos individuales de los ciudadanos, sobre todo en aquellos casos en los cuales el uso de estas herramientas de auditoría se aplica de manera estricta en países con enormes niveles de corrupción estatal, o cuyos gobiernos se encuentran cuestionados por la legitimidad de sus procesos electorales (Callejón, 2019).

Con base en lo anterior, el capítulo sigue la siguiente estructura. En la sección 2 se analizan los conceptos de paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperantes y países con baja imposición. A continuación, en la sección 3, se aborda la cuestión de la competencia tributaria, con particular atención al comercio digital y al impuesto global mínimo. Posteriormente, en las secciones 4 y 5 se abordan el sistema CRS como tal y el modelo de acuerdo de intercambio automática de información entre las autoridades competentes de los países participantes. Finalmente, en las secciones 6 y 7 se analizan los efectos positivos y negativos que puede presentar el sistema CRS. El capítulo

concluye con una síntesis de las principales conclusiones alcanzadas y unas breves recomendaciones (sección 8).

2. PARAÍDOS FISCALES, JURISDICCIONES NO COOPERANTES Y PAÍSES CON BAJA IMPOSICIÓN

Existe un consenso general en que aquellos países que cumplen con las siguientes seis condiciones constituyen paraísos fiscales:

1. Nulo o bajo nivel impositivo para los no residentes que operan desde ese país.
2. Secreto financiero o bancario absoluto, lo cual supone que no están dispuestos a suscribir tratados internacionales con otros países para compartir información sobre las transacciones que desarrollan en su país las personas no residentes y los extranjeros que operan en su territorio, con autoridades (especialmente administrativas y judiciales) de terceros países.
3. Estabilidad política y económica porque no suelen contar con una moneda local y, por lo tanto, no tienen un banco central (BACEN), ni desarrollan una política monetaria propia.
4. Regímenes especiales de tributación para los residentes y los no residentes fiscales, y para quienes, siendo residentes, son solo inversionistas de actividades que se desarrollan fuera del territorio nacional.
5. Régimen de libertad cambiaria.
6. Un nivel de aranceles e impuestos a la importación bajo o nulo para las operaciones de intermediación o *pass through*, conforme a las cuales las mercancías o servicios desarrollados al interior de su territorio no se dirigen al consumo de sus residentes fiscales en el país, sino a consumidores en el exterior.

Sin embargo, las autoridades fiscales internacionales tienden a incluir en la lista de paraísos fiscales a aquellos países que, a pesar de no presentar las seis características que acabamos de mencionar, cumplen, al menos, con las recogidas en los numerales 1, 2 y 4 (Consejo

Europeo, 2023). Por esta razón, aquellas jurisdicciones que adoptan un régimen de tributación baja para atraer la inversión extranjera, y no colaboran con la remisión de la información necesaria para identificar a quiénes son los verdaderos beneficiarios de los activos que figuran en su fronteras (sirviendo, por tanto, de instrumento para que no se paguen impuestos en los lugares donde los beneficiarios de los activos y de las rentas tienen su residencia fiscal) (Carbajo, 2023), son consideradas como auténticos paraísos fiscales. Esta equiparación es fortalecida por el hecho de que la desregulación que caracteriza a las JNCBNIs favorece la ocultación del producto de las actividades ilícitas especialmente asociadas con las prácticas corruptas de funcionarios públicos y empresas privadas (Vargas-Restrepo & Peña-Gutiérrez, 2021).

Sin embargo, no faltan autores que consideran que la única de las seis condiciones arriba mencionadas que es realmente incuestionable para el tratamiento de una jurisdicción como un paraíso fiscal es la relativa al rechazo a compartir información con las autoridades tributarias o judiciales sobre las transacciones, los montos, las características y la identificación de sus actores. Negarse a compartir información sobre el acontecer financiero y económico de su territorio, es una clara invitación a que en este se premie la impunidad y la compli- cidad con actuaciones corruptas e ilegales (Ospina, 2019). También es una invitación a que se escondan los resultados financieros de dichas actuaciones, y a permitir que quienes las llevan a cabo tengan un puerto seguro para tratar de dar legitimidad a sus acciones, con el apoyo de redes informáticas. En consecuencia, todo país que obstaculice el intercambio de información sobre las transacciones de los extranjeros en su territorio ha de tratarse como si fuera un paraíso fiscal (Ospina, 2019).

Con el fin de desincentivar que se desarrollen transacciones con las JNCBNIs, y evitar de esta manera que se erosionen las bases gra- vables de los impuestos en los demás Estados, se han adoptado en las últimas dos décadas toda una serie de medidas (nacionales e interna- cionales) frente a las mismas, incluyendo:

1. La imposición a las operaciones realizadas con las JNCBNIs de retenciones en la fuente a tarifas muy altas (por ejemplo, un 35% o 40% sobre el valor de la operación) y/o la exclusión de

toda deducibilidad de los pagos hechos a dichas jurisdicciones, lo que encarece el valor de dichas operaciones y en algunos casos las hace prácticamente inviables.

2. La exigencia de estudios de precios de transferencia por las operaciones realizadas con las JNCBNIs, con el fin de que se acrediten las funciones realizadas a través de las mismas, así como los activos, los riesgos y los efectos en los ingresos, costos y gastos, para así identificar que las operaciones se han dado en realidad, y que estas se han ajustado a las condiciones de mercado (este tipo de estudios se hace sin considerar si los beneficiarios de los pagos o ingresos son, o no, entidades relacionadas con quienes llevan a cabo las operaciones)¹.
3. La adopción de otras medidas dirigidas a restringir la ejecución de operaciones con las JNCBNIs, como, por ejemplo, exigir la prueba de que estas operaciones tienen una razón de ser sustantiva, y no solamente se tratan de algo nominal que busca reducir la tributación del contribuyente.
4. La imposición, en ocasiones, de medidas de restricción total, como la prohibición absoluta de efectuar pagos a países considerados como las JNCBNIs, o incluso la tipificación como un delito contra la administración pública el realizar cualquier transferencia con destino a beneficiarios residenciados en dichos países².

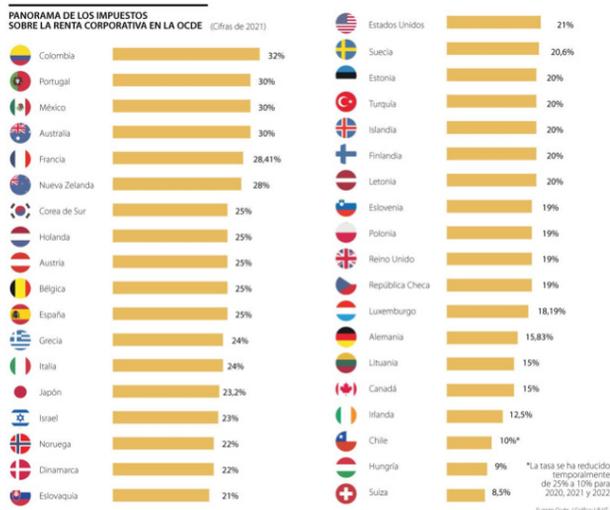
Es importante subrayar que las JNCBNIs se distinguen de los denominados “países de baja imposición”, que son aquellos que por decisión política: (a) dan prevalencia al sistema de precios de mercado para que sus ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades; (b) adoptan un modelo de Estado limitado, donde la gestión de las finanzas públicas opera con base a un gasto y un ingreso limitados (lo que se

¹ Los Estados se valen de este tipo de análisis para restringir el arbitraje fiscal y tomar control sobre las bases económicas que sirvan de fundamento para el cálculo de los impuestos.

² Este último tipo de medidas se adoptan frente a países que tienen fuertes restricciones en relación con el comercio mundial, y donde su sistema político tiende a calificarse como autocrático (como Corea del Norte, Cuba o Venezuela, por solo poner algunos ejemplos).

traduce en una demanda muy baja de impuestos a sus ciudadanos y a los inversionistas que quieran tener su residencia fiscal en su territorio); y (c) comparten información para identificar a los beneficiarios de los activos que figuran en su fronteras. Se trata, por tanto, de países que —si bien desarrollan una política fiscal no activa y dan juego al mercado para que sea este el que, mediante el sistema de precios, defina los niveles de ahorro, inversión y producción, limitando el tamaño del gobierno, particularmente en lo que tiene que ver con su gasto público y la presión fiscal—, no están dispuestos a ocultar las transacciones de sus no residentes en su territorio, y, por el contrario, conservan la política de carta abierta a las solicitudes de información que hagan terceros países respecto de las operaciones realizadas hacia y desde su territorio por sus propios nacionales o residentes³.

³ Véase la siguiente tabla para tener una idea relativamente aproximada de quienes son los actores que adoptan una tributación baja en materia del impuesto sobre la renta corporativa en la OCDE:



Ninguno de los países de la segunda columna, pueden ser considerados como encubridores del crimen organizado, ya que aparte de tener una gran institucionalidad, mantienen convenios individuales y globales y sistema de reporte internacional de las transacciones de los extranjeros que operan en su territorio, incluso bajo las normas del sistema CRS.

En consecuencia, pareciera que desarrollar operaciones con países de baja imposición no debería, en principio, ser considerado como un acto “impropio”, ni estar sujeto a las mismas reglas impositivas restrictivas (altas retenciones en la fuente, revisiones exhaustivas de las autoridades o la prohibición de deducir los gastos incurridos en dichos territorios) aplicables a las operaciones con las JNCBNIs, en cuanto que estas últimas son las únicas que sirven de refugio a los capitales de dudosa reputación y se niegan a colaborar con las autoridades gubernamentales para conocer los detalles de operaciones que pueden ser consideradas como blanqueo de capitales, lavado de activos o enriquecimiento injustificado (Cordeiro, 2022).

Sin embargo, al estar su tributación muy por debajo de los promedios que presentan los países miembros de la OCDE, los países de baja tributación están casi siempre en riesgo de que se les apliquen todas, o algunas, de las medidas previstas para las JNCBNIs, con el fin de evitar que, debido a la competencia tributaria, se erosionen las bases gravables de los residentes en países con un alto nivel de tributación (lo cual se consigue desincentivando a estos últimos para que no realicen operaciones con los primeros).

Es por ello que, en muchas jurisdicciones, el desarrollo de operaciones en países de baja imposición se considera como un uso abusivo de tratados internacionales para evitar la doble tributación, pudiendo llegar a configurarse como una auténtica evasión fiscal, con las consecuencias administrativas y penales que ello genera (Lazar, 2013). Pero esto ya no tiene que ver con la protección a los capitales cuestionables y el rechazo a compartir información sobre los mismos, sino con el problema de la competencia tributaria que pasamos a analizar a continuación.

3. COMPETENCIA TRIBUTARIA, COMERCIO DIGITAL E IMPUESTO GLOBAL MÍNIMO

3.1. La cuestión de la competencia tributaria y las primeras medidas adoptadas para abordarla

La teoría de la competencia fiscal no es más que un desarrollo de la teoría de la competencia. Según la misma, se pueden advertir que

los gobiernos intentan como regla general cuatro objetivos específicos que alteran el comportamiento de sus ciudadanos, conforme a su credo político: (a) la equidad en la distribución de los ingresos; (b) la asignación eficiente de recursos; (c) la estabilidad económica; y (d) el crecimiento económico (Taylor, 1996). Los primeros tres objetivos dependen esencialmente de que la economía del país crezca. Si la producción de bienes y servicios se reduce, o se mantiene constante, es más o menos previsible que se presente un incremento del desempleo, lo que hace difícil alcanzar las metas de distribución equitativa o estabilidad económica.

Aunque los estudiosos del crecimiento económico consideran a las instituciones, la cultura y el cumplimiento del derecho como sus elementos cruciales, no es menos cierto que sin ahorro e inversión no hay tampoco crecimiento económico (González, 2014). En consecuencia, las tasas de ahorro interno constituyen una condición necesaria para detonar la dinámica del crecimiento económico, si bien en la actualidad existe la posibilidad de vincular también este último a la inversión extranjera, que no es sino ahorro externo. Es por ello que, desde una perspectiva estrictamente fiscal, la inversión sigue los lineamientos de la teoría del precio y está, por tanto, más interesada en incorporarse a un territorio donde las restricciones de retorno del capital y las utilidades son menores; es decir, prefiere países en donde, dadas las demás condiciones *ceteris paribus*, la carga fiscal no absorba un número importante de las utilidades. Por ello, la inversión tiende a dirigirse y permanecer en los lugares donde los impuestos son más bajos y se optimiza la tasa de retorno, lo que ha suscitado una competencia entre los países por la atracción y mantenimiento de la inversión extranjera, y entre las regiones de un mismo país por atraer y conservar la inversión nacional (González, 2014). De ahí, que sea difícil atraer inversión con cargas altas tributarias.

Para un sector de la doctrina, la competencia tributaria es un problema importante porque tiende a reducir los ingresos fiscales de los países, limitando con ello la capacidad de intervención que tiene el gobierno en la economía. Este planteamiento es realizado con mayor intensidad por la corriente de pensamiento keynesiano en aquellos países en los que las agencias gubernamentales prestan bienes y servicios en condiciones de exclusividad (Grande, 2021).

Para limitar el alcance del problema han empezado a abrirse paso nuevas propuestas que buscan sustraer el efecto impositivo de la decisión de establecimiento y permanencia de la inversión extranjera, destacando en particular el “Plan de Acción Contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios” (Proyecto BEPS), aprobado en 2014 en el seno de la OCDE, y que entre otras cosas propone: (a) la deducibilidad de los intereses⁴; (b) el establecimiento de un marco jurídico para hacer frente a las asimetrías híbridas⁵; (c) la

⁴ Se trata del establecimiento de una limitación a la deducibilidad de los intereses financieros a un máximo del 30 % del beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA), o a un millón de euros si tal porcentaje fuese superior. Además, se considera también la posibilidad de que los Estados miembros puedan autorizar la deducción íntegra de los costes de endeudamiento excedentarios, si el contribuyente puede demostrar que la ratio entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la ratio equivalente del grupo, extremo sujeto a una serie de requisitos.

⁵ Las asimetrías híbridas ocurren cuando dos Estados miembros califican de forma diferente a un mismo contribuyente (entidad híbrida), y ello da lugar a una situación en la que se efectúa una deducción del mismo pago o de los mismos gastos o pérdidas tanto en el Estado miembro en el que se producen, como en el otro Estado miembro. Los principales casos de este tipo de asimetrías se pueden clasificar en cuatro categorías: (a) las asimetrías híbridas resultantes de pagos en virtud de un instrumento financiero; (b) las asimetrías híbridas que son consecuencia de diferencias en la atribución de pagos realizados a una entidad híbrida o un establecimiento permanente; (c) las asimetrías híbridas resultantes de los pagos realizados por una entidad híbrida a su propietario, entre la sede de dirección y el establecimiento permanente, o entre dos o más establecimientos permanentes; y (d) las dobles deducciones resultantes de pagos realizados por una entidad híbrida o un establecimiento permanente. Como resultado, se deduce un pago en el Estado miembro de origen sin la correspondiente inclusión de dicho pago en el Estado miembro de destino. Para evitar esta situación, se ha propuesto la adopción de medidas de aplicación bilateral, según las cuales el Estado de destino de los pagos deba aplicar la calificación que el Estado de origen dé a la entidad híbrida. Estas medidas también podrían ser aplicables en los casos en que dos Estados miembros otorguen una calificación jurídica diferente a un mismo pago (instrumento híbrido), y ello ocasione una situación en la que se produzca una deducción en el Estado de origen sin la correspondiente inclusión del mismo pago en el Estado de destino.

aprobación de normas relativas a las sociedades extranjeras controladas (SECs)⁶; y (d) la introducción de los informes país anuales⁷.

Así mismo, a partir de la propuesta de la Comisión Europea de 28 de enero de 2016 para una política de lucha contra la evasión fiscal, se han venido considerando otras medidas no incluidas inicialmente en el Proyecto BEPS, como: (a) la adopción de una norma general contra las prácticas abusivas⁸; (b) el establecimiento de cláusulas de inversión (*switch over*)⁹; y (c) la aprobación de un impuesto de salida para los casos de: (i) transferencias de activos desde la matriz a un establecimiento permanente situado en un tercer país; (ii) el traslado

⁶ Se recomienda integrar en la base imponible del contribuyente las rentas no distribuidas de filiales cuando se verifique el cumplimiento de las siguientes condiciones: (a) el sometimiento a un tipo de gravamen efectivo inferior al 40% del tipo aplicable en el Estado miembro de la matriz; y (b) que más del 50% de las rentas de la filial sean intereses y otras rentas generadas por activos financieros, rentas derivadas de la propiedad intelectual, dividendos y rentas generadas por la enajenación de acciones, rentas procedentes de actividades de seguros o de actividades financieras, etc.

⁷ Los informes país anuales (country-by-country-report, CBCR) consisten en la entrega de una declaración anual por parte de las multinacionales (denominado reporte país por país), en el que desglosen los elementos claves de los estados financieros de las jurisdicciones en las que tienen presencia (esto con el fin de que las autoridades fiscales puedan focalizar su acción para facilitar el intercambio de información sobre las actividades de dichas multinacionales).

⁸ Este tipo de cláusulas tendrían un funcionamiento similar a la figura de los “motivos económicos válidos” prevista, por ejemplo, en la legislación española, en virtud de la cual los Estados miembros, en caso de sospechar que un acuerdo comercial se ha formalizado únicamente por motivos fiscales, lo ignorarán denegando la aplicación de los beneficios fiscales pretendidos con la operación.

⁹ Estas cláusulas permiten a un Estado donde se encuentra la matriz de una entidad gravar los dividendos o ganancias de capital obtenidos a través de participaciones, filiales o establecimientos permanentes ubicados en países de baja imposición, cuando en estos últimos dichos ingresos se sujeten a un tipo impositivo inferior al 40% del tipo que se habría aplicado en el Estado matriz, y siempre que se permita la deducción del impuesto abonado en dichos países.

de la residencia fiscal a otro Estado; y (c) el traslado de un establecimiento permanente a otro país¹⁰.

3.2. Competencia tributaria y comercio digital

Las entidades inscritas a las plataformas digitales han venido tributando en promedio anual menos de la mitad que las empresas de la economía presencial, lo que unido a la menor utilización de mano de obra e instalaciones físicas ha generado un gran desequilibrio empresarial a nivel global (Álamo & Romero, 2023). Este desequilibrio ha impulsado el crecimiento de la economía digital en detrimento de la economía presencial, incapaz de competir con los bajos precios que ofrecen las plataformas digitales, provocando un notable impacto negativo en la recaudación tributaria.

Debido a estos desequilibrios, la Unión Europea (UE), emitió el 22 de marzo de 2018 una Recomendación en donde presentaba dos propuestas de orden legislativo, para gravar las actividades de la economía digital a través del concepto de “presencia fiscal representativa”, y así lograr tener un escenario más justo en la actividad económica: (a) la reforma del impuesto sobre sociedades; y (b) la aplicación de un impuesto provisional mientras se aprobaba la reforma.

La primera medida consistía en que los Estados Miembros de la UE gravasen las utilidades obtenidas en su territorio por las plataformas digitales, independiente de su presencia física (se trataba, por tanto, de modificar la base gravable en lugar de establecer un nuevo impuesto). De esta manera, siempre que hubiere una presencia digital significativa en un Estado miembro porque durante un año impositivo se diera alguno de los tres siguientes criterios, se podría

¹⁰ Esta medida busca gravar al contribuyente con un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados en el momento de la salida, una vez deducido el valor a la tasa que se fije a efectos fiscales. Entre los apartes de la imposición de salida también se considera la posibilidad de aplazamiento del pago del impuesto de salida, extremo que llevaría la aplicación de intereses. Sin embargo, cuando exista un riesgo demostrable y real de no recuperación, el Estado puede exigir al contribuyente que constituya una garantía para el aplazamiento.

afirmar la existencia de un establecimiento permanente a efectos del impuesto: (a) obtener ingresos superiores a siete millones de euros por la prestación de servicios digitales; (b) tener más de cien mil usuarios de uno o más de los servicios digitales ofrecidos (entendiendo por usuario a cualquier particular o empresa); o (c) concluir más de tres mil contratos comerciales con otras empresas (B2B) para la prestación de servicios digitales. Así mismo, la jurisdicción del usuario que permitiera registrar la presencia digital significativa vendría determinada por la dirección de IP del aparato electrónico con el que se realizara la actividad económica, o por cualquier otro tipo de tecnología de geolocalización más precisa (todo esto sin vulnerar la protección de los datos de los usuarios, que estarían garantizados, siendo solo exigibles aquellos que cada Estado miembro ordenara)¹¹.

Sin embargo, ante la presión de los Estados por el gran crecimiento de las economías digitales y su consecuente elusión fiscal, y a la luz del largo camino a recorrer para que la Recomendación de la Comisión pudiese convertirse en una Directiva vinculante para los Estados Miembros, la Comisión propuso en 2018 la creación de un impuesto provisional, que permitiese de forma inmediata gravar a las grandes multinacionales del negocio digital, y fomentase la unidad de criterio entre los Estados miembros (evitando así que aquellas pudieran aprovecharse de su gran poder económico sobre estos últimos, y sirviendo al mismo tiempo de ejemplo para otras comunidades multilaterales como la OCDE y el G20) (Granel, 2020).

El impuesto buscaba ser aplicado sobre los ingresos generados por las actividades en las cuales los usuarios desempeñaban un papel importante en la creación de valor, como, por ejemplo: (a) los ingresos generados por la venta de espacios publicitarios en línea; (b)

¹¹ De esta manera, todas las actividades relevantes que las empresas digitales realicen desde cualquier interfaz serían así objeto del nuevo control fiscal, incluyendo, entre otras, las siguientes: (a) la recogida, el almacenamiento, el tratamiento, el análisis, el despliegue y la venta de datos a nivel de usuario; (b) la recogida, el almacenamiento, el tratamiento y el despliegue de contenido generado por el usuario; (c) la venta de espacio publicitario en línea; (d) la puesta a disposición de contenidos creados por terceros en un mercado digital; y (e) la prestación de cualesquiera servicios digitales no enumerados arriba.

los ingresos generados a partir de las actividades de intermediarios digitales que permiten a los usuarios interactuar entre sí, y que pueden facilitar la venta de bienes y servicios entre ellos; y (c) los ingresos generados a partir de la venta de datos aportados por el usuario. Además, no todas las entidades prestadoras de servicios digitales o involucradas en el comercio digital serían incluidas en la obligación del impuesto provisional, por lo que, con el fin de proteger a las pequeñas compañías y los nuevos emprendimientos, solo se aplicaría a las que tuvieran unos ingresos anuales totales de: (a) 750 millones de euros a nivel mundial; o (b) 50 millones de euros dentro de la UE. La tasa aplicable sería del 3% de los ingresos brutos, lo que se estimaba que podría generar un recaudo de aproximadamente cinco mil millones de euros al año en la UE.

El establecimiento de este impuesto provisional respondía también a la imposibilidad durante casi una década de llegar a acuerdos globales frente a la imposición de una tasa o impuesto al comercio y los servicios digitales. Así, tras retirarse en 2019 de las negociaciones desarrolladas en la OCDE sobre la imposición de una tasa global, los Estados Unidos anunciaron la posible imposición de aranceles a los socios comerciales que grabasen con impuestos a las plataformas digitales, y en general a las multinacionales norteamericanas¹². Como respuesta a las amenazas de los Estados Unidos, España y Francia, que habían decidido imponer un impuesto del 3% a las plataformas digitales, aplazaron, en principio, su aplicación (El País, 2021)¹³. Sin

¹² Esto con base en la Sección 301 de la Ley de Comercio, que faculta al Presidente a imponer cargas arancelarias a los productos provenientes de los países que considere que adoptan posiciones ilegales con las empresas que tienen su sede social en los EE.UU.

¹³ Si bien en el Foro de Davos en enero de 2020, Francia había propuesto el congelamiento del “impuesto Google” hasta el mes de diciembre del 2020, siempre y cuando los Estados Unidos, no impusieran nuevos aranceles, seis meses más tarde instó a la OCDE, a través de su Ministerio de Economía (11 de julio del 2020), a apurar el acuerdo para grabar a las plataformas digitales extranjeras, ante el anuncio el día anterior, de los Estados Unidos de imponer más aranceles a los productos galos, como marroquinería y perfumes, entre otros productos, dejando claro que seguirán adelante con la puesta en marcha con el impuesto digital o impuesto Google. Entre tanto Estados Unidos, anuncio la congelación de 180 días de los aranceles a

embargo, en enero de 2021, el impuesto fue finalmente adoptado en España bajo el nombre de “impuesto sobre determinados servicios digitales”, mientras que el gobierno francés otorgó hasta el verano de 2021 como plazo final de espera para su aplicación, con el fin de convencer a la nueva administración norteamericana de tomar un enfoque diferente (todo ello con el fin de que se pudiera finalmente suscribir un impuesto internacional frente al comercio y los servicios digitales en el seno de la OCDE) (Thompson, 2021).

Mientras esto sucedía, el Reino Unido anunció también el 28 de octubre de 2018 la necesidad de crear un impuesto sobre los servicios digitales, que se aplicaría a los ingresos (y no a las utilidades como comúnmente se venía haciendo) y cuya carga impositiva sería del 2%. El impuesto entró en vigencia a partir del mes de abril de 2020, aplicándose solamente a tres tipos de actividades digitales: (a) los motores de búsqueda; (b) las plataformas de redes sociales; y (c) los mercados en línea. Así mismo, con el fin de proteger a las pequeñas empresas, se estableció que solo podían ser grabadas por este nuevo impuesto las empresas cuyo ingreso mínimo digital fuera de 500 millones de libras. Además, el Reino Unido se comprometió a que cuando existiera un consenso internacional, lo adoptaría y dejaría de lado sus soluciones unilaterales.

3.3. El impuesto global mínimo para las empresas multinacionales

Las circunstancias presentadas en la sección anterior, llevaron finalmente a la reanudación de las negociaciones en el seno de la OCDE, que dieron lugar a la aprobación, el 8 de octubre de 2021, de la “Declaración sobre la solución de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía”¹⁴, en

los productos franceses, con el fin de adelantar negociaciones. Francia de igual forma invitó a los norteamericanos a qué retomaran nuevamente las negociaciones en el seno de la OCDE.

¹⁴ Según el comunicado de prensa emitido por la OCDE el 10 de octubre de 2021 (<https://www.oecd.org/newsroom/la-comunidad-internacional-alcanza-un-acuerdo-pionero-en-materia-fiscal-para-la-era-digital.htm>): “La profunda reforma del sistema fiscal internacional que ha concluido hoy en

la que más de 130 Estados propusieron combinar: (a) el establecimiento de un impuesto global mínimo a las empresas multinacionales equivalente al 15% sobre los beneficios en todas las jurisdicciones donde tuvieran presencia; con (b) la reasignación de ciertos derechos de gravamen sobre las multinacionales desde sus países de origen hacia los mercados en los que estas empresas realizaran su actividad económica y obtuvieran beneficios (con independencia de si tenían o no presencia física en los mismos)¹⁵. Con estas

la OCDE garantizará que las empresas multinacionales estén sujetas a un tipo impositivo mínimo del 15% a partir de 2023. [...] El acuerdo histórico, alcanzado por 136 países y jurisdicciones, que representan más del 90% del PIB mundial, también reasignará más de 125 000 millones de dólares estadounidenses de beneficios procedentes de alrededor de las 100 mayores y más rentables empresas multinacionales a países de todo el mundo, lo que asegurará que dichas empresas paguen la parte equitativa de impuestos que les corresponda, con independencia de donde lleven a cabo sus actividades y generen los beneficios. [...] Tras años de intensas negociaciones para adaptar el sistema fiscal internacional al siglo XXI, 136 jurisdicciones (de los 140 miembros del Marco Inclusivo) han aprobado la Declaración sobre la solución de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía. Ésta renueva y formaliza el acuerdo político que en julio alcanzaron los miembros del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G-20 en relación a la profunda reforma de las normas tributarias internacionales [...] La solución basada en dos pilares será presentada a los ministros de Finanzas del G-20 en Washington DC, el 13 de octubre, y posteriormente en la Cumbre del G-20 en Roma, a finales de octubre”.

¹⁵ Según el comunicado de prensa de la OCDE de 10 de octubre de 2021: “[...] El acuerdo sobre el impuesto mínimo global no pretende eliminar la competencia fiscal, sino que establece limitaciones pactadas multilateralmente, y generará una recaudación tributaria adicional, para los países, de unos 150 000 millones de dólares estadounidenses. El Primer Pilar garantizará una distribución más justa entre países de los beneficios y derechos de imposición relativos a las mayores y más rentables empresas multinacionales. De este modo, se reasignarán algunos derechos de gravamen sobre las multinacionales desde sus países de origen hacia los mercados en los que estas empresas realizan su actividad económica y obtienen beneficios, con independencia de si tienen o no presencia física en ellos. En concreto, las empresas multinacionales cuyas ventas mundiales superen los 20 000 millones de euros y su rentabilidad exceda del 10% —que pueden considerarse las más favorecidas por la globalización— estarán sometidas a las nuevas normas, de modo que se reasignará a las jurisdicciones de mercado

medidas, que la OCDE esperaba poner en marcha en la segunda mitad de 2023¹⁶, se estaría buscando continuar limitando el alcance

el 25% del beneficio que supere el umbral del 10%. [] En el marco del Pilar Uno, se espera reasignar a estas jurisdicciones de mercado el derecho de imposición sobre más de 125 000 millones de dólares estadounidenses de beneficios anuales. Se espera que, en los países en desarrollo, el aumento de la recaudación tributaria sea proporcionalmente mayor que en las economías más avanzadas, en relación con los ingresos actuales. [] El Segundo Pilar introduce un impuesto mínimo global sobre sociedades del 15 %. El nuevo tipo impositivo mínimo se aplicará a las empresas cuya cifra de negocios supere los 750 millones de euros, con lo que se calcula que generará una recaudación tributaria adicional, en todo el mundo, de unos 150 000 millones de dólares estadounidenses anuales. Además, los contribuyentes y las administraciones tributarias también se beneficiarán de la mayor estabilidad del sistema fiscal internacional y del aumento de la seguridad jurídica en materia tributaria. [] “El acuerdo que se ha alcanzado hoy hará que nuestros acuerdos fiscales internacionales sean más justos y funcionen mejor”, señaló Mathias Cormann, Secretario General de la OCDE. “Se trata de una gran victoria para el multilateralismo eficaz y equilibrado. Es un acuerdo ambicioso que garantiza que nuestro sistema fiscal internacional cumple su propósito en el marco de una economía mundial digitalizada y globalizada. Ahora, debemos trabajar con rapidez y diligencia para garantizar que esta importante reforma se aplique eficazmente”, añadió el Secretario General Cormann. [] Los países esperan firmar una convención multilateral en 2022, cuya aplicación sea efectiva en 2023. La convención ya se encuentra en fase de elaboración y constituirá el vehículo para implementar los nuevos derechos de imposición pactados en el marco del Pilar Uno, así como para suspender y suprimir disposiciones relativas a todos los impuestos sobre los servicios digitales y otras medidas unilaterales existentes. Esto aportará más seguridad jurídica y ayudará a atenuar las tensiones comerciales. La OCDE desarrollará normas modelo para introducir el Pilar Dos en la legislación interna en 2022, de forma que estén en vigor en 2023. [] Los países en desarrollo, como miembros del Marco Inclusivo que participan en igualdad de condiciones, han desempeñado un papel activo en las negociaciones y esta solución basada en dos pilares contiene una serie de características diseñadas para garantizar que se abordan las preocupaciones de los países con menor capacidad. La OCDE asegurará que se logre una aplicación eficaz y eficiente de las normas, así como ofrecerá un apoyo integral para el desarrollo de las capacidades de los países que lo necesiten”.

¹⁶ Según el comunicado de prensa emitido por la OCDE el 10 de octubre de 2021: “Los países esperan firmar una convención multilateral en 2022,

del problema de la competencia tributaria, así como regular el régimen tributario del comercio digital de bienes y servicios, que tanta preocupación ha causado en los últimos años (Becerra-Peña, 2023).

Según sus proponentes¹⁷, los principales efectos positivos de la implantación de un impuesto mínimo global sobre las multinacionales serían los siguientes:

1. Inicialmente, generaría un incremento en la tributación de las compañías que cumplan con las condiciones previstas en la resolución, especialmente si los beneficios se obtienen en países que tengan tasas impositivas inferiores al 15%.
2. Se presentaría una reubicación de inversiones y vehículos fiscales de las compañías multinacionales, con el fin de optimizar su tributación internacional.
3. Es bastante posible que, pese a las acciones de optimización, se produzca un incremento de la tributación global, con lo que los gobiernos incrementarían su capacidad de gasto.

Sin embargo, desde la óptica de los principales indicadores económicos, los efectos de este impuesto mínimo global podrían tener también ciertos aspectos negativos:

1. Respecto del flujo de capital: (a) los países con vocación exportadora de capital podrían retener el flujo de inversión de sus residentes hacia el exterior, en la medida que el impuesto global desincentive el retorno neto de los beneficios económi-

cuya aplicación sea efectiva en 2023. La convención ya se encuentra en fase de elaboración y constituirá el vehículo para implementar los nuevos derechos de imposición pactados en el marco del Pilar Uno, así como para suspender y suprimir disposiciones relativas a todos los impuestos sobre los servicios digitales y otras medidas unilaterales existentes. Esto aportará más seguridad jurídica y ayudará a atenuar las tensiones comerciales. La OCDE desarrollará normas modelo para introducir el Pilar Dos en la legislación interna en 2022, de forma que estén en vigor en 2023”.

¹⁷ La actual directora de la Reserva Federal de EE.UU. es una de sus principales patrocinadoras porque, al igual que muchos *policy makers* de países exportadores de capital, no ven con buenos ojos la presencia en el mercado de competidores de inversión extranjera, que tiene origen en sus países.

cos; y (b) los países importadores de capital podrían sufrir una contracción de la inversión extranjera, con consecuencias, en principio, desfavorables para su crecimiento económico (salvo que estos países incrementen su tasa de ahorro interno, probablemente experimentarían un desaceleramiento en la inversión y el crecimiento de sus economías). Fruto de lo anterior, los países con mayor necesidad de inversión extranjera, podrían ser testigos de una diáspora de inversionistas, resultante del encarecimiento de los costos de operación tributarios, mientras que los países con vocación de exportación de capital podrían resultar beneficiados en el corto plazo por el efecto de repatriación de las inversiones que tiene origen en su territorio¹⁸.

2. Respecto del comercio mundial: este podría sufrir también ciertas consecuencias desfavorables o ralentizarse. Así, como un porcentaje relevante de la inversión extranjera tiende a orientarse a desarrollar operaciones de arbitraje internacional de bienes y servicios en los procesos de importación y exportación de su producción, al restringir la llegada de la inversión con el impuesto global, se eliminaría el arbitraje insumo/producto (o por los menos lo encarecería), lo que afectaría en algún grado a la dinámica del comercio exterior, de la migración y de los préstamos internacionales. Esto conllevaría a su vez que la política de globalización puesta en marcha por varios bloques de comercio como un instrumento de política pública (por ejemplo, la UE, la Comunidad Andina de Naciones o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), sufriera un revés, obligando al desarrollo de actividades empresariales que

¹⁸ Es prudente mencionar que, en el largo plazo, los países exportadores también podrían sufrir consecuencias negativas por la implantación del impuesto mínimo global, como quiera que sus inversionistas locales no podrían expandir sus actividades en mercados emergentes y en nuevas oportunidades, lo que se traduciría en una pérdida de ingreso de oportunidad. También está un escenario un poco más apocalíptico que sugeriría la migración de los capitales originarios desde su territorio a otras latitudes donde los costos de hacer negocios sean más favorables y, de contera, los rendimientos sean más jugosos.

no alcanzarían una maximización de recursos y usos finales, por las restricciones del impuesto global (Steinberg, 2022).

3. Finalmente, se podría ver también afectada la función que cumple la competencia tributaria como árbitro de los distintos mercados nacionales (Steinberg, 2022).

Por ello, es recomendable que se evalúen las externalidades positivas y negativas derivadas de esta iniciativa de política pública global, como paso previo a su puesta en marcha¹⁹.

4. PRIMERA APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE ESTÁNDARES COMUNES DE REPORTE

En respuesta a la solicitud de los líderes del G-20, la OCDE preparó en 2015 un reporte que contiene una metodología de fiscalización tributaria, que autoriza a los países a exigir de sus IFs un reporte de las cuentas y de los contribuyentes que desarrollan operaciones en las jurisdicciones donde tienen presencia las IFs.

La finalidad del reporte es intercambiar y transmitir esa información a las autoridades fiscales de las jurisdicciones en donde los contribuyentes tienen su residencia o domicilio fiscal. Con esa información las autoridades locales pueden verificar si la información recibida de su contraparte externa ha sido incluida en las declaraciones tributarias (especialmente, de renta y patrimonio) de sus contribuyentes para la determinación y cálculo de las bases impositivas y de los tributos correspondientes. Con ese nivel de cooperación, se podría obtener un mayor recaudo, en la medida en que el intercambio de información por parte de las IFs permitiría develar

¹⁹ Sería prudente que este tipo de iniciativas, contaran con un análisis general de los efectos negativos que pueden originarse en el comercio, la migración, la transferencia de tecnología y el flujo de préstamos internacionales. Por ello, podría ser deseable que la Organización Mundial del Comercio (OMC) pudiera evaluar las externalidades negativas derivadas de esta iniciativa de política pública global, como un paso previo a poner en marcha esta iniciativa.

los saldos asociados con activos, ingresos y beneficiarios a los fiscos externos interesados, lo que a la postre se traduciría en un combate directo al fraude y la evasión fiscal (Masbernat, 2022).

El intercambio de información financiera no es algo novedoso en el concierto de la cooperación fiscal. De hecho, en varios tratados internacionales, especialmente en aquellos dirigidos a reducir la doble imposición, los países acuerdan intercambiar información fiscal con la finalidad de reducir el margen de elusión y evasión fiscal de sus ciudadanos. Los acuerdos sobre esta información están sujetos a la expedición de órdenes administrativas y judiciales por las agencias del gobierno del país de residencia del contribuyente, que son analizadas y, en su caso, aceptadas por el país al que se le conmina la entrega de la información (Alsmady, 2023). Sin embargo, estos procedimientos bilaterales han sido tradicionalmente dilatorios y muy burocráticos, lo que, en no en pocos casos, ha incentivado la elusión y la evasión de impuestos.

En este orden de ideas, lo que hace que el Sistema de Estándares Comunes de Reporte (CRS) de la OCDE sea diferente a la cooperación internacional contenida en los tratados bilaterales para evitar la doble tributación (y en los demás acuerdos de intercambio de información entre países), es que el CRS se hace sin necesidad de requerimiento judicial o administrativo, sino que procede de manera automática. Esta situación hace que las agencias tributarias locales cuenten con la materia prima suficiente para adelantar las auditorías e identificar los dividendos, ingresos por venta de activos, rentas, saldos de cuentas o intereses atribuibles a sus contribuyentes. Así mismo, la información que se trasmite es de muy buena fuente, ya que son las propias IFs, incluidas las de custodia, depósito, inversión y seguros, las que preparan e identifican las transacciones y sus fuentes de origen y destino con un enfoque de transparencia. Además, estas instituciones están bajo la vigilancia de los Estados suscriptores del CRS y, por lo tanto, sujetos a un buen número de protocolos de control y revisión propios de la actividad financiera y bancaria, lo que se presta para que las cuentas reportadas tengan, al menos en teoría, una confiabilidad muy cercana al 100%.

5. EL MODELO DEL ACUERDO ENTRE LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EL SISTEMA DE ESTÁNDARES COMUNES DE REPORTE

La OCDE preparó en 2017 un modelo de acuerdo (el Modelo) muy pragmático para que fuera adoptado por los países que estaban interesados en la cooperación y el intercambio automático de la información. El Modelo (OECD, Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras, 2017) se divide en las siguientes secciones:

Sección	Contenido
Sección 1	Constituye un capítulo de definiciones. Entre otras se da alcance a las nociones de institución financiera, sujetos a reportar, cuenta reportable y persona. La idea es homologar y brindar claridad del significado de estas expresiones a todos los países, para que se puedan fijar obligaciones, derechos y plazos para quienes reportan y son reportados.
Sección 2	Se refiere a la información que se intercambia entre los países. La información sujeta al tratado debe contener, por un lado: (a) la identificación plena del titular o propietario de la cuenta reportable; y (b) la información de la cuenta reportable, según se trate de una cuenta de custodia, una cuenta de depósito o una cuenta de seguro.
Sección 3	Se refiere a los plazos con los que cuentan las autoridades para intercambiar y transmitir la información.
Sección 4	Se refiere a la colaboración que deben guardar las autoridades competentes para garantizar, entre otras cosas, la idoneidad y confiabilidad de la información.
Sección 5	Alude a la confidencialidad y protección de los datos, especialmente aquellos que son personales.
Sección 6	Da el espacio para que se adelanten consultas y modificaciones en la interpretación del acuerdo, de cara a su cumplimiento.
Sección 7	Se refiere a la vigencia del acuerdo y la adopción en las legislaciones locales.

Las secciones, los comentarios y las explicaciones al Convenio, están diseñadas para permitir el flujo expedito de información por las autoridades fiscales de los países que participan. De esta manera, las autoridades deben poder cruzar la información con las declaracio-

nes fiscales y corroborar si, en efecto, los valores informados fueron tenidos en cuenta para el cálculo de las bases gravables y los impuestos debidos. Por supuesto que en caso de que se presente una inconformidad en favor o en contra de los contribuyentes, en principio es necesario que ésta sea informada al contribuyente para que, siguiendo las directrices del debido proceso, éste provea las explicaciones correspondientes, y se pueda, de ser el caso, adelantar un proceso de liquidación tributaria (De la Osa, 2021).

A pesar de que el Modelo representa un paso importante hacia la transparencia fiscal y la lucha contra la evasión fiscal internacional, hay áreas que podrían, sin embargo, mejorarse para hacerlo más efectivo y equitativo, tales como: (a) una cobertura más amplia de entidades y activos financieros, ya que podría expandirse e incluir una gama más amplia de entidades financieras y tipos de activos financieros para asegurar que no haya lagunas por las cuales los evasores fiscales puedan eludir la detección; (b) la inclusión de información de beneficiarios reales, puesto que sería útil incluir la obligación de informar sobre los beneficiarios reales de las cuentas y activos financieros para abordar la problemática de la propiedad oculta y las estructuras complejas diseñadas para evadir impuestos; y finalmente, lo que podría ser más importante para garantizar una mayor efectividad del Modelo, sería (c) garantizar el acceso a la información en tiempo real, ya que en lugar de un intercambio de información anual, se podría considerar la posibilidad de un acceso más rápido y en tiempo real a la información financiera, lo que permitiría una respuesta más ágil y efectiva ante posibles evasiones fiscales (Ninulescu, 2022).

Aplicando estos cambios señalados se podría trabajar en una mayor armonización con otros estándares y regulaciones internacionales relacionados con la transparencia fiscal y el intercambio de información para promover una aplicación coherente a nivel global, lo que garantizaría la posibilidad de abordar los desafíos cambiantes en materia de cooperación e intercambio de información fiscal y garantizar que el Modelo cumpla sus objetivos de abordar la evasión fiscal de manera efectiva y promover la transparencia financiera a nivel global.

6. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE ESTÁNDARES COMUNES DE REPORTE Y DE SUS EFECTOS POSITIVOS COLATERALES

El CRS se fundamenta en la cooperación, en contraposición a la competencia, bajo el entendimiento de que no es deseable que ningún contribuyente pueda esconder sus ingresos o su patrimonio en otro país, en detrimento de los impuestos y recaudos del Estado donde ese ciudadano tiene residencia fiscal permanente. Por ello, los países que se unen al CRS acuerdan: (a) exigir de sus IFs la captura de la información de sus usuarios; y (b) transmitir a las autoridades locales correspondientes, esa información.

Naturalmente que este nivel de cooperación puede verse eventualmente burlado por aquellos países que no están dispuestos a cooperar y que se benefician del ahorro externo. Al ser cooperativo, el CRS permite, por lo menos de manera teórica, la posibilidad de que existan Estados que no estén del todo interesados en incorporarse al mismo, o, habiéndose incorporado, no entreguen la información de las cuentas reportables de la manera como se esperaría lo hicieran. En cambio, si reciben de los demás Estados participantes la información de sus contribuyentes en las cuentas reportables del exterior (Thakor, 1991).

Sin embargo, la realidad ha mostrado que los países que no cumplen a cabalidad con el Convenio de intercambio de información han empezado a sufrir la ralentización de sus movimientos financieros. En efecto, las IFs que tienen presencia en esos Estados experimentan trabas para la remisión de divisas, especialmente en lo que tiene que ver con la necesidad de obtener certeza de los titulares finales de las cuentas reportables (Hernández et. al., 2022). Asimismo, cuando las IFs de los demás países desarrollan operaciones de transferencia a las IFs de Estados poco cooperativos, se presenta igualmente un incremento en los procedimientos y trámites bancarios que vuelven lento el giro internacional, hasta que no se conozcan todos los detalles de quienes son los beneficiarios reales de las transacciones (González-Martín, 2023).

En un mundo globalizado, con la necesidad de implementación de los giros internacionales en tiempo real, volverlos lentos tiene un efecto no deseable para los países que no hagan parte del CRS, o que siendo parte no cooperen adecuadamente o intenten hacerlo de una manera “poco seria”. Como resultado, alrededor de 150 países han suscrito hasta el momento el CRS y han incorporado en su legislación las directrices y procedimientos acordados. Los gobiernos de los Estados suscritores también han fijado directrices dentro del marco de la legislación financiera y bancaria para modificar y ajustar los sistemas de información y reporte de los bancos, con el propósito de identificar contribuyentes extranjeros y, de ser el caso, proceder a la preparación de la lista de intercambio (OECD, Automatic Exchange Portal, 2020).

Esta situación puede dar lugar a una limitación de los efectos de la competencia tributaria (Avu-Yonah, 2001). No es un secreto que varias jurisdicciones fiscales, especialmente las que tienen sistemas fiscales de nula o baja imposición, se escudaban en el secreto bancario para no reportar a los Estados solicitantes la información tributaria de los clientes extranjeros de sus instituciones financieras. Este hecho hacía muy atractivo estos países por la posibilidad de dar rienda suelta a figuras que conducían a una clara evasión fiscal. Sin embargo, el Convenio bajo la figura de la cooperación, la exclusión y la ralentización para quien no coopere, ha puesto límites muy severos en la práctica, que seguramente van a conducir a una reducción de la competencia fiscal por el ahorro y la inversión externa “subterránea”.

Así mismo, algunos gobiernos van a utilizar el intercambio de información, en el largo plazo como un instrumento de control al delito del lavado de activos. Es bastante predecible este tipo de objetivo, especialmente porque la sanción en la mayoría de los países por estas conductas delictivas es la extinción de dominio de los patrimonios que no se pueden justificar. El beneficio para las arcas del Estado en este tipo de caso equivale a un recaudo con base en una tarifa del 100%, dado que los bienes pasan de inmediato a manos del Estado (Bridges, 1996).

Por otra parte, es importante subrayar que, como la obtención y el intercambio preciso y completo de información de cuentas re-

portables son esenciales para cumplir con el propósito del CRS y para demostrar el compromiso de los países con la cooperación internacional en asuntos fiscales, esta información se considera fundamental para establecer una base sólida de transparencia y responsabilidad en la comunidad global en relación con la evasión fiscal y la integridad financiera, lo que ha provocado que, en ocasiones, se otorgue a este tipo de información una gran relevancia probatoria (González-Martín, 2023). Sin embargo, es necesario prestar atención para no confundir las figuras de la evasión fiscal y el enriquecimiento sin causa, de cara a no legalizar la expropiación del patrimonio de sus ciudadanos por actuaciones que no son maniobras de enriquecimiento ilícito. En consecuencia, si bien la obtención de la información de las cuentas reportables constituye un indicio, no debería considerarse como una prueba plena de una operación de lavado de activos. No parece conveniente hacer confluir los objetivos fiscales de recaudación, con la persecución del crimen, especialmente porque, en materia de derecho penal, los objetivos y las finalidades de los tipos penales no son concebibles bajo la óptica de los asuntos fiscales, salvo por el delito de evasión fiscal (Bridges, 1996).

El CRS también promete ser un instrumento de control y seguimiento de la corrupción gubernamental. Al igual que en el caso del lavado de activos, una cuenta reportable en donde figure un funcionario público con saldos que no puede justificar como resultados de sus actividades gubernamentales, debería prender las alarmas de los organismos de control para iniciar cuanto menos una investigación del origen de los fondos. Como se anotó en el caso del lavado de activos el CRS es un indicio de que algo no funciona, pero, *per se*, no debería constituir una prueba plena de la comisión de un delito de corrupción contra la Administración Pública (Carbajo, 2023).

Además, en la práctica, la cuestión de la corrupción gubernamental no es realmente un asunto de pruebas en numerosos países, porque lo cierto es que en muchas jurisdicciones las pruebas se recaudan y desaparecen con la misma celeridad. En consecuencia, lo que está en cuestionamiento es si existe la voluntad política de “perseguir a los peces gordos”, o de llevar los procesos hasta las últimas consecuencias. Las respuestas a estas inquietudes exceden estas páginas, por lo que nos limitaremos a mencionar el asunto.

Finalmente, el CRS debería establecer una *task force*, que haga un monitoreo constante de las tendencias y el comportamiento de las cuentas reportables. Pese a la amplitud de espectro para calificar una cuenta como reportable, la ingeniería financiera y el ingenio del ser humano puede superar con creces el objetivo de la ley. De hecho, existen operaciones de *facto* que no se materializan en el mundo de las transferencias internacionales de fondos, y que por tanto pueden no ser tan visibles y mucho menos rastreables como lo esperan los Estados. Las criptomonedas, las operaciones de *clearing house de facto*, los *swaps*, la presencia de medios de pago alternos y otro tipo de figuras que se desarrollan, especialmente en la economía no formal, se sustraen de los registros bancarios y, por consiguiente, de la fiscalización del CRS. Por supuesto que es imposible descifrar con anticipación las maniobras de evasión fiscal, que posiblemente se pondrán en marcha para evitar la aplicación del Convenio, pero lo normal es que, más temprano que tarde, comiencen a ofrecerse productos que, en su ejecución, no queden registrados, o al menos sólo de forma parcial, en cuentas reportables y, de contera, no sean rastreables para autoridades fiscales locales, lo que a buen seguro va a constituir “todo un reto” para quienes adelantan procesos de fiscalización impositiva (Sarmiento, 2023).

7. LOS POSIBLES EFECTOS COLATERALES NEGATIVOS DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE ESTÁNDARES COMUNES DE REPORTE

Como hemos visto, la implementación del sistema CRS permite a los Estados participantes recibir información financiera que no conocían y que puede materializarse en un mayor recaudo tributario, debido a los requerimientos y liquidaciones de impuestos que van a poder realizar a los evasores fiscales que utilizan transacciones internacionales y ubican de recursos en países de baja o nula imposición. Sin embargo, al mismo tiempo, puede tener también ciertos efectos negativos que han sido identificados por una parte de la doctrina.

En primer lugar, el bien el sistema CRS, junto con otras medidas tributarias como el *treaty shopping*, las reglas contra paraísos tributa-

rios, el *thin capitalization*, el régimen de precios de transferencia y el régimen de BEPS, se dirigen a reducir la elusión y la evasión fiscal, los países participantes deberían revisar hasta qué punto es adecuado intercambiar información para fines de fiscalización tributaria con países que tienen una presión tributaria injustificadamente elevada (Andrés & Masbernat, 2022)²⁰.

Desafortunadamente, no existe suficiente claridad, ni en el modelo de acuerdo, ni en los tratados para evitar la doble tributación, ni en las disposiciones constitucionales nacionales donde se consagra el derecho a la propiedad privada, sobre las limitaciones y las restricciones a las que se debe sujetar la obligación, que todo ciudadano tiene, de contribuir a los gastos del Estado (Minarik, 2010). Si bien las constituciones occidentales proscriben toda forma de expropiación que no vaya precedida de una orden judicial o administrativa y de una compensación o indemnización en condiciones de mercado, ninguna norma constitucional establece criterios específicos y claros que limiten el poder estatal para demandar de sus ciudadanos el pago de impuestos y contribuciones (Andrés & Masbernat, 2022).

En consecuencia, autores como Fonseca-Díaz (2019) han planteado la necesidad de incluir dentro del sistema CRS cláusulas de salvaguarda en favor de los contribuyentes que tengan sus residencias fiscales en jurisdicciones que, por la magnitud y tamaño de los impuestos y contribuciones establecidas en sus sistemas tributarios, justifiquen la aplicación de excepciones al intercambio de información financiero-tributaria (esto podría condicionarse a la presentación de pruebas objetivas y financieras que acrediten niveles desproporcionados de presión fiscal en dichas jurisdicciones). Según estos autores, algunas de las condiciones objetivas que podrían justificar excepciones al intercambio de información podrían ser las siguientes:

²⁰ Según algunos expertos, esto podría suceder en países como Colombia si, como consecuencia de eliminar completamente, o reducir drásticamente, las exoneración y exenciones contenidas en la legislación fiscal, los impuestos totales como porcentaje de las utilidades puedan llegar a superar el 75% (Comisión de Expertos, 2016; Reforma Tributaria de Petro: cinco puntos que asustan a los colombianos, 2022).

1. Una carga tributaria total que frente a la generación de la utilidad antes del impuesto sobre la renta (en el caso de las personas jurídicas) o de la renta neta (en el caso de las personas naturales) alcance un porcentaje determinado (por ejemplo, más del 75%), o reduzca la capacidad de la persona natural de alcanzar ingresos netos suficientes para cubrir el mínimo vital personal (Gokalp, 2017).
2. La acreditación de que la carga tributaria se aplica a los subsidios y los beneficios concedidos por el Estado en salud, educación y alimentación (Lustig, 2017).
3. La presencia de una cantidad de trámites y procedimientos administrativos que impidan que el contribuyente pueda solicitar la devolución de los impuestos pagados en exceso (lo que al final conlleva la pérdida de los saldos a favor). Este mecanismo, no es más que un incremento en la tasa efectiva de recaudo, ya que al final no se puede convertir el saldo a favor en flujo de caja (en estos casos el cálculo de la carga tributaria efectiva debería incrementarse con el valor de los impuestos pagados en exceso que son se devuelven) (Lustig, 2017).
4. La aplicación y el tamaño de las sanciones por incumplimiento total o parcial de las obligaciones tributarias. En varios sistemas tributarios las sanciones tributarias son demasiado elevadas (por ejemplo, el 200% de mayor valor del impuesto adicional a los intereses de mora, y el valor del ajuste por inflación de la sanción determinada en la liquidación oficial). Esto hace que sirvan en la práctica como mecanismos de intimidación para que los contribuyentes no discutan las decisiones que se presentan en las discusiones con las autoridades tributarias, por temor a que, si llegan a perder, la tasa de imposición efectiva puede alcanzar niveles muy altos, por virtud de la sanción y los intereses impuestos (Rocha, 2022).
5. La persecución contra el contribuyente en la jurisdicción de origen, por razones de credo, ideología, raza, género, creencias políticas o cualquier asunto asociado con la discriminación. Si el contribuyente es el lado indefenso de la relación con el Estado, la comunidad de jurisdicciones no debería entregar

información a una contraparte en donde sus ciudadanos son vulnerables a la violación de sus derechos humanos básicos, ya que a la larga lo estaría exponiendo la expropiación fiscal (Rocha, 2022).

6. La existencia de jurisdicciones donde no existe transparencia en el sistema político y las instituciones relacionadas con el derecho de elegir y ser elegido, se manipulan o son objeto de control por grupos cerrados de poder (Ramos, 2023).
7. La ausencia de transparencia institucional, medida en términos de corrupción. No tiene mucho sentido, o por lo menos, no resulta lógico, permitir el intercambio de información fiscal, con países cuyos gobiernos fueron calificados como corruptos por la comunidad internacional. Sería tanto como patrocinar que el recaudo de impuestos se incorpore al patrimonio de particulares-interesados de manera ilegal y corrupta, mediante favores, prebendas, contratos y operaciones que se desarrollan por quienes detentan la gestión y Administración del Gobierno. En el fondo se estaría legitimando un contubernio vicioso entre corruptores y corruptibles, en contra de los contribuyentes (Urrutia et al., 2022).

En segundo lugar, se encuentra la cuestión relativa a la eficiencia que esgrime el gobierno de una jurisdicción en el uso de los recursos fiscales que destina a cubrir el gasto público. De manera amplia, un gasto se considera eficiente si cumple dos condiciones críticas: (a) consigue el objetivo propuesto cumpliendo la estimación o excediéndola; y (b) utiliza los recursos asignados o menos de los asignados²¹.

²¹ Por ejemplo, con el uso de una partida equivalente a 1000 gramos de oro, para mejorar el sistema informático educativo de una región se puede mejorar el resultado del examen pisa de 10,000 alumnos en un 10% respecto del año anterior. El gasto público se considera eficiente en los siguientes casos: (a) se cumplió con la meta; es decir se usaron los 1000 gramos y se mejoró el resultado del examen Pisa en un 10% de los 10,000 alumnos; (b) si se usaron 500 gramos y se cumplió el resultado del examen y la cobertura de los niños; (c) si se usaron 1000 gramos y se cumplió el resultado del examen y la cobertura de los niños fue superior a 10,000 niños; (d) si se usaron los 1000 gramos y se excedió el resultado del examen, con la cobertura de los niños de 10,000; y finalmente (e) el óptimo es usar menos recursos, ex-

Además, la gestión eficiente, o no, de los recursos fiscales de un Estado determina, en buena medida, el crecimiento o decrecimiento de un Estado en el mediano plazo.

Como cada vez existen más instrumentos de orden financiero que no solamente permiten monitorear la destinación de los recursos públicos, sino también el grado de eficiencia con el que se usan y su impacto en el crecimiento del Estado en su conjunto, la pregunta que se hacen algunos autores es si los países que se encuentran un cierto porcentaje (por ejemplo el 25%) por debajo de un determinado nivel de eficiencia (que podría ser, por ejemplo, el nivel medio de eficiencia de la OCDE u otro que se considerase más adecuado)²², deberían asumir el compromiso de mejorar el uso de sus recursos como condición para acceder al programa de intercambio del sistema CRS.

La respuesta no es fácil porque si la ineficiencia se origina debido a prácticas corruptas, entonces parecería que podría ser oportuno detener, total o parcialmente, el intercambio de información tributaria para proteger a los contribuyentes (Aguilar, 2018). Sin embargo, si la ineficiencia es el producto de una mala planeación, gestión o ejecución, existen importantes oportunidades de mejora (como por ejemplo la optimización de la Administración Pública) que podrían adoptarse sin sancionarse al Estado con la no remisión de la información tributaria²³.

ceder el resultado del examen en más de un 10% y tener una cobertura de los niños por encima de 10,000. Si el gasto público se ejecuta por fuera de los escenarios descritos anteriormente, es ineficiente, o, lo que no es menos grave, los recursos, los resultados o la cobertura quedaron subestimadas.

²² Vid. Instituto de Estudios Económicos (2019). Eficiencia de gasto público, medición y propuestas de mejora.

²³ Cuando existe información precisa sobre la eficiencia del gasto público, con suficiente nivel de detalles, los contribuyentes que también fungen como electores, tiene la capacidad de identificar las fallas del gobierno en la producción de los bienes y servicios públicos. En ese orden de ideas, los contribuyentes-electores pueden en el proceso de elección política, votar por propuestas que planteen, por ejemplo, planes de mejora en la eficiencia de los indicadores de gasto público (Sánchez-Fuentes, 2023).

En tercer lugar, está la cuestión de las posibles asimetrías de residencia fiscal²⁴. Así, cuando se presentan asimetrías respecto de la residencia de los ciudadanos la experiencia demuestra que casi siempre se produce la renuncia de la nacionalidad del país que impone mayores cargas y desventajas (no necesariamente fiscales). Esto es debido a que los inversionistas no tienen interés en estar vinculados a un Estado en donde las cargas fiscales reducen el retorno de su inversión y donde las condiciones de seguridad física y jurídica, así como la transparencia y la facilidad para hacer negocios, no resulta atractivo (Brito-Gaona, 2017). Por ello, las inversiones tienden a localizarse y a permanecer en Estados donde se cumple un *check list* de condiciones favorables para la inversión y la transparencia, y normalmente tienden a salir de países donde las cargas tributarias son más severas²⁵.

²⁴ La residencia fiscal es la calificación que se hace en las normas fiscales de cada jurisdicción tributaria, conforme a la cual, cuando un contribuyente persona natural reside en una jurisdicción por un número de días determinado en un período fiscal (casi siempre más 183 días), adquiere la calidad de residente fiscal y, en consecuencia, debe tributar en esa jurisdicción por los ingresos globales y locales.

²⁵ La definición de la residencia fiscal en el sistema tributario colombiano puede generar este tipo de asimetrías y obligar incluso a quien no es residente fiscal al pago de impuestos en Colombia sobre ingresos obtenidos en otras jurisdicciones. En efecto el artículo 10 de Estatuto Tributario (ET) prevé tres (3) condiciones para descalificarse como residente fiscal colombiano. Estas condiciones son: (a) haber permanecido fuera de Colombia por más de 183 días durante el año calendario; (b) que el cónyuge con los hijos menores dependientes, no tengan residencia fiscal en Colombia (es decir, no hayan vivido por más de 183 días en Colombia); y (c) acreditar la residencia fiscal en el exterior, y que esa residencia no haya sido en un país calificado de paraíso fiscal, por las autoridades de gobierno colombianas. Como resultado, además de las condiciones anteriores, es necesario que el 50% o más de los ingresos anuales o de los activos, estén localizados en la jurisdicción en la cual tenga su domicilio. Las condiciones anteriores, limitan la decisión de un contribuyente colombiano de cambiar de residencia fiscal de manera expedita. Particularmente la condición que exige demostrar la posesión de ingresos o activos superiores al 50% en el lugar donde tenga el domicilio, puede mantener vinculado al nacional colombiano como residente fiscal, lo que le exigiría tener que pagar impuestos en Colombia por la totalidad de sus ingresos y patrimonio (tanto los nacionales como

En consecuencia, algunos autores consideran que deberían establecerse ciertas limitaciones para poder utilizar las herramientas del CRS con el fin de identificar conductas evasivas o elusivas a aquellos países que vinculan indefinidamente a sus nacionales como contribuyentes de sus impuestos aun después de que hayan trasladado su residencia fiscal a terceros países²⁶.

Por último, en cuarto lugar, se encuentra la cuestión relativa al transfuguismo y a la presión fiscal. Se trata de situaciones en las que los Estados, pese a cumplir con las formas institucionales y las reglas de juego previstas en sus constituciones y legislación interna, presentan una ausencia de oposición, limitándose con ello el juego democrático porque los partidos perdedores renuncian a constituirse como opositores, y se califican como partidos de gobierno, para acompañar al partido político ganador en la gestión de los recursos públicos, con cargos, posiciones, contratos y todo tipo de asociaciones que permitan la participación real de sus miembros en la Hacienda Pública (García Roca, 2007).

los de fuente extranjera). En consecuencia, en todos los casos en los cuales el contribuyente no cumpla con la condición señalada, el contribuyente estará obligado a cancelar impuestos en Colombia por las rentas y/o los activos globales, generándose con ello un problema de doble, o incluso triple, tributación. En efecto, pagaría, por un lado, sobre los ingresos y activos globales en Colombia y, por otro lado, sobre los ingresos y activos en la jurisdicción donde los genere o posea por el llamado principio de la fuente, y adicionalmente en el país en donde califique como residente fiscal. Es cierto que los países que suscriben convenios para evitar la doble tributación contemplan la figura del *tax credit* con descuento tributario, como mecanismo para mitigar la doble tributación. Sin embargo, este sistema solamente se admite en Colombia respecto de los ingresos de fuentes nacionales, de manera que el colombiano con residencia fiscal en Colombia y en el exterior, no podría solicitarlo en relación con los ingresos de fuentes extranjera que fueron sujetos a imposición en Colombia.

²⁶ En la Unión Europea (UE) y en los países integrados se considera, en general, que no tiene mucho sentido someter a tributación a una persona natural en el país donde inicialmente residía, o en donde tiene su nacionalidad, si ha decidido fijar su residencia en un tercer país. Esto podría dar lugar al pago de impuestos en cascada y en consecuencia a una doble tributación internacional.

En estas situaciones se logran mayorías muy amplias en los cuerpos colegiados como el Congreso Nacional y los Concejos y Asambleas Departamentales, que con frecuencia buscan incrementar la tributación de los ciudadanos, para expandir el gasto público y obtener mayor representatividad en la administración. Como resultado, los electores que votaron por partidos políticos con los que estuvieron de acuerdo en una agenda de gobierno y un plan económico (que convenía sus intereses y/o sus principios ideológicos), se ven defraudados cuando aquellos deciden: (a) abandonar el programa con el que se presentaron ante su electorado; y (b) apoyar la agenda y el plan económico del partido político vencedor, el cual es contrario a sus intereses y/o ideales (García Roca, 2007). Además, al otorgar el transfuguismo político la mayoría parlamentaria al partido vencedor elimina los reparos que hubiera podido tener el legislativo a las reformas tributarias²⁷.

Como los sistemas electorales que permiten estas situaciones pueden dar lugar a que los contribuyentes no tengan posibilidad de influir en las decisiones sobre la Hacienda Pública, algunos autores consideran que los Estados que lo adoptan deberían estar sometidos, cuando menos, a ciertas limitaciones en la aplicación del sistema CRS de intercambio automático de información tributaria (García Roca, 2007).

8. CONCLUSIONES

Existen toda una serie de factores que limitan de manera muy significativa la capacidad recaudatoria de los Estados. En primer lugar, las JNCBNIs favorecen la elusión y evasión fiscales, y con ello fomentan que no se paguen impuestos en los lugares donde los beneficiarios de los activos y las rentas tienen su residencia fiscal. En segundo lugar, la competencia tributaria tiende a reducir los ingresos fiscales

²⁷ En estas situaciones, los contribuyentes electores, asaltados en su buena fe, ven con impotencia la aprobación de reformas tributarias, que incrementan sus obligaciones, cuando la razón de ser de su voto fue exactamente la contraria.

de los países, limitando con ello la capacidad de actuación de sus gobiernos; situación, porque, la inversión tiende a dirigirse y permanecer en los lugares donde los impuestos son más bajos y se optimizan más las tasas de retorno. En tercer lugar, el comercio digital, y sus grandes plataformas, tributan menos de la mitad de lo que hacen las empresas de la economía presencial, debido, en buena medida, a las prácticas de elusión fiscal con las que venían operando las grandes corporaciones transnacionales, lo que, unido al menor uso de mano de obra e instalaciones físicas, ha multiplicado el crecimiento de la economía digital en detrimento de la presencial, disminuyendo aún más si cabe el nivel de recaudación tributaria de los estados.

Para responder a esta situación, se han propuesto varias medidas, incluyendo el establecimiento de impuestos nacionales mínimos para las plataformas digitales (lo que ha contado con una fuerte oposición de los EE.UU.) y la creación de un impuesto global mínimo a las empresas multinacionales, que fue finalmente aprobado el 8 de octubre de 2021 en el marco de las negociaciones desarrolladas en la OCDE y que se espera puedan entrar en vigor en el segundo semestre de 2023.

Sin embargo, entre todas estas medidas destaca sin duda el sistema de intercambio automático de información tributaria CRS, dirigido a permitir que las autoridades tributarias del país donde los contribuyentes son residentes fiscales puedan identificar si la información suministrada por estos últimos incluye, o no, los activos y los ingresos generados en otras jurisdicciones foráneas. Este cruce de información ha permitido en la práctica a las autoridades tributarias: (a) ajustar las bases impositivas, tarifas y montos de impuestos a pagar, en los casos en los cuales se presenten discrepancias entre lo reportado por el contribuyente en su declaración, y lo informado por el Estado cooperante; y (b) identificar capitales ilícitos como los provenientes de prácticas corruptas en sus propias jurisdicciones. De ahí, que el sistema CRS y los convenios de intercambio automática de información constituyan instrumentos muy relevantes para reducir el tamaño de la elusión y la evasión fiscal entre los países, y para dificultar el lavado del producto de delitos como la corrupción.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, existen todavía áreas del sistema CRS y de su Acuerdo Modelo que podrían mejorarse para ha-

cerlos más efectivos y equitativos, tales como: (a) una cobertura más amplia de las entidades financieras y los tipos de activos financieros para asegurar que no haya lagunas por las cuales los evasores fiscales puedan eludir la detección; (b) establecer la obligación de informar sobre los beneficiarios reales de las cuentas y activos financieros para abordar la problemática de la propiedad oculta y de las estructuras complejas diseñadas para evadir la tributación; y (c) garantizar un acceso más rápido y en tiempo real a la información financiera (en lugar de un intercambio de información anual), lo que, sin duda, permitiría una respuesta más ágil y efectiva ante posibles prácticas de elusión y evasión fiscales.

Además, al implementarse estas propuestas, y con el fin de promover una aplicación coherente a nivel global, se podría trabajar también en una mayor armonización con otros estándares y regulaciones internacionales relacionados con la transparencia fiscal y el intercambio de información. Esto permitiría enfrentar con mayores garantías de éxito los desafíos cambiantes en materia de cooperación e intercambio de información fiscal, lo que a su vez redundaría en una mayor transparencia financiera a nivel global y en unos menores niveles de elusión y evasión fiscales. Además, la eficacia sería mayor si cabe si el CRS estableciera una *task force*, que, con la ayuda de sus mecanismos de cooperación internacional, hiciera un monitoreo constante de las tendencias y el comportamiento de las cuentas reportables, con el fin de poder dar alertas tempranas sobre productos que, en su ejecución, no queden registrados en dichas cuentas, o al menos sólo de forma parcial, y tampoco sean rastreables por autoridades fiscales locales.

A la luz de lo anterior, no cabe duda de que el sistema CRS y su Modelo de Acuerdo pueden constituir también un importante instrumento de control y seguimiento de la corrupción y el lavado de activos, razón por la cual los organismos de control deberían iniciar investigaciones sobre el origen de los fondos cuando en las cuentas reportables figuren, por ejemplo, funcionarios públicos con saldos que, a priori, no es posible justificar como resultado de sus funciones. Sin embargo, la información obtenida a través del CRS no debería ser considerada sino un indicio de que algo no funciona, sin

que en ningún caso deba atribuírsele el valor de prueba plena de la comisión de un delito de corrupción o de lavado de activos.

Finalmente, es necesario tener cuidado también sobre los intercambios de información realizados a través del sistema CRS con respecto a jurisdicciones que tienen sistemas tributarios con una presión fiscal injustificadamente alta, o presentan problemas electorales, de falta de transparencia y/o corrupción en sus instituciones, entre otros. En estos casos, los gobiernos de los Estados afectados tienden, por regla general, a presentar altos índices de corrupción y sus actuaciones casi siempre desconocen derechos fundamentales de sus ciudadanos, no siendo infrecuente su instrumentalización de las instituciones públicas para favorecer sus intereses. Frente a este tipo de situaciones, se ha avanzado ya en su capacidad de detección, debido a que en las últimas dos décadas se han desarrollado numerosos indicadores que permiten una medición imparcial de la gestión gubernamental sobre la Hacienda Pública, y dan a conocer la situación de los Estados en temas de corrupción, transparencia, *doing business*, tasa efectiva de tributación, efectividad del gasto público y calidad de sus instituciones políticas (especialmente del sistema electoral). Esta información es preparada por agentes externos a los Estados, y ha venido adquiriendo una mayor relevancia sobre su imagen en la comunidad internacional, y sobre quienes diseñan las políticas públicas. Sin embargo, parece necesario dar un paso adicional para abordar dichas situaciones, entrando a analizar la necesidad de introducir en el sistema CRS ciertas excepciones, o al menos limitaciones, al intercambio automático de información tributaria con jurisdicciones que se comportan de la manera arriba mencionada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Aguilar, M. (2018). "El intercambio Automático de Información Tributaria: un análisis jurídico de los instrumentos para efectuarlo". *Revista Del ICDT*. Vol. (78). Pp. 307-351.

- Álamo, R., & Romero, M. (2023). "Ineficiencia De Las Normas Tributarias Ante La Economía Digital: Nuevas Reglas De Tributación Y Cumplimiento Cooperativo". *Crónica Tributaria*. Vol. 187(2). Pp. 11-42.
- Alsmady, A. (2023). "Accounting Information Quality, Tax Avoidance and Companies' Performance: The Moderate Role of Political Connection". *International Journal of Professional Business Review*. Vol. 8(1).
- Andrés, E., & Masbernat, P. (2022). "Constituciones y sistemas tributarios comparados". *Education & Law Review / Revista de Educación y Derecho*. Vol. (27). Pp. 1-14.
- Avu, R. (2001). "Globalization and Tax Competition - Implication for Developing Countries". *University of Michigan Law School*. Pp. 1 -12.
- Becerra, D., Rosales, A., & Gutiérrez, P. (2023). "Desafíos tributarios de la digitalización de la economía: una reflexión en torno al Proyecto BEPS". *Anáhuac Journal*. Vol. 23(1). Pp. 12-39.
- Bridges, M. (1996). "Tax Evasion; A Crime in Itself: Relationship with Money Laundering". *Journal of Financial Crime*. Pp. 161-168.
- Brito, L. & Iglesias, E. (2017). "Inversión privada, gasto público y presión tributaria en América Latina". (Private Investment, Government Expenditure and Tax Burden in Latin America. *Estudios de Economía*. Vol. 44(2). Pp. 5-30.
- Callejón, C. (2019). "Corrupción Electoral: Delitos E Infracciones Electorales". *Cuadernos de Política Criminal*. Vol. (128). Pp. 297-305.
- Carbajo, D. (2023). "LOS PARAÍDOS FISCALES". *Crónica Tributaria*. Vol. 186(1). Pp. 163-168.
- Cordeiro, J. (2022). "En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy (2021)". *Revista de Derecho. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay*. Vol. (26). Pp. 130-134.
- De la Osa Fondón, A. (2021). "Análisis Del Régimen De Las Obligaciones Conexas en Los Procedimientos Tributarios". *Revista de Derecho UNED*. Vol. (27). Pp. 785-817.
- Fernand, P. & Pastás, E. (2022). "Corrupción y crecimiento económico en América Latina y el Caribe". *Economía Del Caribe*. Vol. (29). Pp. 1-14.
- Fonseca, A., Fernández, E. & Martínez, A. (2019). "Factores empresariales e institucionales condicionantes de la presión fiscal a nivel internacional". *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 48(2). Pp. 224-253-253.
- García Roca, J. (2007). "Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato". *Cuadernos de Derecho Público*. Pp. 1-44.
- Gokalp, O. (2017). "Competition and corporate tax evasion: An Institution-based view". *Journal of World Business*.

- González, J. (2014). *Inversión extranjera y movimientos de capital especulativo en crisis financieras y su impacto en el indicador de crecimiento económico colombiano* (D. A. Londoño Bedoya (Ed.)).
- González, J. & Salas, Á. (2023). “Evidencias Internacionales De Fraude Fiscal Y Blanqueo De Capitales a Través De Los Paraísos Fiscales”. *Anduli: Revista Andaluza de Ciencias Sociales*. Vol. (24). Pp. 27-56.
- Grande, R. (2021). “Mitos y realidades del estado de bienestar”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Vol. (174). Pp. 175-177.
- Granell, F. (2020). “El Sistema Económico Internacional en 2019”. *Boletín Económico de ICE*. Núm. 3119. Pp. 13-30.
- Hall, R. (1996). “The effect of tax reform on prices and asset values”. *Tax Policy and the Economy*. Pp. 71-88.
- Hernández, B., López, C. & Villegas, E. (2022). “Esquemas Reportables, Una Puerta a La Violación Del Derecho Fundamental De No Autoincriminación Fiscal”. *Revista FACE*. Vol. 22(4). Pp. 108-117.
- Jaen, M. (2018). “Wagner’s Law: A Revision and a New Empirical Estimation”. *Review of Public Economics*. Pp. 13-35.
- Lazar, R. (2013). “Tax Evasion between Legality and Criminal Offense”. *Procedia*. Pp. 462-466.
- Lustig, N. (2017). “El impacto del sistema tributario y el gasto social en la distribución del ingreso y la pobreza en América Latina. Una aplicación del marco metodológico del proyecto Compromiso con la Equidad (CEQ)”. *Trimestre Económico*. Vol. 84(335). Pp. 493-568.
- Masbernat, P. (2022). «Educación fiscal y desarrollo de una ética y cumplimiento tributario». *Education & Law Review / Revista de Educación y Derecho*. Vol. (26). Pp. 1-13.
- Minarik, J. (2010). “Making Taxes Fair, and Good for Economy”. Committee for Economic Development.
- Ninulescu, P. (2022). “Tax Evasion and Tax Havens - a Critical Theoretical Survey”. *Annals of “Constantin Brancusi” University of Targu-Jiu. Economy Series*. Vol. (1). Pp. 261-264.
- Ospina, T. (2019). “Más allá de los Paraísos Fiscales: La ética contable como factor determinante en la construcción de confianza”. *Teuken Bidikay: Revista Latinoamericana de Investigación En Organizaciones, Ambiente y Sociedad*. Vol. 10(14). Pp. 29-42.
- Pérez Jordá, I. (2020). “Análisis De La Problemática De Las Infracciones Por Falta De Ingreso Tributario”. *Revista de Derecho UNED*. Vol. (26). Pp. 427-516. <https://doi.org/10.5944/rduned.26.2020.29204>.

- Piketty, T. (2014). *CAPITAL*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard university Press.
- Ramos, S. (2023). “Transparency of financial contributions to local political groups”. *Revista Espanola de La Transparencia*. Vol. (16). Pp. 121-143. <https://doi.org/10.51915/ret.282>.
- Rocha, J. (2022). “The application of tax sanctions in the framework of the tax control procedure: affectation to the right of defense of taxpayers”. *Ius et Veritas*, Vol. (65). Pp. 233-243-243.
- Sánchez, A. (2023). “Financial resources and public sector efficiency in the case of Spanish regions”. *Ekonomiaz*. Vol. (103). Pp. 248-283.
- Sarmiento E. (2023). “Sistema tributario de excepción en economías primarias, el caso colombiano”. *Revista Derecho Del Estado*. Vol. (56). Pp. 363-388.
- Steinberg, F., & Feás, E. (2022). «Ideas, Intereses E Instituciones en La Reforma De La Fiscalidad De Las Empresas Multinacionales». *Revista de Economía Mundial*. Vol. (62). Pp. 173-189.
- Taylor, L. (1996). «Crecimiento Economico, Intervencion del Estado y Teoria del Desarrollo». *Pensamiento Iberoamericano: Revista de Economía Política*. Vol. (29). Pp. 31-83.
- Thakor, T. (1991). “Cooperation versus Competition in Agency”. *Journal of Law, Economic & Organization*. Pp. 248-283.
- Thompson, E. (2021). “El IVA colombiano y los servicios digitales”. (Spanish). *Revista Del ICDT*. Vol. 57(84). Pp. 255-289.
- Ulrike, e. (2008). “The effectiveness and efficiency of public spending”. *Economic and Financial Affairs*. Pp. 1-36.
- Urrutia, J., Gordillo, D., Yancha, M. & Caicedo, F. (2022). “Legal Strategies That Contribute to Taxpayer Rights”. *Universidad y Sociedad*. Vol. 14(S5). Pp. 314-321.
- Vargas, C. & Peña, A. (2021). “Tendencias y desafíos de la tributación en Colombia y América Latina”. *Revista Espacios*. Vol. 42(6). Pp. 83-103.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Comisión de Expertos. (2016). *Informe Final presentado al Ministro de Hacienda y Crédito Público*. Bogotá - Colombia: Fedesarrollo.
- Consejo Europeo, Unión Europea. (2023). *Listado de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales*.
- Instituto Futuro. (June de 2022). “La necesaria medición de la eficiencia del gasto público”. *Boletín de Noticias de Instituto Futuro*.

OCDE. (2021). *Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*.

OECD. (2017). *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*. Paris: OECD Publishing.

OECD. (2020). *Automatic Exchange Portal*. N.A. OECD - Publications.

Semana. (2022). Reforma Tributaria de Gustavo Petro: cinco puntos que asustan a los colombianos. *Semana*.

The World Bank. (2020). *Doing Business*. Electronic.

Transparency International. (s.f.). *Corruption Perceptions Index*.

Capítulo 5

El grupo de acción financiera internacional y la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo

DAVID FERNANDO VARELA S.*
DANIEL SERRANO ACERO*

1. INTRODUCCIÓN

En 1931 en Nueva York fue capturado Al Capone, líder de la mafia, y fue procesado por varios delitos, entre ellos evasión de impuestos. En esa oportunidad, las autoridades judiciales descubrieron que las ganancias de Capone eran reportadas como lícitas a través de su inclusión en la contabilidad de lavanderías de su propiedad (Sanction Scanner, 2023). Esta anécdota, dio origen al término “lavado de activos”, con el que se hace referencia a un proceso de legitimación de capitales de origen ilícito que ha sido identificado y tipificado primero por los países afectados, y luego a través de instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas con-

* Profesor de planta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctor en Asuntos Internacionales de la Universidad Johns Hopkins, *School of Advanced International Studies* [SAIS] (Washington, DC) y Máster en Leyes de la Universidad de McGill (Montreal, Canadá). Investigador del Proyecto 71848, el cual hace parte del Programa 70593 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

* Profesor de Cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Candidato a Máster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás (Colombia).

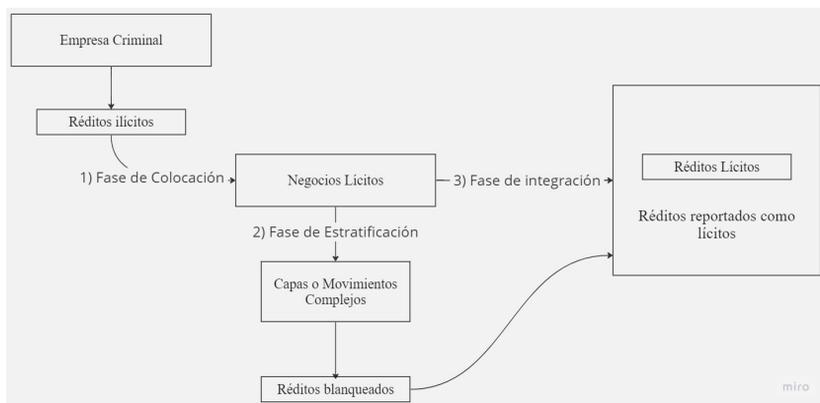
tra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena) y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 (Convención de Palermo) tratan del tema. No obstante, una de las definiciones más completas se encuentra en la ley americana: “el proceso por el cual los criminales intentan ‘ocultar o disfrazar la naturaleza, ubicación, fuente, propiedad o control’ de las ganancias mal habidas”. (McCarthy, 2018).

El mismo autor señala que este proceso es “un cáncer oculto que permite que la actividad criminal se esconda en todos los sectores de negocios legítimos”. Esta aseveración, ha sido confirmada con cifras: según el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) entre el 2 y el 5 % del PIB mundial correspondía a inicios de este siglo a fondos ilícitos (*International Monetary Fund*, 2001).

El lavado de activos tiene además un impacto adverso sobre la economía y hasta sobre la estabilidad política de algunos países porque ha sido reprimido severamente en todas las legislaciones nacionales modernas. Pero es también un problema internacional, que requiere de coordinación estrecha entre los países para adoptar medidas que permitan dismantelar las organizaciones criminales dedicadas al lavado. En realidad, el lavado es solo el final de una cadena de actividades delictuosas como el tráfico de drogas o personas, el contrabando y el financiamiento del terrorismo.

Existe un consenso doctrinal sobre las fases del lavado de activos. En primer lugar, Madinger (2011) afirma que comienza con la colocación de activos ilícitos en el sistema financiero. Es decir, mediante su introducción discreta en negocios lícitos a través de transferencias bancarias, adquisición de propiedades o el uso de testaferros. En segundo lugar, organismos como la Junta Directiva de la Reserva Federal (2002) señalan que se produce luego la etapa de estratificación o *layering*, en la cual se desvía el rastro de los dineros ilícitos mediante el uso de transacciones financieras complejas (su nombre en inglés es más explícito, pues indica que se crean capas transaccionales que dificultan o impiden el rastreo del dinero). Por último, Buchanan (2004) identifica la fase de integración como aquella donde el dinero canalizado a través de las anteriores etapas se integra a una economía en forma tal que no puede distinguirse de los de origen lícito. Las tres etapas se resumen en la Gráfica No. 1:

Gráfica 1. Fases del lavado de activo



Fuente: Elaboración propia.

El aspecto más preocupante del lavado de activos es que su magnitud puede alcanzar dimensiones que desbordan la capacidad de gobiernos individuales para enfrentar el problema del financiamiento del crimen organizado. Peor aún grupos terroristas pueden financiar sus actividades hasta el punto de convertirse en una amenaza para la seguridad internacional. La financiación de estas actividades se ha sofisticado y permite recolectar capitales desde cualquier parte del mundo a través de la red interconectada del sistema financiero mundial tal como se ha evidenciado en el caso de grupos radicales en el Medio Oriente. Este vínculo estrecho entre la tecnología utilizada por el sector financiero y las organizaciones terroristas o criminales que realizan transferencias electrónicas millonarias para desarrollar sus actividades ilícitas ha sido comprobado en el curso de numerosas investigaciones.

Sin embargo, la corrupción transnacional no es una parte menor del problema planteado por el lavado de activos. Funcionarios públicos que deciden beneficiarse de su posición para aumentar su patrimonio y compañías transnacionales interesadas en obtener la adjudicación de jugosos contratos utilizan con frecuencia el sistema financiero internacional para realizar sus negocios ilícitos bajo una apariencia de legalidad. El caso de Odebrecht es solo uno de los más conocidos y descubrió los altos riesgos que enfrentan los sistemas

financieros de países que no han logrado erradicar formas sistémicas de corrupción como las asociadas al financiamiento de campañas políticas o al control regional de la contratación pública por clanes familiares. Un sistema efectivo contra el lavado de activos puede constituirse en uno de los factores más poderosos para disuadir de prácticas corruptas si consigue elevar el costo o hace muy difícil el ocultamiento de los dineros mal habidos (Maitland et. al., 2011)¹.

La eficacia de estas disposiciones depende, sin embargo, de la capacidad de coordinar las acciones de los bancos y supervisores individuales en cada país en el entorno más amplio del sistema financiero global. Por eso, este estudio se concentra en analizar las principales medidas en la lucha contra el lavado de activos adoptadas en un marco multilateral por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o *Financial Action Task Force* (FATF).

El GAFI tiene como fin promover políticas y estándares para hacer frente a una problemática compleja: no solo de lavado de activos, la financiación del terrorismo sino también la proliferación de armas de destrucción masiva y otras amenazas a la seguridad internacional. Para lograr esos objetivos, el GAFI promueve la implementación de reglas y prácticas operacionales, regulatorias y legales de modo que a través de instrumentos típicos de *soft-law* genera procesos de cambio, actualización y refuerzo de regímenes normativos (*hard-law*) (King & Belikow, 2022).

El GAFI fue creado en 1989 en el marco de la reunión del grupo G-7 en París con el objetivo de establecer estándares y requisitos mínimos para que los países miembros implementen medidas efectivas en la lucha contra las diversas formas de uso indebido del sistema financiero internacional. El GAFI impulsa la adopción de regulaciones y prácticas operativas que pueden incluir la renovación y el fortalecimiento de los marcos normativos (Silva, 2021). Actualmente, cuenta con la participación de 36 países miembros. Además, incluye en su estructura un grupo diverso de observadores, entre los que

¹ La existencia de paraísos fiscales constituye otro aspecto del problema, pero no se trata en este capítulo pues se desarrolla en otro de la misma investigación.

destacan organizaciones como Naciones Unidas, Interpol y el Banco Mundial (BM), todas interesadas en salvaguardar la estabilidad del sistema financiero global y en combatir las actividades delictivas transnacionales.

Desde su establecimiento, el GAFI se ha dedicado a la elaboración de estándares internacionales para la prevención y detección de las actividades ilícitas (FATF, 2021). Estos estándares, inicialmente publicados en 1990, han sido actualizados en 2001 y 2012 sobre la base de la experiencia acumulada a nivel global y de acontecimientos de importancia mundial como los atentados terroristas del 11 de Septiembre del 2001. Hoy en día, además de sus miembros fundadores, más de 200 países o jurisdicciones han asumido el compromiso de poner en práctica sus recomendaciones. Para adaptarlas de manera más efectiva a las variantes y contextos regionales, el GAFI ha establecido subdivisiones llamadas “miembros asociados”. Estos entes intergubernamentales están compuestos por países de las principales regiones del planeta que asumen los mismos objetivos de salvaguardar la integridad del sistema financiero en sus respectivas zonas geográficas (Guerrero et. al., 2019).

2. LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL

Como ya se observó el GAFI elabora políticas y estándares para preservar la correcta operación del sector financiero en el manejo de los riesgos asociados al lavado de activos. Cada país conserva el derecho de adaptar esas políticas y estándares conforme a sus propias prioridades y necesidades, pues se trata simplemente de recomendaciones de un organismo internacional cuya implementación deben ajustarse a las condiciones locales. Las recomendaciones están diseñadas de modo que puedan servir de inspiración para explorar soluciones apropiadas a los problemas específicos de cada país. De ese modo un instrumento de *soft-law* internacional puede ser utilizado por cada país como fundamento de un diálogo interno de políticas públicas que en algunos casos conduce a reformas en el *hard-law*. Aparte de la dimensión legal, es esencial la evaluación de las capaci-

dades institucionales tanto del sector financiero como de las autoridades regulatorias locales que serán las responsables de hacer efectivas los cambios resultantes de las recomendaciones (Mateos, 2003).

Estas recomendaciones, pueden agruparse en las siguientes tres categorías principales según su objeto de regulación:

1. Recomendaciones que abordan el marco legal con el fin de dar un tratamiento integral al lavado de activos mediante su prohibición y sanción (Figueredo, 2016) a través de directrices y normativas dirigidas a:

1.1 La definición de conductas ilícitas como delitos graves y la tipificación del lavado de activos según lo previsto en las Convenciones de Viena (1988) y Palermo (2000) (recomendación 3)

1.2 El diseño de medidas cautelares para embargar o confiscar bienes ilícitos, habilitando su identificación, bloqueo y decomiso incluso sin necesidad de sentencias penales condenatorias (recomendación 4).

1.3 La consagración de excepciones al secreto bancario respecto de investigaciones asociadas con delitos de lavado de activos y conexos (recomendación 9).

1.4 El establecimiento de sanciones de distinta naturaleza (civiles, penales, administrativas) para IFs que no cumplan los estándares (Recomendación 35), o violen las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) (Recomendaciones 6 y 7).

2. Recomendaciones que abordan el marco institucional, cubriendo las funciones propias de las IFs y sus reguladores como la evaluación de riesgos, la cooperación doméstica, el cumplimiento de la ley (*law-enforcement*) y la cooperación internacional (Recomendaciones 1, 2, 26 y 27).

3. Las recomendaciones relativas a prácticas restrictivas, que incluyen las siguientes:

3.1 Recomendaciones 10 y 11 sobre la debida diligencia (*due diligence*) y los registros contables centradas en la recopilación y retención de información sobre los clientes de las instituciones financieras, y la naturaleza y el origen de sus relaciones con la institución,

que buscan evaluar los riesgos y descubrir a los beneficiarios reales de las transacciones financieras con el fin de detectar operaciones sospechosas y tomar decisiones informadas sobre ellas (Figueredo, 2016).

3.2 Las Recomendaciones 12 a 15 sobre atención a clientes y actividades especiales que abarcan aspectos como el tratamiento de las personas expuestas públicamente (PEP), la operación de la banca corresponsal, las transferencias internacionales de dinero o valores, la adopción de nuevas tecnologías y las operaciones electrónicas cada vez más frecuentes. Estas Recomendaciones destacan la importancia de un monitoreo permanente y efectivo sobre las transacciones bancarias (Figueredo, 2016).

3.3 Las Recomendaciones 17 a 19 se refieren a la delegación de las tareas de debida diligencia a terceros, la implementación de medidas preventivas en subsidiarias, filiales y sucursales, y la intensificación de las medidas respecto de las transacciones con personas de países considerados de alto riesgo por el GAFI.

3.4 Las Recomendaciones 20 y 21 establecen la obligación de las IFs de reportar transacciones sospechosas y protegen a estas instituciones, sus directores y sus administradores frente a posibles responsabilidades penales y civiles derivada de la divulgación de información restringida, si las realizan de buena fe en el marco de investigaciones contra el lavado de activos.

3.5 Las Recomendaciones 24 y 25 relativas a los beneficiarios finales que son cruciales para prevenir el uso de vehículos corporativos en el lavado de dinero y sus delitos conexos. Las IFs deben identificar a los beneficiarios finales de cualquier persona jurídica o transacciones fiduciaria de modo que se conozca al titularidad real y controlante efectivo de los vehículos.

3.6 La Recomendación 28 se refiere al monitoreo de las profesiones y negocios no financieros, de manera que las recomendaciones sobre la debida diligencia y los registros contables sean también aplicables a las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD). El GAFI destaca los riesgos de actividades como casinos, agentes inmobiliarios, comerciantes de metales preciosos, abogados,

notarios, contadores, agentes fiduciarios y proveedores de servicios postales o de domicilio (Crespo, 2016).

En general, todas las recomendaciones del GAFI están orientadas a lo que el Banco Mundial (BM) denomina un enfoque basado en riesgos (EBR) (*risk-based approach*). Los países pueden adoptar las recomendaciones de manera flexible para identificar y atacar los riesgos que detecten en un período dado y que pueden variar en el siguiente (International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2021). Por ejemplo, las recomendaciones sobre identificación de beneficiarios reales y reporte de transacciones no deben extenderse a la totalidad de las operaciones del sistema, sino a un grupo de alto riesgo detectado conforme a un modelo de gestión de riesgos. Sin embargo, el Banco ha observado que algunos gobiernos, sobre todo los latinoamericanos, no han aprovechado esta flexibilidad y al tratar de implementar rápidamente todas las recomendaciones del GAFI pueden haberlas convertido en una camisa de fuerza (Bahamón et. al., 2021).

3. EL SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA

3.1. El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

Uno de los subgrupos de GAFI es el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), establecido el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena (Colombia). Surgió de un acuerdo entre nueve naciones sudamericanas y originalmente se denominó GAFISUD. Su operación se concentra en la asesoría de las instituciones gubernamentales de cada país, pero su influencia puede extenderse hasta los poderes legislativos cuando asumen las recomendaciones emitidas por el GAFILAT (Stanziola, 2020). Actualmente, el GAFILAT cuenta con la participación de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay (Torre, 2016).

Así como el GAFI se encarga de elaborar políticas y estándares para preservar la funcionalidad del sector financiero global en la lucha contra el lavado de activos, el GAFILAT ha asumido para Latinoamérica la tarea de adaptar sus políticas y estándares a las particularidades de estas jurisdicciones. Esta adaptación no es sencilla, toda vez que la región se compone de países que enfrentan grandes retos en la prevención de estos delitos y su poder corrosivo sobre el sector financiero. Sirva solo como ejemplo de este problema el escándalo denominado *Panama Papers* que en 2016 reveló la existencia de más de 214.000 vehículos corporativos en ese país, algunos utilizados en esquemas de lavado de activos y de evasión de impuestos que involucraban, entre otros actores, a destacados dirigentes políticos de la región (Del Mundo, 2019).

Para analizar la experiencia del GAFILAT este trabajo seleccionó los principales países de la región y examinó los informes de ese organismo multilateral sobre la implementación de las recomendaciones sobre estándares aplicables a las operaciones del sector financiero en materia de delitos asociados al lavado de activos. Para ello, partió de la clasificación propuesta sobre la agrupación de las recomendaciones del GAFI en tres ejes (legal, institucional y prácticas restrictivas) para en seguida utilizar una metodología comparativo-normativa en donde: (a) se analiza la forma como han sido aplicadas las distintas recomendaciones en los principales países del GAFILAT (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú); y (b) se compara el estado de avance y los resultados obtenidos. Las tablas incluidas en los Anexos 1 a 3 de este capítulo han sido construidas con la información obtenida de los Reportes de Evaluación Mutua (*Mutual Evaluation Reports* (MERs)) y Seguimiento (*Follow-up Reports* (FURs)), elaborados por el GAFI con base en la información proporcionada por los distintos entes de control de cada jurisdicción sobre el nivel de cumplimiento de las distintas recomendaciones en cada país².

² Preocupa la situación de Argentina que desde el 2010 no ha sido objeto de un MER o un FUR, por lo que es difícil evaluar su realidad actual en la aplicación de las recomendaciones del GAFI conforme a la metodología utilizada en este estudio.

3.2. Los resultados de las evaluaciones de cumplimiento

Antes de comenzar el análisis se debe tener en cuenta la manera en que se determina el nivel de cumplimiento de las recomendaciones del GAFI. GAFI elabora los MERs y los FURs, con base en la información proporcionada por los distintos entes de control de cada jurisdicción sobre el nivel de cumplimiento de las recomendaciones en cada país. Las evaluaciones se realizan siguiendo una metodología que consiste en utilizar: (a) los materiales proporcionados por el país, incluyendo leyes, reglamentos y otros; y (b) los informes desarrollados por equipos que visitan el país evaluado en períodos de alrededor de una semana donde realizan reuniones con funcionarios y representantes de organismos gubernamentales y actores relevantes del sector privado (Dharmasri, 2022). Con base en lo anterior, GAFI aplica las calificaciones resumidas en la Tabla No. 1 acerca del grado de cumplimiento de cada recomendación en el país en cuestión.

Tabla 1. GAFI - Grado de cumplimiento de las recomendaciones por país

Cumplida (C)	La recomendación se observa completamente respecto a todos los criterios esenciales
Mayormente Cumplida (MC)	Solo existen diferencias menores, con una gran mayoría de criterios esenciales cumplidos totalmente
Parcialmente Cumplida (PC)	El país ha tomado algunas medidas sustantivas y cumple con algunos de los criterios esenciales
No cumplida (NC)	Hay deficiencias importantes, y no se cumple con una mayoría de los criterios esenciales
No aplicable (NA)	No se aplica un requisito o parte de un requisito, debido a las características estructurales, legales o institucionales de un país, por ejemplo, en ese país no existe un tipo particular de institución financiera

Fuente: Reporte de Evaluación Mutua Argentina. 2010 GAFISUD.

Las tablas recogidas en los Anexos 1 a 3 de este capítulo muestran que en el caso de los países seleccionados la mayoría de las Recomendaciones recibe una calificación PC lo que revela que todavía no se ha avanzado lo suficiente en la materialización de dichas Recomendaciones, incluyendo aspectos críticos para enfrentar desafíos cre-

cientes en la región, como los relativos a la regulación de las nuevas tecnologías y la vigilancia a los profesionales del derecho, la contaduría y los servicios postales (Figuero, 2016). En ausencia de desarrollos legislativos o regulatorios apropiados sobre estas materias, las autoridades de vigilancia carecen de herramientas eficaces para identificar las prácticas proscritas de lavado de activos de manera oportuna (Correa & Eluchans, 2011). En el contexto global, los puntajes en la evaluación del cumplimiento otorgados por el GAFILAT son significativamente inferiores a los obtenidos por la mayor parte de los países de Europa y Asia, que han logrado desplegar medidas más eficaces frente al lavado de activos y sus delitos conexos (GAFILAT, 2018). Además, es importante tener en cuenta que, a pesar de que existan países cuyas economías se consideran más “avanzadas” en Latinoamérica de acuerdo con indicadores socioeconómicos generales, como el caso de Chile, su progreso en términos de la implementación de las recomendaciones del GAFI puede ser menor que el de países cuyas economías son menos “maduras” como Colombia (GAFILAT, 2018).

3.2.1. Principales resultados acerca del grado de cumplimiento de las Recomendaciones sobre el marco legal

En general, el marco legal que proscribe el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en América Latina está consolidado: este estudio confirmó que Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú han adoptado leyes, decretos y ordenanzas que prohíben y castigan estas conductas desde hace varias décadas. Es un hecho también que en la región comportamientos de ese tipo están siendo sancionados a través de investigaciones judiciales que conducen a sentencias condenatorias, aunque las tasas de éxito sean muy variables entre países y aún en el mismo país en distintos períodos.

No obstante, los países difieren en el tratamiento judicial, administrativo y policial de estas conductas. Por ejemplo, en Chile no existe diferencia entre la solicitud de medidas cautelares para cualquier proceso penal y uno de lavado de activos. En Colombia los bienes asociados a un caso de lavado de activos pueden ser objeto inmediato de un proceso de extinción de dominio, orientado a eliminar el dere-

cho de propiedad entre los autores del delito y los medios/productos de su actuación para que ese dominio pase bajo el control del Estado desde el comienzo de la investigación, y al final pueda ser utilizado en la reparación de las víctimas o en labores de prevención de actividades criminales. Países como Brasil y Argentina no cuentan con instituciones similares y más bien han dotado a sus jueces de una amplia facultad interpretativa para aplicar medidas cautelares (Anexo 1) con el riesgo de que su aplicación pierda la consistencia deseada.

Respecto del secreto bancario contenido en la novena recomendación de GAFI los países latinoamericanos también difieren en su aplicación. A manera de ejemplo, la Ley argentina (No. 20697) señala que no se puede invocar el secreto bancario para ocultar una operación que sea calificada como sospechosa. Esto significa que las IFs son las llamadas a identificar las situaciones de riesgo de lavado de activos y determinar si son sospechosas o no, lo que en la práctica puede conducir a un cumplimiento parcial de la recomendación, debido a la imposibilidad de acceder a información de aquellas operaciones que no sean calificadas de sospechosas y por consiguiente no están sujetas a reporte ante las autoridades responsables. Algo similar ocurre en Brasil, donde solo cuando existe una investigación criminal puede levantarse el secreto bancario que tiene protección constitucional (Art. 5, Constitución del Brasil). Aunque las entidades financieras solo tienen el deber de reportar las operaciones calificadas como sospechosas (Ley C. 105 de 2011, Art. 1) han suscrito convenios para compartir información bancaria sobre cualquier transacción que sea posiblemente fraudulenta. El país líder en la región es México que ha facultado a todas las entidades del gobierno encargados de investigar operaciones sospechosas (Ver anexo 1) para levantar el secreto bancario.

Por último, en materia de sanciones se destaca que no existe un estándar único para castigar los comportamientos asociados con lavado de activos/financiamiento del terrorismo en la región. Cuando los responsables son procesados por dichas conductas, las sanciones penales o administrativas varían significativamente. Los mínimos o máximos de las penas privativas de la libertad son diferentes entre los países, sobre todo si se toma en cuenta el concurso con otros delitos y los topes máximos para este tipo de penas en la legislación nacional,

o si se combina estos límites con los institutos de reducción de penas o prisión domiciliaria que pueden reducir en forma sustancial las penas efectivas. Las administrativas también varían; en Brasil, el Banco Central (BACEN) puede imponer cancelaciones de matrícula, suspensiones, prohibiciones y multas; en Colombia se puede solicitar una congelación patrimonial en los registros públicos; en México es posible adelantar procesos rápidos que conduzcan a la confiscación.

En sus informes, los equipos del GAFI han analizado los tipos penales relacionados con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, su amplitud y alcance a través de mecanismos como estudio de casos y decisiones judiciales, así como la posibilidad de actuación que la ley le otorga a las entidades estatales correspondientes. El principal resultado de estos análisis es que en Latinoamérica solo se cumplen parcialmente las recomendaciones correspondientes al establecimiento de tipos penales lo suficientemente amplios. Los delitos están tipificados en las leyes correspondientes, pero existen retos en su implementación, especialmente dificultades en el momento de su investigación y los subsiguientes procesos judiciales. Los tipos penales tampoco cumplen con su objetivo disuasorio si sus penas también son insuficientes.

El régimen de medidas cautelares demuestra tener problemas similares pues subsisten en las legislaciones limitaciones y restricciones que no cumplen con las características de las recomendaciones GAFI. Esto también genera grandes retos en su implementación. En ocasiones no se brindan facultades suficientemente amplias a los funcionarios para la aplicación de las medidas cautelares y las existentes no se aplican de manera eficiente. Por eso, la conclusión general es la de un cumplimiento apenas parcial de estas recomendaciones.

Los pactos internacionales para el establecimiento de medidas de prevención y sanciones, principalmente las Convenciones de Viena y de Palermo, han sido suscritos por todos los países y constituyen un marco legal adecuado para la colaboración entre ellos en el desarrollo de investigaciones conjuntas. Sin embargo, en la práctica no se observa un flujo de información suficiente para garantizar una efectiva cooperación y los países no implementan totalmente lo establecido en cada acuerdo de manera homogénea.

3.2.2. Principales resultados acerca del grado de cumplimiento de las recomendaciones sobre el marco institucional

Para la evaluación de estas recomendaciones los MERs utilizan registros sobre actividades de las autoridades responsables del Estado, las normativas que determinan las funciones que se atribuyen a cada una en las actividades de prevención, y la eficiencia en la distribución de labores y la cooperación entre las diversas autoridades. En general, para los cinco países seleccionados encuentra varios niveles de confusión acerca de la distribución de las funciones y responsabilidades encaminadas a la prevención particularmente sobre registro de información, las obligaciones de reportar o las posibles consecuencias que puede aplicar cada entidad sobre actividades sospechosas. La multiplicación de instituciones oficiales responsables por lo común aumenta este problema y plantea serios retos de coordinación entre entidades que son autónomas unas de otras y se rehúsan a compartir información o a tomar medidas conjuntas.

Los MERs también evidencian fallas en la implementación de algunas Recomendaciones, como facultades insuficientes para solicitar y llevar registro de la información sobre algunas instituciones financieras, así como la posibilidad de desarrollar medidas preventivas. Los Reportes revelan una baja eficiencia en la comunicación entre las entidades y en el flujo de la información que genera barreras en la cooperación entre ellas al momento de realizar la evaluación de riesgos y tomar decisiones. La situación descrita se extiende a la esfera de cooperación internacional donde subsisten graves insuficiencias en las medidas establecidas por los países analizados para detectar actividades sospechosas o tomar acciones conjuntas cuando son detectadas en instancias de cambio de divisas o transacciones internacionales, a veces por medios electrónicos. Con frecuencia las medidas son insuficientes o ignoran los parámetros de las recomendaciones.

3.2.3. Principales resultados acerca del grado de cumplimiento de las recomendaciones que abordan las prácticas restrictivas

Las prácticas restrictivas constituyen uno de los desafíos más importantes para la implementación de las recomendaciones contra

el lavado de activos y la financiación del terrorismo pues generan barreras prácticas y operativas que pueden detener desde su inicio cualquier intento por extender la criminalidad financiera a una jurisdicción. El estudio de su implementación (Anexo 3) en recopilar la mayor cantidad de información posible sobre el cliente antes de prestarle servicios financieros. Por ejemplo, en Argentina la legislación asigna a las IFs la carga de conservar la documentación de identificación, aunque el procedimiento para su revelación y entrega a las autoridades no es claro. En Brasil, a las mismas instituciones se les asigna una carga similar y es el BACEN quien determina en qué circunstancias se debe revelar la información recogida sobre el consumidor financiero. En Chile y Colombia existe una prohibición expresa para que las entidades financieras no coloquen sus productos sin antes verificar los datos del consumidor, lo que debe permitir que la entidad conozca desde el principio con quién trata (*know your client*). Por su parte, países como México permiten que las cuentas de valor mínimo o bajo monto sean abiertas y administradas sin obtener mayor información sobre el cliente, lo que incrementa los riesgos para las entidades financieras y sus actividades.

Ahora bien, los estudios previos o *due diligence* constituyen una práctica restrictiva clave que todavía solo se acoge con algún recelo en la región; subsisten dudas sobre su utilidad y aplicación, y los países no están de acuerdo sobre si su tercerización es conveniente o deseable. Sobre todo, si dicha tercerización se realiza con entidades localizadas fuera de sus fronteras. A manera de ejemplo, en Argentina no existe prohibición expresa de delegación de esta actividad mientras que sus resultados sean compartidos con las autoridades. Por el contrario, en Brasil las entidades financieras no pueden delegar esta tarea y debe existir un comisario o administrador que la supervise en la estructura de cada institución financiera. Algo similar ocurre en Chile donde, en el caso de negocios cuantiosos o grupos empresariales, la institución debe designar un funcionario de alto nivel que analice la información suministrada antes de tomar una decisión de negocios. Otros sistemas han adoptado soluciones mixtas, como en Colombia donde las IFs deben adelantar sus propios procesos de “debida diligencia”, pero los encargados dentro de la institución pueden capacitarse internacionalmente. Además, Colombia

permite utilizar que este ejercicio se base en información recopilada en bases de datos públicas.

Es en el campo del monitoreo de las profesiones y negocios no financieros donde se evidencia la más baja tasa de cumplimiento de las recomendaciones GAFI en la región. En Argentina no existe regulación al respecto; en Brasil se reconoce que algunas profesiones pueden ser instrumentales en el blanqueo de capitales —abogados, notarios, contadores, agentes empresariales e inmobiliarios, comerciantes de joyas— pero en la práctica no se les aplican las normas de lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT). En cambio, Chile y Colombia, han focalizado su atención sobre los riesgos de las actividades de casinos y juegos de azar, por lo que han establecido restricciones como los permisos de operación, el estudio previo de los antecedentes de administradores y accionistas, etc. Estas precauciones no aplican a otras actividades/profesiones que son igualmente riesgosas como las relacionadas con joyas o finca raíz.

En general, no se observa un esfuerzo significativo por ampliar el espectro de prevención del LA/FT a las profesiones y actividades que resultan indispensables para la ejecución de esas conductas criminales. Ciertamente los desafíos son enormes dado el alto número de profesionales, la baja capacidad de regulación estatal o de autorregulación donde existe la colegiatura obligatoria de ciertas profesiones. La dispersión territorial de actividades como las de joyas o inmuebles también dificulta su control. Existen también disposiciones sobre secreto profesional que pueden terminar protegiendo a abogados o contadores involucrados en actividades ilícitas. El trabajo en este campo parece más bien espasmódico, asociado con escándalos o crisis específicas y bajo presión de medios de comunicación o redes sociales, pero no revela una consistencia en la aproximación al problema. Se trata del área que quizás merezca de la mayor atención en los trabajos de GAFILAT y sus países miembros en los próximos años.

3.3. Reflexiones y recomendaciones para los países latinoamericanos

Una visión de conjunto de los informes de cumplimiento del GAFILAT revela que subsisten numerosos desafíos en América Latina para el cumplimiento de las recomendaciones sobre lavado de acti-

vos y financiación del terrorismo (LA/FT). Estos reportes deberían servir de base para el desarrollo de las políticas públicas de cada país, que se desarrollarían posteriormente a través de los instrumentos legales apropiados. Tales políticas necesariamente afectan los intereses de las IFs que continúan objetando algunas de las medidas por su alto costo y bajo beneficio. El diálogo tiene que continuar y posiblemente ampliarse a las profesiones/actividades de alto riesgo que hasta ahora no han sido objeto de suficiente atención.

No será sencillo llegar a un acuerdo, pero incluso avances pequeños y graduales basados en las experiencias regionales e internacionales de GAFI pueden ser muy benéficos para todos los países. La criminalidad financiera es un fenómeno transnacional y por consiguiente de alta movilidad; las organizaciones que la utilizan detectan rápidamente las vulnerabilidades de un país y las aprovechan. Del mismo modo, cuando las herramientas de prevención de un país se fortalecen trasladan sus operaciones a jurisdicciones que no cuentan con los mismos recursos. Por eso es en el mayor interés de todos los países y de cada uno en particular que exista un estándar mínimo muy robusto que convierta a la región en “poco amigable” para esas prácticas como ya ha sucedido en otras partes del mundo.

Se destacan a continuación las áreas donde los países latinoamericanos podrían centrar sus trabajos en los próximos años:

1. Sobre las Recomendaciones referentes al marco legal: La principal consiste en el establecimiento de tipos penales extensivos para el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, aunque no basta que los delitos estén tipificados sino que es necesario superar las deficiencias en su prevención y castigo (*law-enforcement*), desde el punto de vista de la efectividad de las investigaciones y los procesos judiciales que requieren de equipos especializados de alto nivel (*task forces-swat teams*) diferentes de los asignados a la persecución de otro tipo de actividades criminales, sobre todo las puramente locales. El régimen de medidas cautelares también puede mejorarse superando las limitaciones legales actuales y asegurando una aplicación más eficiente y consistente, sobre todo en lo que respecta a los activos utilizados en la comisión del delito o los que constituyan su producto. Los pactos internacionales establecen los canales adecuados para la colaboración entre países y deben utilizarse más ampliamente para

remover los obstáculos que todavía encuentran los flujos de información. Idealmente los países deberían avanzar hacia un tratamiento judicial y administrativo de estas conductas más consistente, con unos estándares comunes para máximos y mínimos de penas, y para la aplicación de institutos como la complicidad/coparticipación, concursos y tentativas. Esta es un área que requiere de una política criminal coordinada a nivel internacional que enfrente adecuadamente a las poderosas organizaciones que se lucran del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Puesto que la parte penal toca elementos legislativos que requieren un debate más amplio a nivel de las tres ramas del poder público, puede comenzarse con la administrativa en la que los gobiernos suelen contar con mayor capacidad de decisión para coordinar políticas y prácticas a través de las entidades que han designado como enlace con GAFILAT.

2. Sobre las Recomendaciones referentes al marco institucional: Los Informes de Evaluación Mutua (EM) han encontrado debilidades en algunas normativas, en los registros estatales de información y sobre todo en la eficiencia en la distribución de funciones y la cooperación entre entidades del mismo gobierno. Principalmente, suele existir confusión en la distribución de funciones relacionadas con la prevención, como el registro de información, las obligaciones de reportar y las posibles consecuencias para actividades sospechosas. Además, se evidencian limitaciones en las facultades de ciertas entidades para solicitar y registrar información, así como para desarrollar medidas preventivas. La comunicación ineficiente y barreras en la cooperación entre entidades también se destacan como problemas a resolver. Todas estas son cuestiones que podrían tratarse a través de un liderazgo más efectivo en los más altos niveles gubernamentales, que, sin necesidad de reformas legales de fondo, ajusten las piezas del engranaje estatal a torno a las prioridades detectadas por GAFILAT para cada país. Mecanismos de coordinación interinstitucional, asignación de prioridades y flujos automáticos de información pueden ayudar a superar rápidamente las vulnerabilidades detectadas. A nivel regional, una de las deficiencias más serias en las medidas adoptadas por la mayoría de los países consiste en la detección de actividades sospechosas en cambios de divisas o transferencias internacionales. La innovación tecnológica ha permitido la irrupción de nuevos actores no financieros con plataformas muy robustas que escapan

fácilmente al control de las autoridades. Es claro que las medidas adoptadas respecto de estos canales (incluidos monederos digitales y otras aplicaciones *Fintech*) son todavía muy básicas y no son consistentes con los parámetros establecidos por las recomendaciones luego deberían ocupar un lugar prioritario en la revisión del marco institucional (a quien se asignan las funciones de supervisión de esas actividades, con qué facultades y con cuales recursos).

3. Sobre las Recomendaciones referentes a prácticas restrictivas: La región muestra una tendencia a recopilar abundante información del cliente antes de proporcionar servicios financieros, con variaciones en los procedimientos y claridad en la revelación de información a las autoridades entre los países. Más desigual es la calidad de la información recopilada y su efectiva utilización en actividades de prevención o investigación, un área donde debería existir un estándar mínimo común que evite la sobresaturación de información pero que fomente los flujos entre instituciones locales y a nivel internacional. Este estudio también observa variaciones en la aceptación de la tercerización del *due diligence*, con algunos países permitiéndola si la información se comparte con las autoridades, y otros prohibiéndola. Para un sector financiero globalizado no deberían subsistir este tipo de barreras; lo que realmente interesa es la calidad de los resultados, no quién o en donde lo realiza por lo que prohibiciones y restricciones en este sentido deberían removerse. El monitoreo de profesiones y negocios no financieros registra el más bajo cumplimiento en la región. La regulación varía, desde la falta de normativa en Argentina hasta la identificación de ciertas profesiones y actividades sospechosas en Brasil, Chile y Colombia. Es en este campo donde los mayores esfuerzos deberían realizarse para extender las actividades de prevención. Sin embargo, no es posible tratar de abordarlas todas al mismo tiempo y en todas partes. Un plan de acción conjunto en este campo debería seleccionar algunas actividades prioritarias, arrancando preferiblemente con las más visibles y de mayor monto como las relacionadas con grandes proyectos inmobiliarios (en los que suelen estar involucradas empresas y profesionales de muy distinta procedencia, con frecuencia de distintos países).

4. CRÍTICAS AL MODELO DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA LATINOAMERICANO

Si el análisis de los reportes GAFILAT muestra apenas un cumplimiento parcial de la mayoría de las recomendaciones es necesario preguntarse sobre las causas de esa situación. Para ese fin pueden formularse por lo menos dos hipótesis: los países no quieren o no pueden integrar correctamente las recomendaciones en sus ordenamientos jurídicos o en su aparato institucional, o la medición de implementación no es la correcta. Los problemas de voluntad política pueden existir, pero no son protuberantes en la medida en que todos los gobiernos han ratificado el compromiso internacional asumido con GAFI y ninguno lo ha repudiado (sería tanto como excluir en cierto modo su propio sistema financiero del global, tal como hasta cierto punto lo ha hecho Venezuela). Las barreras jurídicas o institucionales locales pueden removerse gradualmente y existe evidencia de que algunos países lo han logrado. Cada reforma toma tiempo para madurar y aclimatarse con las condiciones particulares del país, pero en la mayoría la existencia de una recomendación internacional puede ayudar a los generadores de políticas.

Por el contrario, los informes de seguimiento de los distintos países evaluados siguen una metodología rígida y burocrática que limita su actualización periódica. Se redactan después de visitas de los funcionarios del GAFILAT que contrastan su propia guía con la información que el país evaluado entrega. En la práctica, el reporte solo toma en cuenta una fracción de la información disponible en cada país (la proporcionada por el organismo gubernamental de enlace) lo que limita el esfuerzo de GAFILAT para examinar otras fuentes que pueden proporcionar datos valiosos sobre el cumplimiento efectivo de las recomendaciones. De ese modo las metodologías utilizadas pueden no adaptarse a la realidad regional (Toso, 2016) lo limita la efectividad de los informes de seguimiento y la comprensión integral de los desafíos que enfrentan los países en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La rigidez metodológica puede no capturar las complejidades y matices de la implementación en contextos diversos, lo que lleva a que las evaluaciones no reflejen con precisión la situación en el terreno o que se queden rápidamente

te desactualizadas sobre todo frente a la irrupción de nuevas tecnologías.

La falta de conexión entre una realidad regional muy fluida y una metodología muy rígida plantea el interrogante sobre si esta última puede volverse pertinente para las particularidades de los países latinoamericanos y cómo. La diversidad en estructuras gubernamentales, marcos legales y contextos socioeconómicos puede requerir enfoques más flexibles y contextualizados. Una revisión de las metodologías actuales podría considerar la inclusión de elementos que reflejen la complejidad regional y permitan una visión más precisa y significativa sobre el cumplimiento de las recomendaciones en este contexto, y sobre todo rastrear su rápida evolución con mecanismos de evaluación rápida que utilicen al máximo las nuevas tecnologías de información y comunicaciones, y observen su impacto en las prácticas de las IFs y sus clientes.

4.1. Primera aproximación al problema

En el informe elaborado por el Comité Interamericano Contra el Terrorismo³ se aborda el nivel de cumplimiento de las distintas recomendaciones del GAFI y se concluye que un buen número de países latinoamericanos no logran cumplir con todas las recomendaciones e incluso hay países que no cumplen sino con muy pocas (Toso, 2016). Esta situación es preocupante dada la necesidad de una eficiente articulación y cooperación a nivel global para prevenir y perseguir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. A medida que avanzan los procesos de interconexión y globalización institucional y empresarial, las distintas jurisdicciones deberían no solo desplegar mecanismos para hacer frente a estas problemáticas al interior de sus territorios, sino sobre todo lograr una efectiva comunicación con las jurisdicciones que estén geográficamente cercanas y con las que sostengan relaciones comerciales y diplomáticas, con

³ Vid.: Metodología para la evaluación del cumplimiento técnico de las recomendaciones y la efectividad de los sistemas de lavado de activos y financiación del terrorismo (2020).

el objetivo de lograr el mayor nivel posible de cumplimiento de los estándares del GAFI (González-Martin, 2020).

De lo contrario la debilidad de un país o grupo de países compromete la eficacia del sistema en su conjunto, porque el crimen organizado transnacional avanza en la utilización de herramientas cada vez más sofisticadas para canalizar el producto de sus actividades ilícitas, de manera que, aprovechando la tecnología existente, puede movilizar en cuestión de segundos billones de dólares por todo el planeta (Naím, 2022) Al igual que sucedió durante la crisis sanitaria del COVID-19, en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo ningún país está seguro hasta que todos lo están (Geiger & Wuensch, 2007).

La reticencia de algunos Estados latinoamericanos a adoptar las medidas recomendadas puede reflejar tanto situaciones políticas internas como una alta capacidad de cabildeo —p.ej. los gremios financieros en Colombia (Rodríguez, 2019). Este tipo de asociaciones de IFs tratan de evitar o reducir una regulación que consideran demasiado onerosa y potencialmente perjudicial para su modelo de negocios. La debilidad institucional de los reguladores financieros puede ser un factor también importante: estas agencias ya están sobrecargadas con las tareas regulatorias referidas a la estabilidad del sistema y prefieren no asumir mandatos nuevos que exigen de esfuerzos y recursos adicionales, esto últimos no siempre disponibles. Lo cierto es que no existe una sola explicación para el fenómeno del cumplimiento parcial que pueda aplicarse íntegramente a todos los países estudiados o los diversos ángulos de la problemática de prevención del lavado de activos. Si a esto unimos la asimetría existente en el nivel de cumplimiento de las distintas regiones, surge la pregunta de que podría hacer GAFILAT para adaptar mejor las recomendaciones a las problemáticas particulares de cada país y para proporcionar asistencia técnica a sus países miembros en el proceso de implementación.

4.2. *El principio de proporcionalidad y los estándares internacionales del Grupo de Acción Financiera*

Los organismos intergubernamentales encargados de sugerir políticas públicas o estándares para el desarrollo de actividades de relieve internacional suelen fundamentarse en las experiencias de los países industrializados que cuentan con mecanismos sociales, económicos y políticos más complejos y maduros. Si bien sus sugerencias pueden estar basadas en altos estándares técnicos y científicos, las propuestas solo serán útiles si son adaptadas al contexto del país específico en el que se tratan de desplegar.

Esta característica, denominada principio de proporcionalidad, ha sido desarrollada en uno de los más recientes informes del Banco Mundial (BM)⁴, que aborda de manera específica los mecanismos de regulación financiera y plantea como un aspecto central la relación entre las normas internacionales de *soft-law* y la formulación de las políticas públicas domésticas (que pueden necesitar para su implementación normativa de *hard-law* y regulación complementaria).

Según el Banco, el principio de proporcionalidad exige que la regulación sea apropiada para el ambiente institucional y la capacidad de supervisión efectiva de cada país. En consecuencia, el principio se cumple cuando el nivel de intervención pública mediante normas, restricciones o sanciones no excede lo que es apropiado para lograr los objetivos sociales. La no observancia de este principio puede crear efectos negativos como: (a) la expedición de normas arbitrarias; (b) la falta de capacidad institucional para ejecutar las políticas o cumplir las normas; y (c) el aumento excesivo de los costos de cumplimiento (Vera, 2016).

Conforme a este marco analítico, las deficiencias sustanciales encontradas en la región latinoamericana respecto del cumplimiento de las distintas recomendaciones sugeridas por el GAFI resultarían de la no aplicación del principio de proporcionalidad, debido a que dichas recomendaciones no estarían teniendo en cuenta, o no se es-

⁴ *Regulación y Supervisión bancaria: Una década después de la crisis financiera global* (2020).

tarían adaptando, al nivel institucional y a la capacidad de cumplimiento de los países latinoamericanos que, aún con ciertas diferencias, son relativamente similares (Gilmour, 2023).

4.3. Otras posibles causas de las debilidades del modelo del Grupo de Acción Financiera Latinoamericano

Un buen número de autores norteamericanos y europeos consideran que el problema no se encuentra necesariamente en una inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad, sino en otro tipo de causas. Así, Teichmann (2020) subraya que en ocasiones los agentes encargados de desarrollar estas recomendaciones no están familiarizados con los métodos utilizados para lavar dinero. En este mismo sentido se pronuncia Sullivan (2015) quien afirma que la aplicación de las normas, en la práctica, carece de una relación simbiótica con los reguladores y transita por vías separadas, situación que dificulta su buena implementación. Por su parte, Manning et al. (2018) resalta que los bajos niveles de cumplimiento pueden ser ocasionados por inconsistencias en el desarrollo de las políticas o por un mayor seguimiento del desempeño en el despliegue de las recomendaciones por parte de aquellos países que ya muestran un alto nivel de cumplimiento. Koster (2020) considera, sin embargo, que el verdadero problema está en la necesidad de implementar mecanismos más fuertes para mejorar la supervisión y la cooperación internacional, y que de esta manera se podría incrementar el nivel de cumplimiento en los países latinoamericanos. Finalmente, Cassara (2020) afirma que el verdadero problema es que el cumplimiento para los países latinoamericanos se vuelve costoso y arduo debido a la falta de capacidad en el tratamiento de la información de actividades sospechosas lo que vuelve ineficientes las medidas desplegadas.

En definitiva, si bien estos autores identifican diversas causas para el no cumplimiento pleno de las recomendaciones GAFI contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, lo cierto es que, en su opinión, la mayoría se relacionan con los recursos necesarios para financiar la implementación y desplegar de mejor manera una actividad coordinada que incluya a los países latinoamericanos y a sus socios comerciales (González-Martín, 2023). Solo mediante la coo-

peración internacional, los países que cuentan con mejores articulaciones institucionales y con una adecuada relación entre sus entes reguladores y las IFs pueden ayudar a los demás a poner en práctica las políticas recomendadas por el GAFI.

4.4. La falta de claridad en la metodología de recopilación y análisis de datos en las evaluaciones del Grupo de Acción Financiera Latinoamericano

Otro de los problemas observados que puede explicar en cierta medida la asimetría entre los resultados de los países latinoamericanos frente a los europeos y asiáticos en relación con el grado de cumplimiento con las recomendaciones del GAFI, es la falta de claridad en la metodología de recolección y cualificación de los datos utilizados para llevar a cabo las evaluaciones, cuyos resultados se presentan después en los MERs (Bahamón, 2021). Esto es particularmente problemático en relación con la determinación del rango de cumplimiento a la luz de los desarrollos normativos que haya experimentado los distintos países.

Un buen ejemplo de esta situación se observa en la calificación recibida por Perú y Colombia en los MERs de 2019 en relación con la Recomendación 20 del GAFI sobre reportes de operaciones sospechosas (ROS) que incluye el análisis de los mecanismos de comunicación, la cantidad de reportes realizados y los procedimientos operativos. Así, mientras Perú obtuvo una calificación de C (Cumplida), Colombia solo recibió una calificación de MC (GAFILAT, 2018). Esto se debió a que, a pesar de que la obligación de reportar estas operaciones está consagrada para todas las entidades financieras colombianas, en relación con las casas de cambio y los operadores de transferencia postal dicha obligación aparece en el Estatuto Financiero de Colombia, sino en resoluciones de la Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, y en los estatutos de la Unidad de Investigación y Acción financiera (UIAF) (Bayona-Rodríguez, 2019). Sin embargo, la distinta naturaleza de las fuentes de las obligaciones no afecta ni a su existencia, ni a su obligatoriedad.

Este ejemplo sugiere que los niveles de cumplimiento de las Recomendaciones pueden estarse evaluando sin seguir criterios uniformes y preestablecidos con base en la mejor información disponible y las observaciones particulares de cada grupo de trabajo. Como resultado, las evaluaciones de cada país pueden arrojar calificaciones sustancialmente distintas, lo que puede generar dudas respecto al desarrollo efectivo de las Recomendaciones GAFI en los distintos países y el avance de sus políticas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En últimas, estas inconsistencias en la metodología pueden generar confusión sobre la manera idónea de implementar las recomendaciones por falta de puntos de referencia claros y precisos (Ortega, 2021).

La falta de dicha metodología uniforme de evaluación y la excesiva “libertad” con que se realiza cada MER se confirma al observar las disparidades en la evaluación de un mismo país. La determinación del grado de cumplimiento de las Recomendaciones 2 (tipificación del delito de financiamiento del terrorismo) y 3 (tipificación del delito de lavado de activos) en el MER de Argentina de 2010 son un claro ejemplo de esta situación. El Reporte otorga una calificación de PC a Recomendación 3 debido al bajo número de condenas y de investigaciones sobre lavado de activos en los años previos. Sin embargo, al evaluar la Recomendación 2 se afirma que no es posible determinar su grado de cumplimiento debido al bajo nivel de investigaciones y condenas, razón por la cual le otorga también una calificación de PC.

4.5. Reflexiones y recomendaciones para el Grupo de Acción Financiera Latinoamericano

Las propuestas del GAFI y del GAFILAT han probado ser útiles para comprender las diversas dimensiones de un problema global reconociendo sus peculiares aristas regionales, de modo que reguladores bancarios e instituciones financieras puedan abordar el problema de una manera consistente y en un marco colaborativo. También existen historias de éxito en la lucha contra la corrupción en la región con resultados concretos en términos de soluciones a problemas puntuales, en las que las recomendaciones GAFI ha jugado un papel fundamental, aunque sea secundario sobre todo porque las

transacciones fueron detectadas en forma tardía, después de iniciadas las investigaciones criminales, no como resultado de una práctica preventiva del sector financiero trabajando con su regulador.

En efecto, en el caso Montesinos en Perú todos los recursos del asesor presidencial y sus cómplices terminaron bloqueados en diversas jurisdicciones (Solórzano, 2018), o el caso de FIFA en América Latina donde no solo se pudieron retener los recursos, sino que también se arrestaron altos funcionarios de la FIFA en varios países, GAFI y GAFILAT jugaron un papel marginal (Muñoz, 2022). Odebrecht continúa siendo el caso más icónico en materia de lavado de activos de América Latina y los resultados fueron más alentadores: se logró congelar cuentas y recaudar alrededor de 37 millones de dólares asociados a sus actividades ilícitas en diversas jurisdicciones. La rapidez en la circulación de la información financiera hacia los investigadores de diversos países facilitó la iniciación y avance de los procesos e incluso su terminación anticipada gracias a las pruebas proporcionadas por los bancos (Peyretti, 2022). Sin embargo, escándalos como *Panama Papers* sugieren la necesidad de reforzar la implementación de las recomendaciones GAFI en la región, principalmente en lo relacionado con las profesiones y actividades no financieras (Del Mundo, 2019). Seguramente las sanciones impuestas a Rusia con motivo de la guerra de Ucrania requerirán de un fortalecimiento adicional para evitar que los sistemas financieros latinoamericanos se utilicen para eludirlas. Del mismo modo, el crecimiento de los activos y los canales digitales plantea enormes desafíos para GAFI pues sus transacciones ni siquiera se realizan a través de las IFs tradicionales⁵. Se trata de situaciones relevantes para GAFI que deberá reforzar sus mecanismos para cumplir con la tarea de desarrollar “alertas tempranas”.

Sin embargo, después de más de 30 años de existencia la relación entre el diseño y la implementación de la mayoría de las recomendaciones continúa representando un desafío para los sistemas de gestión del riesgo del sector financiero en países en desarrollo, como los latinoamericanos reseñados en este estudio. Estos sistemas (en algunos países denominados SARLAFT y SAGRILAFT) han avanzado

⁵ Vid.: Laundering, E. (2021). Virtual Assets and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (2).

en la protección de los sectores real y financiero de los países que los han adoptado, posiblemente de manera más efectiva que los códigos penales que solo pueden brindar una protección rígida y lenta frente a una actividad en constante y rápida evolución como el lavado de activos. GAFILAT y sus países miembros tendrán que continuar trabajando en el cierre de la brecha entre las recomendaciones y su aplicación efectiva, sobre todo para asegurar la integridad del sistema a nivel mundial. Es en el interés de la comunidad internacional asegurar la eficacia conjunta del mecanismo de protección, independientemente del curso de las investigaciones policiales y los procesos penales, que deberán dismantelar las organizaciones criminales que se encuentran detrás de estas actividades.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES

Esta revisión general de la experiencia de GAFILAT y de algunos países latinoamericanos (los más importantes por el tamaño de sus economías) muestra los logros de un mecanismo de coordinación global en un entorno regional. Revela sobre todo la importancia de sus herramientas de monitoreo y evaluación, respaldadas por la asistencia técnica que brindan a los países miembros, alrededor de la implementación en un contexto nacional diferente de recomendaciones que apuntan a la adopción de estándares comunes para fortalecer la actividad financiera y la de los reguladores nacionales para la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Las actividades de GAFILAT o la implementación de sus recomendaciones puede no ser muy visible en los medios de comunicación o en las redes sociales, como sucede con los procesos penales relacionados con estos delitos, pero cumple un papel “en la sombra” y tocan las transacciones más frecuentes de ciudadanos y empresas que ya se han acostumbrado a sus procedimientos básicos a través de las prácticas de las instituciones financieras.

Las diferencias observadas en el avance de la implementación de las recomendaciones reflejan distintos niveles de compromiso político de los líderes gubernamentales, y también coyunturas particulares

como la mayor exposición de países como Colombia y México a las amenazas de organizaciones financiadas por el narcotráfico que los ha obligado a desarrollar herramientas más robustas para detener sus intentos por utilizar los sistemas financieros locales para canalizar sus enormes recursos. La extinción del dominio mencionada en la sección 3.2 es una clara prueba de una reacción fuerte a esa amenaza inmediata y puede servir de inspiración a los países que todavía no la han adoptado, pero pueden ser objeto de ataque por las mismas organizaciones criminales o por actores estatales o grupos terroristas de otras regiones que buscan canales en América Latina para movilizar sus recursos como ya se ha identificado en el caso de algunos del Medio Oriente.

Todos los países muestran áreas con mayores fortalezas, pero también se detectan las vulnerabilidades que deberían ser el objeto del diálogo de políticas públicas que la actividad de GAFILAT debe general. Cómo fortalecer los sistemas de gestión de riesgo sin aumentar excesivamente los costos de transacción de las instituciones financieras, y cómo homologar las herramientas disponibles en cada país alrededor de los estándares comunes que propone GAFILAT. Las divergencias observadas en cuanto a sanciones penales y administrativas merecen especial atención en los futuros informes GAFI. El “arbitraje regulatorio” sobre un tema tan sensible para la comunidad internacional es por completo indeseable y deberían explorarse mecanismos de coordinación de política criminal como los que se sugieren en la sección 2.

Quizás los principales desafíos continúen asociados con los intercambios de información entre IFs y autoridades gubernamentales de diferentes países. Para ser efectivos idealmente deberían ser automáticos y solo por solicitud de autoridad administrativa (no judicial) a la manera propuesta por los mecanismos de prevención de delitos fiscales. En América Latina se observa todavía una tendencia a “compartimentalizar” la información, sobre todo cuando confluyen autoridades con mandatos no siempre claramente delimitados (Anexo 3). Esta es una nueva frontera para GAFILAT que deberá ser abordada en paralelo con los cambios tecnológicos que están permitiendo una mayor integración de las economías y los sistemas financieros, incluso a través de instituciones no bancarias.

Un área casi completamente inexplorada y que probablemente deba recibir mayor atención es la de las actividades y profesiones no financieras que son instrumentales para la comisión de los delitos conexos con el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Aunque los desafíos en este campo son inmensos por la dispersión de estas actividades, la debilidad de su regulación debe superarse gradualmente, detectando las de mayor riesgo y realizando diagnósticos por país para rastrear mejor su problemática y proponer medidas correctivas tal como se sugiere en la sección 3.2. Aunque no se pueden anticipar resultados rápidos en un medio tan complejo y diverso, es indispensable comenzar cuanto antes la reflexión al respecto, posiblemente en torno a las prácticas de países OECD que ya han fortalecido la regulación de estas actividades y profesiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Bahamón, M., Cujabante, A., & Durán, A. (2021). “Lavado de dinero y corrupción: necesidad de mayor investigación para un sustento empírico sólido”. *Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 16(2). Pp. 1-29.
- Bayona, H. (2019). “Money laundering in rural areas with illicit crops: empirical evidence for Colombia. *Crime*”. *Law & Social Change*. Vol. 72(4). Pp. 387-417.
- Buchanan, B. (2004). “Money Laundering - A global Obstacle”. *Research in international business and finance*. Vol. 18(1). Pp. 115-27.
- Buele, I., Nieves, J., & Cuesta, F. (2019). “Money laundering in Ecuador: Profile of the involved person and the socio-economic impact”. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. Vol. 22(4). Pp. 1-11.
- Cassara, J. (2020). *Money Laundering and Illicit financial flows*.
- Crespo, E. (2016). “Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero”. *Nuevo Foro Penal*. Vol. 12(87). Pp. 99-119. <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.3>
- Cruzat, A. & Aninat, E. (2011). “Lavado De Dinero Y Blanqueo De Activos”. *Revista Ars Boni et Aequi*. Vol. 7(1). Pp. 193-208.
- De La Torre Lascano, C. M. (2017). “Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador”. *Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 43. Pp. 3-31.

- Del Mundo, C. (2019). "How Countries Seek to Strengthen Anti-Money Laundering Laws in Response to the Panama Papers, and the Ethical Implications of Incentivizing Whistleblowers". *Northwester Journal of International Law & Business*. Vol. 40(1). Pp. 87-122.
- Figueredo, V. (2016). "Macrocriminalidad Económica y Las 40 Recomendaciones del Gafi Para Combatirla". *Revista de Derecho*. Vol. 15(29). Pp. 117-143.
- Fontanel, J. (2016). *Les paradis fiscaux. Les réponses de l'OCDE et du GAFI*.
- Geiger, H., & Wuensch, O. (2007). "The fight against money laundering: An economic analysis of a cost-benefit paradox". *Journal of Money Laundering Control*. Vol. 10(1). Pp. 91-105.
- Gilmour, N. (2023). "Crime scripting the criminal activities of money laundering-holistically". *Journal of Money Laundering Control*. Vol. 26(3). Pp. 594-608.
- González, J. (2020). "¿Son Realmente Efectivas Las «Listas Negras» Contra Los Paraísos Fiscales?". *Anduli: Revista Andaluza de Ciencias Sociales*. Núm. 19. Pp. 1-33.
- González, J. & Salas, Á. (2023). "Evidencias Internacionales De Fraude Fiscal Y Blanqueo De Capitales A Través De Los Paraísos Fiscales". *Anduli: Revista Andaluza de Ciencias Sociales*. Núm. 24. Pp. 27-56.
- Guerrero, A., Marín, M. & Bonilla, D. (2019). "El lavado de activos y su influencia en la productividad y el desarrollo económico de un país". *Revista Espacios*. Vol. 40(18). Pp. 1-10.
- Jayasekara, S. (2022). "Administrative model of financial intelligence units: an analysis of effectiveness of the AML/CFT regime". *Journal of Money Laundering Control*. Vol. 25(3). Pp. 511-525.
- King, K. & Belikow, J. (2022). "Flujos financieros ilícitos, lavado de dinero y política". *URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. Núm. 33. Pp. 8-18.
- Koster, H. (2020). "Towards better implementation of the European Union's anti-money laundering and countering the financing of terrorism framework". *Journal of Money Laundering*. Vol. 23(2). Pp. 379-385.
- Madinger, R. (2011). *Money Laundering: A guide for Criminal Investigators*. CRC Press.
- Maitland, A., Choo, K. & Liu, L. (2011). "An analysis of money laundering and terrorism financing typologies". *Journal of Money Laundering Control*. Vol. 15(1). Pp. 85-111.
- Maldonado, S. (2012). *Lavado de activos*. Tesis de grado de maestría. Universidad del Azuay.

- Manning, M., Ambrey, C. & Fleming, C. (2018). *Indigenous wellbeing in Australia: Evidence from HILDA*. Canberra, ACT: Centre for Aboriginal Economic Policy Research (CAEPR) / The Australian National University.
- Manning, M., Wong, G. & Jevtovic, M. (2020). "Investigating the relationships between FATF recommendation compliance, regulatory affiliations and the Basel Anti-Money Laundering Index". *Springer*. Vol. (34). Pp. 566-588.
- Mateos, J. (2013). "El Reto De La Prevención Del Blanqueo De Capitales en Un Mundo Globalizado". *Revista de Derecho UNED*. Núm. 12. Pp. 463-493.
- McCarthy, K. (2018). *The Money Laundering Market: Regulating the Criminal Economy*. Newcastle upon Tyne: Agenda Publishing.
- Mugarara, N. (2020). "Anti-money laundering law and policy as a double-edged sword". *Journal of Money Laundering*. Vol. 23(4). Pp. 899-910.
- Muñoz, J. (2022). *Integridad corporativa, caso "FIFA GATE"*. Monografía de grado de Maestría. Universidad Externado de Colombia.
- Naím, M. (2022). *Ílícito: Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Vol. (18099). Barcelona: Debate.
- Ortega, N. (2021). "Programas de cumplimiento e investigaciones internas: una aproximación a sus problemáticas". *Cuadernos de Derecho Penal*. Núm. 25. Pp. 115-154.
- Peralta, J. (2020). *Sistema de administración de riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo (SARLAFT) adecuado para Seaboard Overseas Colombia*. Trabajo de grado. Universidad Javeriana de Colombia.
- Peyretti, F. (2022). "Crímenes financieros en Latinoamérica y El Caribe: ¿a qué riesgos están expuestas las empresas?". *Boletín del Observatorio en Prevención de Lavado de Activos y Compliance*.
- Pucci, R. (2019). "Transnational crime in South America". En: Mitsilegas, V, Hufnagle, S. & Moiseienko, A. (Eds.). *Research Handbook on Transnational Crime*. Edward Elgar Publishing. Pp. 494-504.
- Rodríguez, G. (2019). *Efecto del régimen de financiación de las campañas electorales, del cabildeo y de las recomendaciones de organismos financieros internacionales y agencias calificadoras de crédito en la discusión de la Reforma Tributaria de 2014*. IEPRI, UNAL.
- Salvador, R. (2007). "Los paraísos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal". *Cuadernos de Formación. Colaboración*. Vol. (3). Pp. 205-2017.
- Senanu, E. (2019). "Anti-money laundering and combating the financing of terrorism compliance. Are FATF member states just scratching the surface?". *Journal of Money Laundering*. Vol. 22(3). Pp. 451-463.

- Senanu, E., Aboagye, A. & Welbeck, J. (2018). "The determinants of anti-money laundering compliance among the Financial Action Task Force (FATF) member states". *Journal of Money Laundering*. Vol. 26 (3). Pp. 442-456.
- Silva, K. (2021). "Líneas Generales De Delimitación Normativa Del Delito De Lavado De Activos". *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 42(113). Pp. 147-174.
- Solórzano, O. (2018). "La recuperación de activos de la corrupción en Perú". En: Tablante, C. & Morales, M. (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales. Pp. 295-333.
- Stanziola, M. (2020). "El impacto del grupo de acción financiera internacional sobre las sociedades anónimas en Panamá". *Revista Colegiada de Ciencia, Universidad de Panamá*. Vol. 2(1).
- Sullivan, K. (2015). *Anti-Money Laundering in a Nutshell*. Apress.
- Teichmann, F. (2020). "Money-laundering and terrorism-financing compliance – unsolved issues. *Journal of Money Laundering*. Vol. 23(1). Pp. 90-94.
- Torre, M. (2016). "Lavado de activos: situación actual del Ecuador frente al GAFI". *Publicando*. Vol. 3(8).
- Toso, A. (2016). "Prevención del lavado de activos y colaboración interbancaria en el cumplimiento de las medidas de debida diligencia: análisis de la recomendación n°17 del grupo de acción financiera internacional e identificación de algunos obstáculos para su implementación". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43(2). Pp, 521-546.
- Vera, J. (2016). "Instrumentos De Análisis Para Identificar Operaciones De Lavado De Dinero". *Cuadernos de Difusión*. Vol. 11(21). Pp. 69-95.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Board of Governors of the Federal Reserve System. (2002). *Report to Congress in accordance with section 356(C) of the USA Patriot Act*. Federal Reserve System.
- Financial Action Task. (2020a). *International standards on combating money laundering and financing of terrorism & proliferation*. FATF.
- Financial Action Task Force. (2020b). *Methodology for assessing technical compliance with the FATF recommendations and the effectiveness of AML/CFT systems*. FATF.

- Financial Action Task Force. (2021). *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations*. Paris: FATF/OECD.
- GAFILAT. (2018). Segunda Actualización del Informe de Amenazas Regionales en materia de Lavado de Activos (2017 y 2018).
- International Bank for Reconstruction and Development & The World Bank. (2021). *Impact of the FATF Recommendations and their implementation on financial inclusion, Insights from mutual evaluations and national risk assessments*. Washington DC.
- International Monetary Fund. (2001). *Financial system abuse, financial crime and money laundering, IMF background paper*. IMF.
- Metodología para la evaluación del cumplimiento técnico de las recomendaciones y la efectividad de los sistemas de lavado de activos y financiación del terrorismo. (2020). *Regulación y Supervisión bancaria: Una década después de la crisis financiera global*.
- Rodríguez, G. (2015). "Costa Rica Launches Strategy Against Money Laundering and Terrorism Financing". *Diálogo Américas*. <https://dialogo-americas.com/articulos/costa-rica-launches-strategy-to-combat-money-laundering-terrorism-financing/>.
- Sanction Scanner. (2023). "Al Capone: The One Who Gives Us the Term 'Money Laundering'". *Sanction Scanner*. <https://sanctionscanner.com/blog/al-capone-the-one-who-gives-us-the-term-money-laundering-348>.
- World Bank Group. (2020). *Global Financial Development Report. Bank Regulation and Supervision a decade after the global financial crisis*. (WBG).
- WBG-Bank Regulation and Supervision 2019-2020.pdf

Capítulo 6

Recommendations for accelerating and streamlining the return of assets stolen by corrupt public officials: special attention to measures against corruption enablers

RICHARD E. MESSICK*

1. INTRODUCTION

The United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) obliges parties to provide a state seeking to recover stolen assets the “widest measure of assistance”, and since the Convention came into force in 2005, developing states have recovered over \$3.5 billion stolen by corrupt officials. As experience with the asset recovery process has grown, however, shortcomings have become apparent—gaps in domestic laws, lack of international coordination, the complexity of the process. All make the asset recovery process slow and cumbersome. To address these problems, Convention parties, StAR, the UN Office on Drugs and Crime, practitioners, NGOs, and academics have proposed a variety of reforms.

* Consultant (legal development and anticorruption) at the Messick Group. Graduate of the Georgetown University Law Center. He was a senior specialist in the Public Sector and Governance Group at the World Bank, a senior consultant to Freedom House and a senior fellow at the Hernando de Soto’s Institute for Freedom and Democracy (Lima, Perú). He served as chief counsel to the Senate Foreign Relations Committee in the 99th Congress and was chief counsel and research director of the National Senatorial Committee. His writings and reviews have appeared in the Wall Street Journal, the Washington Post, the American Political Science Review, and other respected journals.

This paper reviews their recommendations, identifies those that have drawn broad support and for which a compelling case has been made, explains how they would streamline and accelerate the asset recovery process, and urges their adoption.

It begins with an explanation of how corrupt officials hide stolen assets. How corporations, trusts, and other “offshore vehicles” are employed to move assets to another nation and conceal ownership. It explains why hiding a large sum of money or a sizeable asset in another country requires the help of a knowledgeable professional, someone who understands different jurisdictions’ laws and how to use them to disguise the true, or beneficial, owner of a corporation or other legal entity. It notes that although UN Member States make it a crime to help hide stolen assets, many lawyers, real estate agents, and others are willing to bend if not break the law if they are paid enough. The research also reveals that most of these “corruption enablers” are located in OECD nations.

This paper is written for three audiences. To the international community it recommends changes to deepen and further transnational cooperation in locating and repatriating the proceeds of corruption. To states where the proceeds are hidden, it shows that new laws and practices are needed to reduce the cost and speed up the return of assets to the states from which they have been stolen. To the states seeking their return, those whose citizens have been victims of corruption, the paper identifies measures they can take to ease the task of locating assets and to improve the chances the assets will be promptly returned.

2. HIDING CORRUPTLY ACQUIRED ASSETS

2.1. Acquiring assets by corruption

The most widely publicized thefts of government assets are those resulting from embezzlement and bribery. Examples include the billions of dollars Nigerian autocrat Sani Abacha stole simply by writing drafts drawn on the national treasury and the hundreds of millions in bribes Uzbekistan’s Gulnara Karimova accepted for approving

telecommunications licenses. Bribery and embezzlement are not the only ways corrupt officials can steal assets. They can abuse their authority to award lucrative government contracts to companies they secretly own. After leaving office they can trade on their influence with former colleagues to secure tax breaks for the companies they represent.

Table 1. Offenses Proscribed by UNCAC

<p>Mandatory</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) bribery of national or foreign public officials (articles 15 and 16); 2) embezzlement, misappropriation, or diversion of property by public official (article 17); 3) money laundering (article 23); 4) obstruction of justice (article 25); <p>Optional</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) trading in influence (article 18); 2) abuse of functions (article 19); 3) illicit enrichment (article 20); 4) bribery and embezzlement in the private sector (article 21 and 22); 5) concealment or retention of the proceeds of an offence established in accordance with the convention (article 24).
--

UNCAC's drafters recognized that the theft of assets occurs in many ways, and the asset recovery provision is thus broadly drawn. Article 55 mandates return of the proceeds of "any offense established in accordance with this Convention." There are nine; they are listed in table 1. Four —bribery, embezzlement, money laundering, and obstructing justice— all States Parties must make a crime under their domestic law; the other five are optional, ones the parties should "consider" criminalizing. What is critical is, as explained below, that once a party has criminalized these offenses, UNCAC requires other States Parties to assist in locating and returning all assets realized from their violation. All are deemed stolen assets under UNCAC.

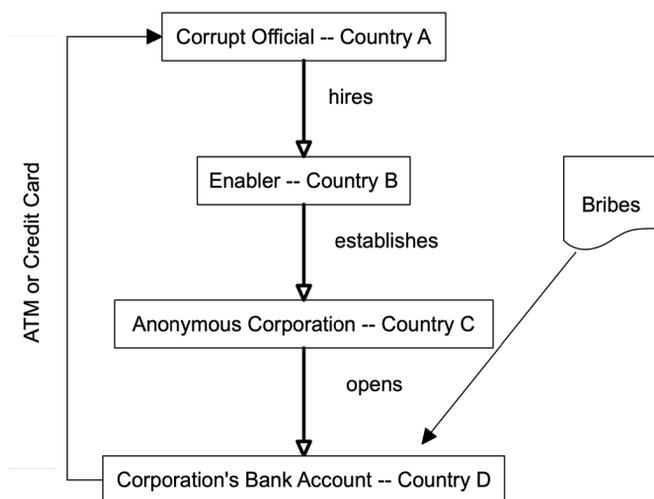
The theft of a large amount of money or a valuable asset creates two problems for dishonest public officials. The public display of illegally gained wealth immediately raises suspicions. How could a modestly paid public official afford a luxurious home, expensive car, or a private school abroad for his or her children? Second, if the official

keeps the stolen assets in their home country, there is the risk domestic authorities will move to seize it, a risk that can suddenly increase significantly if the government they serve loses power.

2.2. *Hiding the assets*

The solution for those who steal vast quantities of government assets is to stash them abroad: in a bank account or in investments in securities, real estate, fine art, expensive vehicles or yachts in another country. A common ruse is to conceal the fact that the official is the actual, or “beneficial,” owner of the assets by depositing stolen money into a friend or relative’s bank account or by having securities or property acquired with stolen funds titled in the friend or relative’s name. Trinidadian Prime Minister Basdeo Panday did exactly this, hiding stolen money in his wife’s London bank account. He was only found out when his name was inadvertently added to the account (Trinidad and Tobago News Forum, 2006). Another example. A World Bank assistance project in a South Asian state uncovered a case where the teenage daughter of a minister had opened an account in a foreign bank with £10 millions deposit.

Figure 1. Use of Anonymous Corporation to Hide Asset Ownership



A more complex way, and according to investigative journalist reports and court cases, more common way, is for the official to create an “offshore vehicle.” The “vehicle” will be a corporation, trust, or other legal person. It is termed “offshore” because it is organized and registered under the laws of another country. Once created, the stolen assets are shown to be owned by the newly created entity.

How the scheme works is diagramed in figure 1. The individual wanting to hide assets, a public official in country A, hires someone with expertise in creating offshore vehicles and disguising ownership. Commonly a lawyer, other individual professional, or firm specializing in providing offshore services, the anticorruption community has dubbed these intermediaries “enablers,” for they enable corrupt officials to hide assets (Judah & Sibley, 2018).

As figure 1 shows, the enabler will most often be located in another country, typically an OECD country or one of those considered a tax haven. From their office in Country B, the enabler will establish a corporation in still another country, C in the diagram. Country C will be chosen because its corporate law will not require the enabler to disclose who the corporation’s owner is. Indeed, in more complex schemes and in countries with particularly lax laws, the enabler can avoid knowing who the corporation’s owner is.

After the corporation is formed, the enabler will arrange for the corporation to open a bank account, many times in still another country, D in the diagram. Anti-money laundering laws require banks to ensure a corporation opening a bank account is legitimate and that the account will not be used to hide funds or facilitate other crimes. If the enabler is a lawyer, the bank may accept his or her representation that the corporation’s activities are legitimate as the case described in box 1 illustrates. Otherwise, the enabler will need to enlist a second enabler in Country D, another professional, or possibly a corrupt banker, to get an account opened.

Once the corrupt official has a corporation with a bank account, he or she can hide money acquired illegally in the account. One way, as figure 1 illustrates, is to have bribe payers deposit the bribe directly into the account. The official accesses the money by writing checks

on the corporate account, withdrawing cash using a corporate ATM card, or charging expenses on a credit card issued to the corporation.

Box 1. Lawyer-Enabler Concealing Corrupt Officials' Bank Deposits

Teodoro Nguema Obiang Mangue, former Minister of Agriculture and now Vice President of Equatorial Guinea, employed two American attorneys to form anonymous corporations to launder millions of dollars through bank accounts opened in the names of the corporations. When the banks learned of Obiang's connection to the companies, they closed the corporate accounts. Obiang's attorneys then opened new accounts for the corporations at different banks, again concealing Obiang's ownership.

Source: FATF 2013.

As authorities have realized the ease with which offshore corporations can be abused, not only to hide corruptly acquired assets but to evade taxes or facilitate organized crime, lawmakers have begun requiring the disclosure of the person behind the corporation, the actual or beneficial owner. A "service" many enablers offer is to conceal the identity of the beneficial owner by providing a "nominee owner," someone who agrees to have their name appear as the owner on the incorporation documents.

There are many variations on the scheme shown in figure 1. Instead of creating one corporation between the official and the assets, the enabler can create a chain of corporations in different states. In figure 1, the corporation in country C could create a corporation in Country D that would then create one in Country E and so forth. An investigator examining the records of a corporation in Country E would find only that it is owned by a corporation in Country D. How many corporations and how complex the chain will be will depend upon the ingenuity of the enabler and the amount the official is willing to pay to hide assets. While president of the Philippines, Ferdinand Marcos constructed an extraordinarily complex web of offshore corporations and trusts in multiple jurisdictions to distance himself from the billions he stole from the Philippine people (Chai-kin, 2000).

The lengthier and more complex the corporate chain, the more nominee owners, the more time and effort investigators must invest to

determine whether assets titled in the corporate name can be traced to a corrupt official. To find out who owns a corporation organized in a particular nation, especially if there is a nominee owner, requires a search of private, non-public company and bank records, interviews with individuals compelled by law to answer questions truthfully, and other measures that require the exercise of police powers. All United Nations Member States protect their national sovereignty—that includes barring authorities from another state from conducting police operations on their soil. Referring to figure 1, where authorities in country A were seeking to determine if an official from their country owned the corporation in Country C or had access to the bank account in Country D, they would have to request help from the authorities in the two countries. Authorities in C and D would have to require the banks to produce nonpublic records and might have to require them to compel bank employees or nominee owners or other individuals to answer questions about private matters.

To exercise their power to compel the production of documents and witness testimony in aid of an investigation in another state, law enforcement agencies “in the “requested state” require the “requesting state” to furnish them with a request for Mutual Legal Assistance (MLA). In the best of circumstances, the preparation, transmittal, and validation of an MLA takes time. When authorities in the requested state are busy, short-staffed, or lack political will, it can take months to respond to a request. If victim state investigators are tracking assets that have passed through several countries, it may take years to obtain the information needed to locate and recover assets.

2.3. Employing an accomplice or enabler

Hiding assets is easy work for a knowledgeable professional. It is also quite remunerative, for those seeking to hide assets will spend significant sums to protect the remainder from seizure, and they are hardly in a position to shop for low prices. For the reasons explained below, enablers also run little chance of being caught. Given these conditions, one would expect it would not be hard to find a dishonest individual willing to act as an enabler. Independent research confirms this intuition. A team of academics specializing in anti-money

laundering laws and the international NGO Global Witness both ran experiments to see what it would take to find an enabler. Neither had any difficulty locating a professional willing to help conceal assets.

The academics emailed corporate service providers in 182 countries asking if the provider would establish a corporation for them; and if the provider would need, as the anti-money laundering rules require, a notarized identity document. Of the providers that responded—a mix of lawyers, trust and company service providers, and others who advertise corporate services on the internet—about half said they would accept any form of documentation the academics provided while a quarter said they would not need any identity document. To their surprise, the researchers found service providers in developed countries less likely to require a notarized document showing the client's identity than those in developing countries and developed country providers three times less likely to require such documentation than those in countries considered tax havens. Among all nations, the United States ranked second only to Kenya in the percentage of service providers willing to establish an anonymous, untraceable company (Findley & Sharman, 2014)¹.

Global Witness (2016) conducted a similar experiment limited to American lawyers. A GW employee visited the offices of 13 prestigious New York law firms pretending to be an agent for the minister of mines of an unnamed West African country. The GW "agent" said the minister wished to buy a Manhattan home, a yacht, and a jet plane anonymously and asked if the firms could help. Two declined the opportunity to earn the hefty fee dangled before them, one on the spot and one after thinking things through. The other 11 were willing to consider or immediately accept as a client an obviously corrupt politician wanting to hide assets.

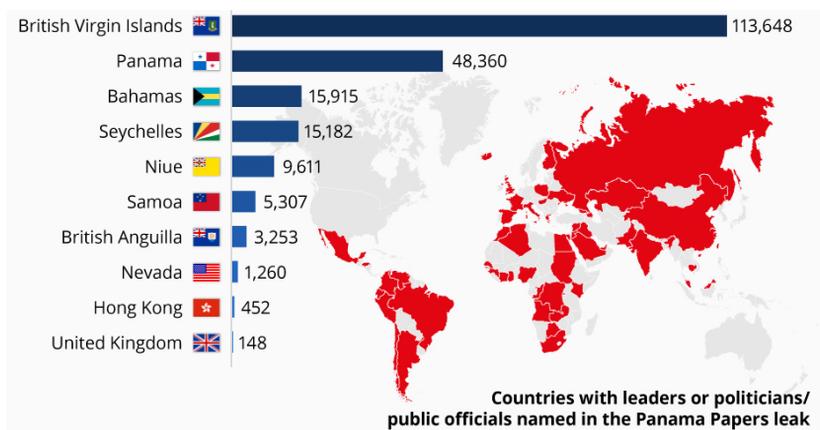
The most well-known asset hiding enabler is the now defunct Panamanian law firm Mossack Fonseca. Its activities were exposed when a firm employee provided internal records to the International Consortium of Investigative Journalists. Dubbed the "Panama Papers", the documents revealed the firm had created more than 200,000

¹ An earlier study with similar results appears in Sharman, 2010.

anonymous corporations and similar entities on behalf of individuals around the globe.

Figure 2 shows the jurisdictions where these corporations were incorporated. The most common one was the British Virgin Islands (BVI) followed by Panama, the Bahamas, and the Seychelles. Small, less developed states were, however, not the only ones the firms chose. As the figure shows, the firm also created corporations in the U.S. state of Nevada, Hong Kong SAR, and the United Kingdom. At the time Mossack Fonseca created these corporations, the laws of all these jurisdictions made it difficult if not impossible for investigators to discover who the real, beneficial owner of the corporation was and therefore to connect an individual to the assets the corporation held.

Figure 2. Offshore companies incorporated by Mossack Fonseca by jurisdiction



Source: Armstrong 2016.

There are legitimate reasons why some persons or corporations in some circumstances wish to keep their holdings secret, but a retrospective on the Panama Papers suggests many Mossack Fonseca clients asked its lawyers to create an anonymous corporation for reasons that were anything but legitimate. The most common motive appears to have been to evade taxes. Another was to hide stolen assets. The former Finance Minister of Mongolia was charged with bribery

after the Panama Papers revealed that a corporation that he owned held \$10 million in a Swiss bank (Reuters, 2018). This is likely not the only case of the firm's complicity in concealing stolen assets. Mossack Fonseca's records show six percent of the companies the firm established were owned by persons holding public office, several of whom were then current or former heads of state (Dalby & Wilson-Chapman, 2019).

Disclosures in the Panama Papers is one of the reasons that has prompted many UN Member States to write into their domestic law the Financial Action Task Force (FATF) recommendations making it easy to determine the beneficial owner of a corporation (FATF 2019, Recommendation 24). The British Virgin Islands now requires those creating a corporation to provide the names of the beneficial owner (Virgin Islands Beneficial Ownership Secure Search System Act, 2017). Thanks to new U.K. legislation, starting 2021 the BVI and other U.K. Overseas Territories will have to publicly disclose the identity of the beneficial owners of corporations organized under their respective laws (United Kingdom Sanctions and Anti-Money Laundering Act, 2018). However, because as explained above enablers can still hide the beneficial owner through the use of nominee owners, states will need to adopt further measures to defeat this ploy. They are discussed in section V below.

Moreover, not all nations have fully implemented the FATF beneficial owner recommendations. The United States only recently enacted the necessary legislation, (now suspended by the Trump Administration) and while Singapore now requires disclosure of beneficial ownership, the disclosures are not public and the penalty for lying about who is the beneficial owner is modest, SGD 5,000 or \$3,500 (Corporate Services, 2020).

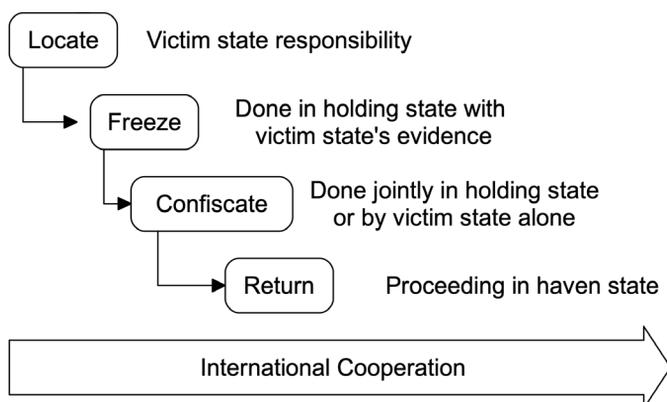
3. THE CONFISCATION AND RETURN OF STOLEN ASSETS

3.1. The asset recovery process

Figure 3 breaks the process of recovering stolen assets into four steps. In the first, the state whose public official stole money, prop-

erty, or other tangible or intangible assets, the victim state, locates where the assets have been hidden. The victim state bears the primary responsibility for finding the assets although, as explained below, all states are now required by UNCAC to have measures in place to make it difficult to hide assets. Even with such measures, though, locating stolen assets requires a victim state to have the technical capacity and resources to undertake complex financial investigations and the political wherewithal to initiate them where the thief or his or her associates still retain significant power.

Figure 3. Asset Recovery Process



Assuming a victim state locates stolen assets, it requests the state where the assets are held to “freeze” them, to prevent them from being moved until the legal requirements for return have been completed. This request requires the victim state to produce sufficient evidence to persuade authorities in the holding state the assets are likely stolen. Presuming this requirement is met, step three involves the commencement of full-blown judicial proceedings to confiscate the assets. “Confiscation” is the legal term meaning any claim the official or former official or anyone to whom the assets have been given are extinguished under the holding state’s law. Step four follows the successful conclusion of the proceedings by extinguishing the claims and the return of the assets to the victim state.

The arrow at the bottom of the diagram emphasizes the critical importance at every step of the process of international cooperation. Some forms of cooperation will be informal, telephone calls and emails between police or prosecutors in different jurisdictions alerting one another to suspicious activity or providing a counterpart with publicly available information from a land or motor vehicle registry. But when investigators in one state need bank records, or homes or offices searches or other non-public information, they must, as explained above, make a formal request for MLA. While states will be bound by treaty or domestic law to comply with the request, in practice the requested state has enormous discretion whether and when to comply, and as recounted below, some asset recovery actions have had to be abandoned thanks to delays or refusals to provide MLA.

3.2. Recovery prior to UNCAC

The recovery of criminal assets located in another State traditionally involved a complex, multi-step process. The State from which the assets were stolen had to go through a lengthy process involving the judiciaries of both countries to secure information from a state where it believed the assets were hidden. If assets were found, another judicial proceedings had to be commenced in the state where they were found. If the victim state won the case, the court issued an order depriving the criminal of any right to the assets. Once that final order of confiscation was entered, the State requesting return of the assets often had to then secure a second order, many times through a separate judicial proceeding in the requested State's courts, directing the assets be returned. In the case of former Philippine President Ferdinand Marcos, it took 18 years for the Philippines to secure the return of a small portion of the money he had hidden in Swiss banks (UNODC/World Bank, 2007: 21).

The 1988 Vienna Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and the 2000 Palermo Convention Against Transnational Organized Crime were the international community's first efforts to streamline the process. Both require States Parties to assist one another in locating the proceeds of the offences established in accordance with the Conventions. Neither

Convention, however, addressed the last step in the process, the actual return of confiscated assets to the State party from which they were stolen.

3.3. Recovery under UNCAC

The UNCAC does. Article 51 makes recovery of stolen assets a “fundamental principle” of the Convention and provides victim states a variety of ways to recover them. Acknowledging that return depends upon help from other states, the article requires Convention parties to “afford one another the widest measure of cooperation and assistance” throughout the return process.

3.3.1. Holding state recovery proceedings under article 53

Article 53(a) of the Convention requires State parties to open their courts to all other State parties to the Convention, granting them “standing,” or the right to file a civil action to have property acquired through any of the nine offences defined in the Convention confiscated and returned. Article 53(b) provides a second method of return. It directs each State party to establish procedures permitting its courts “to order those who have committed offences [established in accordance with the Convention] to pay compensation or damage” to a state party injured by the offence. Article 53(c) contains an important proviso. It mandates that in any confiscation proceeding in the state where assets are found, any ownership claim asserted by another State Party must be considered. The significance of this proviso is explained below.

3.3.2. Mandatory recovery under article 57(3)

Article 57(3) provides for mandatory return where certain conditions are held; article 57(5) provides for a cooperative return based on mutually acceptable agreement. Return under article 57 (3) is obligatory when: (a) a final order confiscating the assets has been issued in the requesting State’s courts; (b) that order has been ac-

corded legal effect by the holding State's courts; and (c) the requesting State's claim to the assets is clear.

These provisions obtain where: (a) the confiscated assets are the result of the embezzlement of public funds or the laundering of such funds (article 57(3)(a)); (b) the requesting State "reasonably establishes its prior ownership" of the confiscated assets (article 57(3)(b)); or (c) the law of the State party where the assets are located "recognizes damage" to the requesting State "as a basis for returning the confiscated property" (article 57(3)(b)). This provision, the Convention Legislative Guide explains, covers cases such as bribery of the requesting State party's employee, where the requesting State has been damaged but under its law may not have legal title to the bribe proceeds.

In all three cases, the Convention establishes that the requested State "shall [...] return the confiscated property" to the requesting State. States are permitted some flexibility in applying these provisions. A requested State may waive the requirement that a final judgment of confiscation has been issued in the requesting State.

The Convention Legislative Guide explains that article 57(3)(c) applies in cases where these conditions are not present (UNODC, 2012: 227) Examples include where: (a) the requesting State "may not be able to establish prior ownership" of the assets; (b) others have also been "damaged by" the corruption offences; (c) the holding State did not or could not waive the final judgment requirement; or (d) the assets were confiscated pursuant to an order initiated by the requested State or by a settlement. In all such cases, this provision directs the requested State to "give priority consideration" to returning confiscated property to the requesting State, prior legitimate owners, and to compensating corruption victims.

3.3.3. Cooperative returns under article 57(5)

Article 57(5) provides for cooperative returns. It permits the holding state and victim states to conclude "agreements or mutually acceptable arrangements on a case-by-case basis for the final disposal"

of confiscated assets at any time. It is, as noted below, the provision most commonly invoked to return assets.

3.3.4. International cooperation: articles 46, 48, 52, 56 and 58

While the primary responsibility for recovery rests with victim states, the Convention requires all states to adopt measures to make it easier for them to find stolen assets. The two most important provisions are found in articles 46 and 52. Article 46 requires States Parties to “afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions, and judicial proceedings” aimed at recovering assets. Article 52 mandates they require banks and other financial institutions to know the natural person, the beneficial owner, of any account holder with a large amount on deposit. Importantly for asset recovery, where the customer is or has been a public official or a relative or an associate of the official, the institution must take extra care to ensure the account is for legitimate purposes. It must conduct “enhanced scrutiny” of the account’s activities.

In addition to its broad direction to provide victim states the “widest measure” of help in locating assets, article 46 urges States Parties to provide spontaneously any information they have that would help a victim state recover assets rather than wait for it to be requested. Article 48 encourages States Parties to establish networks of law enforcement agencies to facilitate the unprompted provision of information and article 56 extends this encouragement to materials a state uncovers in its own investigations or judicial proceedings. Article 58 directs States Parties to consider establishing a financial intelligence unit (FIU) to collect and analyze suspicious financial transactions and to share any analysis that would help another States Party recover stolen assets.

3.3.5. Oversight of asset recovery process under article 63

The Convention’s governing body is the Conference of States Parties (COSP) to which all States Parties, now 187, are members. The COSP is responsible for overseeing the Convention’s implementa-

tion and improving “the capacity of and cooperation between States Parties” to achieve its objectives. At its first meeting, in December 2006, it established the Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery to assist the Conference in implementing UNCAC’s asset return provisions by “facilitating the exchange of information, good practices and ideas among States.” (COSP Resolution 1/4, 2006). The Working Group has met regularly since; its recommendations for improving the asset recovery process form the nucleus of those discussed in section V below.

3.4. Assets recovered under UNCAC

The only comprehensive source of information on assets returned to victim countries is the database maintained by the joint World Bank/UNODC effort: the Stolen Asset Recovery Initiative (StAR). It catalogues information on international asset recovery cases initiated in 1980 or later. StAR relies on submissions by States Parties supplemented by information from court decisions, media reports, and information gathered by UNODC and World Bank staff. For each case, information is sought about the date it was initiated; the identity of the victim and holding state or states; the amount recovered or sought to be recovered; whether the assets were or have been frozen, confiscated, or returned; the provisions of the Convention governing the recovery proceedings; and for completed cases the text of any agreement on return. StAR largely depends upon UNCAC States Parties to provide asset recovery data, and thus the data is only as accurate and complete as the information they provide.

Table 2. Notable asset returns since UNCAC came into force

Returned to	Returned by	Amount (millions USD)	Date
Angola	Switzerland	24.0	2005
Angola	Switzerland	43.0	2012
Brazil	Switzerland	365.0	2015-19
Equatorial Guinea	United States*	20.0	2014

Returned to	Returned by	Amount (millions USD)	Date
Kazakhstan	Switzerland, United States	115.0	2007
Kazakhstan	Switzerland	48.8	2012
Kyrgyz Republic	United States	4.5	2019
Libya	United Kingdom	12.5	2012
Malaysia	United States	196.0	2019
Libya	The Netherlands	143.5	
Macao SAR	Hong Kong SAR	56.0	2009
Macau	United Kingdom	44.0	2015
Malaysia	United States	196.0	2019
Malaysia	United States	300.0	2020
Malaysia	United States	49.0	2020
Nigeria	Jersey, United States	308.0	2020
Nigeria	Liechtenstein	233.8	2013-2014
Nigeria	Switzerland	700.0	2005
Nigeria	Switzerland	321.0	2017
Nigeria	United Kingdom	17.7	2006 – '10
Pakistan	United Kingdom	248.0	2019
Taiwan	Switzerland	20.5	2010
Tunisia	Switzerland	3.9	2017
Uzbekistan	France	10.0	2020
Zambia	United Kingdom	46.0	2007
* Final return mechanism under negotiation. Returns by civil suit in gray.			

Source: StAR database; author calculations.

A few major recoveries occurred before UNCAC took effect in December 2005. Switzerland returned \$680 million of Marcos' money to the Philippines in 2003 and the Cayman Islands, Switzerland, and the United States together returned roughly \$120 million to Peru in the early 2000s.

Table 2 shows the more notable returns since UNCAC came into force. The largest return to date is the \$700 million of Abacha money Switzerland returned to Nigeria in 2005. Other large returns are the \$365 million Switzerland returned to Brazil in several tranches over the period 2015 to 2019 and the \$546 million stolen from Malaysia through the 1MDB scheme the United States returned in 2019 and early 2020. Two of the returns arose from civil suits States Parties brought in the holding state in accordance with article 53(a), the \$46 million Zambia secured in 2007 and the \$56 million Macao SAR won in a civil action in Hong Kong SAR in 2007. From the information in the StAR database it appears the remainder of the returns were through “agreements or mutually acceptable arrangements” under article 57(5).

3.5. Human rights and asset recovery

The Convention assigns national courts a central role in the recovery process: ruling on MLA requests, asset freezes, and confiscations. Human rights treaties demand that in all these proceedings the rights of those with claims to the assets, no matter how unfounded, be observed (Ivory, 2014).

The broadest provision appears in Article 14 of International Covenant on Civil and Political Rights. It obliges states to ensure that in any proceedings, criminal or civil, all parties enjoy “a fair and public hearing.” (International Covenant on Civil and Political Rights). Article 1 to Protocol 1 of the European Convention on Human Rights speaks directly to the fairness of freezing and confiscation proceedings. As construed by the European Court of Human Rights, it requires that any judicial action to seize property “must be compatible with the rule of law and must provide guarantees against arbitrariness.” (European Court of Human Rights, 2020). Read together, the fair trial and right to property articles in the African Charter on Human and Peoples’ Rights (African Charter on Human and Peoples’ Rights, arts. 7, 14) and in the American Convention on Human Rights (American Convention on Human Rights, arts. 8, 21). Likewise require that judicial procedures confiscating property observe the property holder’s rights.

States' failure to observe these provisions will frustrate asset recovery efforts. A failure can even bar a state from learning where stolen assets are hidden. A Russian request to Switzerland for MLA for information on assets held in Swiss banks was denied because the property holder's human rights had been violated while in Russian custody, and an order freezing those Swiss assets that had been found was also dissolved². In *Saccoccia v. Austria*, the European Court of Human Rights Court held Austrian courts could not execute a U.S. asset confiscation order until they independently determined whether the asset holder had suffered a "flagrant denial of justice" in the U.S. proceeding (2013).

States' human rights obligations do not end when the assets are returned. As in the allocation of all state resources (OHCHR, 2013), human rights treaties require returned assets be distributed in an accountable, transparent, and participatory manner. Where assets are returned pursuant to an agreement between the victim and the holding state, the holding state is bound by this requirement as well (OHCHR, 2020).

4. ACCELERATING AND STREAMLINING THE ASSET RECOVERY PROCESS

What follows are recommendations to accelerate and streamline the recovery of stolen assets. All aim to eliminate the sometimes-hyper-technical legal defenses corrupt officials raise to avoid returning the money they stole, to reduce the costs and time victim and holding states can incur in the return process, and to otherwise ensure States Parties are able to meet article 51's command that they "afford one another the widest measure of cooperation and assistance" in the return of assets. All have been previously vetted and proposed by one or more international agencies or groups expert on asset recovery: the COSP's Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset

² Mikhail Khodorkovski contre Ministère. Swiss law barring MLA where human rights have been violated is discussed in Lugentz, Rayroud, & Turk (2014: 549-557).

Recovery, the UNODC, StAR, the Addis Ababa International Expert Meetings on the Return of Stolen Assets, the International Centre for Asset Recovery, the COSP Expert Group on Corruption Involving Vast Quantities of Assets, the Global Forum on Asset Recovery, and the Lausanne Seminars.

4.1. Strengthen information sharing procedures

Information is the essential element in any asset recovery. Assets cannot be returned to a victim state unless the victim state finds where they are hidden. Locating them can, as explained above, often require a lengthy, painstaking investigation involving multiple jurisdictions. Part of the investigation can be conducted quickly and inexpensively: through telephone calls and emails to police, prosecutors, or investigating magistrates in other states; information exchanges among financial intelligence units (FIU); and the spontaneous provision of information by holding states. There are, however, some facts that cannot be ascertained through such informal means. Determining these requires the victim state to present a holding state with a formal request for MLA.

UNCAC States Parties have made significant progress reducing the cost and time required to find stolen assets since the Convention took effect in 2005. Nevertheless, as the COSP Working Group on Asset Recover, the UNODC, and StAR have all observed, there remain ways the time and effort required to obtain information from both informal requests and MLA can be reduced. They are identified in the sections below.

4.1.1. Enhance opportunities for informal exchanges

Interviews with investigators and prosecutors in both victim and holding states show that a lack of trust is the number one barrier to the informal exchange of information (Stephenson et. al., 2011: 19-24). The existence of an investigation, a suspect's identity, and where the assets may be hidden are highly sensitive matters. Were the facts surrounding any of them to leak, the suspect and the assets would

likely disappear. Law enforcement personnel thus keep a tight hold on such information. Only if they are sure they can trust others not to reveal it will they share it with them.

Trust is built among law enforcement professionals by creating opportunities for them to get to know one another, in professional settings and the related social interactions they occasion. The COSP’s Asset Recovery Working Group holds numerous meetings each year, and States Parties should encourage personnel responsible for asset recovery to attend. There are many global and regional networks of law enforcement agencies. Listed in table 3, States Parties should be sure relevant personnel from their agencies are members and that they are afforded the time and resources to attend meetings.

States Parties should support the creation of more regional and global networks. Donor agencies should support the creation of informal networks where developing state personnel from anticorruption agencies and prosecution services and counterparts in possible holding states can discuss common concerns and share information. The Norwegian Aid Agency has been funding the Corruption Hunters Network for over a decade (Davis, 2010). Brazilian members attribute the recovery of several hundreds of millions of dollars in the Petrobras scandal to relationships fostered in the group’s twice-a-year, off-the-record meetings.

Table 3. Selected global and regional networks of law enforcement agencies

Association of Caribbean Commissioners of Police	Global Focal Point Network on Asset Recovery (Interpol-StAR)
Association of Southeast Asian Nations Chiefs of Police	Hemispheric Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition of the Organization of American States
Camden Assets Recovery Inter-Agency Network	Pacific Transnational Crime Coordination Centre
Eastern Africa Police Chiefs Cooperation Organization	Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional

Eurojust	Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa
European Judicial Network	Southeast European Law Enforcement Centre
Europol	Southern African Regional Police Chiefs Cooperation Organization
Global Legal Information Network	Sahel Judicial Platform

Source: UNODC.

Training courses or seminars for investigators and prosecutors from different nations are a second, particularly effective way to build relationships. StAR, UNODC and non-governmental organizations such as the Basel Institute's International Centre for Asset Recovery and the International Anticorruption Academy in Vienna offer training programs open to personnel from different countries. Funding organizations should finance these and similar efforts; they should ensure the development of trusting relationships among counterparts is included as a measure of their effectiveness in program evaluations.

4.1.2. Disclose information and statistics on MLA requests

There are no shortcuts to the MLA process. A request must be drafted and transmitted to the requested state and that state must in turn gather the information and return it. The request must comply with the requirements of the state to which it is submitted. At a minimum that means the request must be translated into an official language of the requested state, a legally sufficient reason for wanting the information provided, and enough detail furnished so the requested state knows where to look for the information sought.

As experience with the MLA process has grown, states have found ways to reduce the time required to respond to an MLA. To ensure a request complies with their law, and time is not lost if a request must be returned for noncompliance, many states post a guide to their MLA law on the internet. Several states have gone a step further and

will review and comment on a draft request in advance of formal submission. All States Parties where assets may be hidden should follow these examples.

Even with these efforts, delays in responding to MLA requests remain all too common. UNODC reports it can take on average up to six months to comply with a request and some take more than a year (UNODC, 2017). To reduce response time, States Parties should publish statistics on requests received, the number returned for non-compliance and why they were returned, and the median time to satisfy a request. This data would alert victim states to areas to pay particular attention to when drafting an MLA and provide an estimate of how long it will take to receive the requested information. The data would also inform legislators, the media, and civil society on whether their government is fully cooperating with others in the fight against corruption, and if not, where the delays are and what additional resources or amendments to the law are required to ensure their country is fully engaged in the asset recovery process.

4.1.3. Designate an international focal point to assist with MLA requests

Under the best of circumstances, misunderstandings and disagreements can arise between the state submitting an MLA request and the state receiving it. In the past, staff of UNODC, StAR, the International Centre for Asset Recovery, and other international and inter-governmental agencies have drawn on personal relationships to resolve differences. Valuable as that has been, with the volume of MLA requests continuing to grow, the international community can no longer afford to depend on the ad hoc resolution of disputes. A focal point for assisting with MLA requests should be identified, either an existing international or inter-governmental agency or a new one and made formally responsible for assisting states with the MLA process.

The focal point could host a website where guides to all States Parties MLA laws could be found. States preparing an MLA request could consult the web site or focal point staff on how to prepare a re-

quest. Where there are questions, the staff could put the requesting state in contact with those in the requested state who could answer them. When a request must be filled urgently, the staff could ensure authorities in the requested state are on notice of the urgency. When the victim state and the requested state are at loggerheads over the validity of a request, focal point staff could mediate the dispute. Staff could also work with countries to modernize their MLA laws to ensure they can respond to requests for information no matter whether it is sought for conduct that is criminal in the requested state and to repeal outmoded provisions requiring them to notify an account holder when records of account activity are sought (Basel Institute, 2020).

The COSP's asset recovery working group might assume this responsibility. It could be staffed by the UNCAC Secretariat, the UNODC. Other possibilities would include StAR, an office in the UN Secretary General's Office, or even a new agency. The important thing is that there be an entity responsible for helping victim states secure the information and assistance they need from requested states quickly and easily and that the agency be accountable for the results.

4.2. Assist states in transition and those with limited capacity

UNCAC presupposes that victim states have both the technical ability and the political wherewithal to pursue asset recovery actions against former corrupt officials³. International experience unfortunately offers examples where these prerequisites were absent. After the Democratic Republic of the Congo's long-time ruler Mobutu Sese Seko died, Swiss authorities froze Mobutu's Swiss bank accounts to allow the new government time to initiate recovery proceedings. But despite repeated entreaties by Swiss officials and the provision of expert advice on the procedures required to recover the funds, DRC

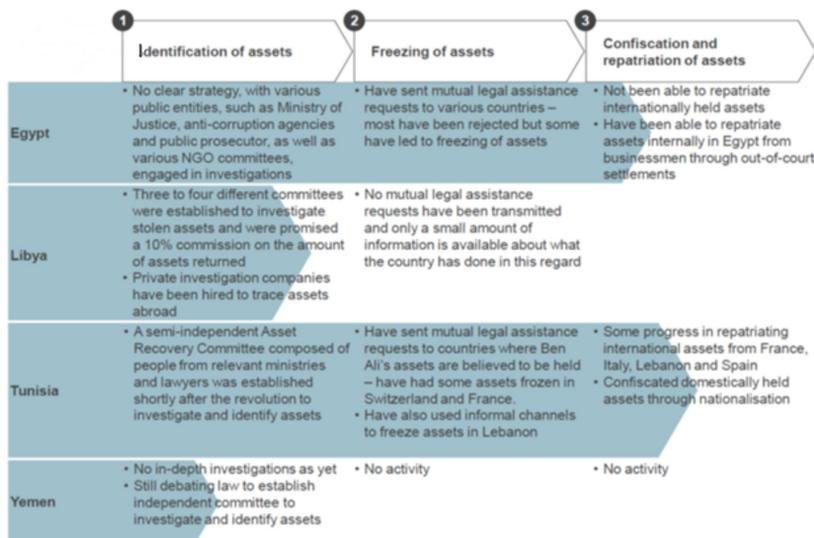
³ Article 51(c): In requesting a holding state to freeze assets, the victim state must provide "a statement of the facts relied upon by the requesting State Party and a description of the actions requested and, where available, a legally admissible copy of an order on which the request is based".

authorities were unable to follow through, and the money eventually returned to Mobutu’s family (Government of Switzerland, n. d.).

The same challenges defeated the recovery efforts of the governments that came to power in the wake of the Arab Spring. Figure 4 shows the hurdles the new governments of Egypt, Libya, Tunisia, and Yemen faced in developing the factual basis and complying with the legal procedures required to recover assets their deposed leaders and their family and cronies stole. The difficulties ranged from the lack of an agency with the mandate or skills to gather the facts to show the assets had been stolen, to problems of inter-agency coordination and the unfamiliarity with how to obtain international assistance to domestic courts unwilling to issue seizure orders.

For states facing similar challenges, stolen assets will only be returned if holding state governments are more proactive. Three measures they should take are described below.

Fig. 4. Asset Recovery Hurdles Arab States



Source: Transparency International 2014.

4.2.1. Enact legislation modeled on the Swiss foreign illicit assets act

Switzerland's Foreign Illicit Assets Act (Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets, 2015) allows its authorities to initiate proceedings to freeze, confiscate, and return stolen assets when a victim state government is unable to do so. Any assets of an official or recent official of another government, their family members, and associates found in Switzerland can be frozen and confiscated without a request from that government when four conditions are met: (a) the official's government has lost power, or a loss appears inevitable; (b) corruption in that government is notoriously high; (c) the assets were likely acquired through corruption, criminal mismanagement or other felonies; and (e) Switzerland's interests require a freeze.

When the Swiss government determines these conditions obtain, the Finance Ministry petitions the Federal Administrative Court for an order first freezing and then confiscating the assets. The confiscation is not subject to any limitation in time, and the assets are rebuttably presumed to be of illicit origin. The presumption applies when the court determines the individual's wealth has increased inordinately and the level of corruption in the country was notoriously high during his or her term of office. The presumption of illicit origin can be rebutted if the asset holder establishes the assets were by an "overwhelming probability" acquired legitimately (Membrez & Hösli, 2020).

The European Union's efforts to assist the Tunisian and Egyptian governments that came to power in the wake of the Arab Spring and the Ukrainian government that assumed power after the collapse of the Yanukovych regime shows why other jurisdictions should enact similar legislation (Portela, 2019). Exercising its authority under the Common Foreign and Security Policy, the European Council directed member states to freeze the assets of the former leaders of these countries, their family, and cronies. But the power to confiscate and return the assets rests with EU Member States, none of which have a law like the Swiss one. Confiscation and return thus depended on the ability of the successor governments to present sufficient evidence

to Member State authorities justifying confiscation. When the new governments could not, European domestic courts were left with no choice but to order the lift of the asset freezes and the return of the assets to the malefactors.

Legislation pending in the Canadian Senate would expand the Canadian federal government's power beyond that the Swiss executive enjoys under its Foreign Illicit Assets Act (S-259, the Frozen Asset Repurposing Act). As with the Swiss law, it authorizes the Canadian executive to initiate proceedings to freeze and confiscate stolen assets when the victim state is unable to do so. But whereas the Swiss statute provides only for their return to the victim state, the Canadian legislation would permit them to be used for any "just and appropriate" cause. The bill's sponsor has explained this would permit Canada to direct assets to refugees driven from their country by a corrupt government (Omidvar, 2019).

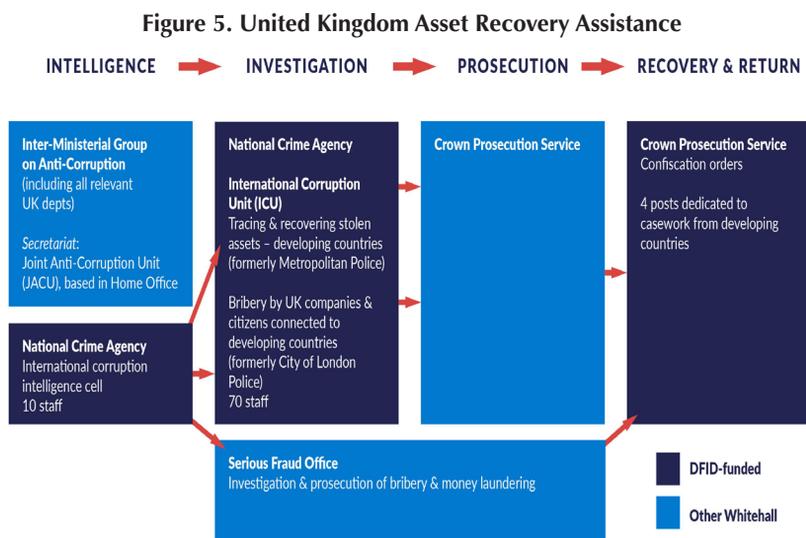
4.2.2. Introducing unexplained wealth orders

Legislation the United Kingdom enacted in 2017 is a second measure that holding states should take to help victim states lacking capacity or political will recover stolen assets. The Criminal Finances Act 2017 creates a forfeiture regime for property suspected of being derived from bribery, money laundering, and other serious crimes. Law enforcement agencies can obtain disclosure orders from banks and other third parties to learn an asset's origins, an order freezing it if the origin appears suspicious, ultimately if it was obtained by criminal means an Unexplained Wealth Order. A court will issue the latter when it is "satisfied that there are reasonable grounds for suspecting" that the target of the order could not afford the property given the person's "known sources" of "lawfully obtained income." (Criminal Finances Act, 2017 §362B). The target must produce a statement showing his or her interest in the property, how the property was obtained "including, in particular, how any costs incurred in obtaining it were met," and other property-related information the order requests. If the target fails to fully comply with the order, the agency can bring a civil action under part 5 of the Proceeds of Crime Act to seize the property.

The law was first invoked to require Zamira Hajiyeva to explain the source of funds used to purchase a \$15 million London flat and finance a \$21 million shopping spree (Zamira Hajiyeva v. National Crime Agency, 2020). Hajiyeva is an Azeri national living in London. Apparently unemployed, her husband, a former executive of Azerbaijan state-owned bank, was convicted of massively defrauding the bank. U.K. law provides that if her assets are successfully seized, they can be returned to Azerbaijan.

4.2.3. Establish dedicated units to assist victim states

A third measure holding states should take to assist victim states is to establish a dedicated group of staff members or a dedicated office or offices within the government to locate and recover stolen assets.



Source: Mason 2020.

In 2006 the U. K. Department for International Development (DfID) entered into an agreement with the Metropolitan Police to fund a unit within the Met to help developing states find and repatri-

ate stolen assets hidden in the United Kingdom (Fontana, 2011). As figure 5 shows, today the program stretches across several agencies and covers activities from intelligence to investigation to bringing proceedings in U.K. courts to confiscate assets. DfID provides roughly £21million annually to support the program with the remainder coming from the budgets of participating agencies. Figures for 2017 show that program froze £114 for every pound spent (Government of United Kingdom, 2018).

The U.S. Department of Justice had, until the Trump Administration disbanded, its special unit in the Anti-Money Laundering Section of the Criminal Division dedicated to helping states recover stolen assets. The Kleptocracy Asset Recovery Initiative opened investigations and brought cases in the United States to recover the proceeds of foreign officials' corruption. It had 21 full-time attorneys with additional prosecutors working part time on the initiative. It received support from the Department of Homeland Security and the FBI, which established an international corruption squad to target foreign bribery and kleptocracy in 2015. From 2011 to 2016, it froze several billion dollars in funds believed to be stolen assets and confiscated and returned hundreds of millions to victim states (Davis, 2016). Notable returns include \$350 million to Malaysia and \$308 million to Nigeria in 2020, \$115 million jointly with Switzerland to Kazakhstan, and \$28 million to the Republic of Korea. Another \$xx million in monies from the IMDB scandal is frozen pending proceedings to return it to Malaysia, and it has restrained \$850 million stolen from Uzbekistan.

4.3. Crack down on enablers

As explained above, in all but the simplest schemes a public official wanting to hide assets will seek help from someone who knows how to surreptitiously move assets across national borders. A person knowledgeable in establishing corporations in different countries, in acquiring property or other valuable assets, and in opening bank accounts in the corporations' names all the while keeping the official's identity secret. Cracking down on these enablers is critical. This section offers three recommendations for doing so.

4.3.1. Make all enablers subject to the anti-money laundering laws

Money laundering is the concealment of the origins of illegally obtained money. UNCAC requires States Parties to criminalize it, and all but a few have (UNODC, 2017). Thus, anyone who helps a public official hide stolen money is guilty of the crime of money laundering. But enablers do not fear prosecution. If their actions are discovered, they will claim they did not know the assets were stolen. They will say that they were simply asked to establish a corporation, buy real estate or conduct other transactions with a client's assets. They had no idea the assets were stolen. A criminal conviction requires defendants to know their actions were wrong, and enablers to take measures to make it almost impossible to show they knew where the assets came from.

For almost two decades, the Financial Action Task Force (FATF), the body that advises countries on how to combat money laundering, has urged the enactment of legislation to end this defense. The recommended legislation would require professionals to carefully investigate, in money laundering terms conduct "enhanced due diligence" on, the origins of funds a current or former government official, a family member or close associate asked the professional to handle. Making professionals scrutinize the assets of these "politically exposed persons," as the anti-money laundering laws term them, would prevent enablers from asserting the lack of knowledge defense. The law would require them to know where the funds came from and sanction them from not knowing. To increase further the risk of prosecution for enabling, FATF also recommends that professionals continuously monitor transactions they conduct for a politically exposed person and report any that appears suspicious.

The enhanced due diligence recommendation is contained in FATF Recommendation 22 and the suspicious transaction one in Recommendation 23. The adoption of FATF recommendations depends upon a government's commitment and willingness to curb money laundering. Governments' compliance is subject to periodic review. The publicity generated when a review shows a country is not complying with a recommendation often generates international and domestic pressure on the government to comply.

In the case of Recommendations 22 and 23 that pressure has not been effective. Four G20 members —Australia, Canada, the People’s Republic of China, and the United States— have rejected them in toto (FATE, n. d.). Shown in table 4 are another 48 jurisdictions that have only partially or half-heartedly complied with one, the other, or both Recommendation 22 and 23. Partial compliance can mean that an important profession —lawyers in Denmark, real estate agents in Singapore— is not covered or that no firm or individual has ever reported a suspicious transaction or that the sanctions for failing to report are mild. As table 4 shows, the list of countries only partly complying include several important financial centers.

Table 4. States Partly Compliant with FATF Recommendations 22 and 23

Country	Partly compliant 22	Partly compliant 23	Country	Partly compliant 22	Partly compliant 23
Andorra		✓	Macao, China	✓	✓
Austria	✓		Mali	✓	✓
Bahamas	✓	✓	Mauritania	✓	✓
Bahrain	✓	✓	Mexico	✓	
Burkina Faso	✓		Moldova	✓	✓
Cabo Verde	✓		Morocco		✓
Cambodia	✓		Myanmar	✓	✓
Cayman Islands	✓	✓	Norway	✓	
Colombia	✓	✓	Philippines	✓	✓
Costa Rica	✓	✓	Portugal	✓	
Czech Republic	✓	✓	Samoa	✓	
Denmark	✓		Senegal	✓	✓
Fiji	✓	✓	Serbia	✓	✓
Gibraltar	✓		Singapore	✓	✓
Guatemala	✓	✓	Switzerland	✓	✓
Hong Kong	✓		Chinese Taipei	✓	
Hungary	✓	✓	Tajikistan	✓	
Iceland		✓	Tunisia	✓	✓
Ireland	✓		Turkey	✓	✓
Israel	✓	✓	Turks & Caicos	✓	✓
Jamaica	✓	✓	Uganda	✓	✓
Korea	✓	✓	Vanuatu	✓	✓
Kyrgyzstan	✓	✓	Zambia	✓	
Latvia	✓		Zimbabwe	✓	

Source: FATF, Consolidated assessment ratings, <http://fatf-fafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html>

Until all states fully adhere to FATF Recommendations 22 and 23, corrupt officials will almost certainly be able to find someone willing

to act as an enabler, to be an accomplice to their theft of government assets. It is thus critical that all states write FATF Recommendations 22 and 23 into their law.

Make Enabling Asset Hiding a Serious Crime

When incorporating Recommendations 22 and 23 into their domestic law, U.N. Member States should ensure the penalties for violations reflect the seriousness of the offense. Assets are too often stolen from the world's poorest nations, depriving their governments of the resources required to achieve the SDGs and thus to meet the needs of their most vulnerable citizens. As accomplices, those who hide these assets are as responsible for the resulting harm as the government officials who betrayed the public trust.

Violations of Recommendations 22 and 23 are not the only enabling-offenses that should carry large fines and long prison sentences. Falsely reporting the beneficial owner of a corporation or other offshore vehicle or failing to disclose that an individual is a director or manager of a vehicles facilitates asset hiding as well. These offenses merit penalties as severe as those for failing to comply with Recommendations 22 and 23.

Those who hide assets reap large rewards for little work. Those can be powerful incentives to become an enabler. The penalties for enabling should be substantial enough to change those incentives.

4.3.2. Deny professional privilege protection to investment transactions

All U.N. Member States protect a client's communications with a lawyer, notary, or other legal professional when they relate to a judicial proceeding or the legal aspects of a transaction. Lawyers are barred, in some countries by statute and in others by court decisions, from disclosing what their client tells them and the advice they provide. Lawyer-enablers often abuse this legal professional privilege, asserting that routine, non-legal work—creating a corporation or purchasing real estate—is protected from disclosure on grounds of privilege.

Vaguely drafted statutes or broadly worded decisions allow lawyer-enablers to get away with such abuses. Member States should be sure that their law does not permit such work to be shielded from disclosure by the legal professional privilege. FATF Recommendation 22 reflects a widely shared international consensus that there are certain tasks a lawyer may do but which are routine, can be performed by non-lawyers, and do not involve providing legal advice. They are: (a) forming a corporation or other legal person; (b) serving as a director or secretary of a company, a partner of a partnership, or a similar position in relation to any other legal person; (c) performing the duties of a trustee of an express trust or the equivalent function for another form of legal arrangement; (d) acting a nominee shareholder for another person; (e) arranging for another person to act in one of the roles identified above; or (f) providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or any other legal person or arrangement.

The abuses of Panamanian law firm Mossack Fonseca, the lawyers that replied positively to the money laundering researchers' inquiries about asset hiding schemes, and the alacrity with which numerous prestigious New York lawyers responded to the Global Witness ruse make enactment of legislation denying professional privilege for these tasks and other purely financial or administrative work a critical element in the crack down on enablers.

4.4. Reduce time and costs to victim states to recover assets

As explained above, Member States are bound by international human rights law to ensure proceedings to freeze and confiscate assets are fair. That does not mean the proceedings must be extended or that they must be inordinately expensive. It took Nigeria 16 years to recover one tranche of the billions Sani Abacha stole while in power (Ferguson, 2018: 532), and it will reportedly pay private counsel a "fortune" to recover money lost from a recent theft of oil revenues (Faull & Olawoyin, 2020). No victim state should have to wait a decade and one-half or pay a fortune to get back money stolen from its citizens. Three ways to reduce the time and expense are listed below.

4.4.1. Limit the use of frozen assets in confiscation proceedings

One reason for lengthy delays in asset recovery cases is that the officials who steal the money use it to pay lawyers to drag out recovery proceedings. Although Nigeria secured an order freezing £50 million of stolen funds its deceased leader Sani Abacha had hidden in the United Kingdom, the U.K. court allowed his heirs to withdraw more than £30 million to fight recovery efforts in the United Kingdom and elsewhere (Daniel & Maton, 2013). They twice sought judicial review of Nigeria's MLA requests to the United Kingdom and regularly appealed lower court decisions in recovery actions in Switzerland, Luxembourg, Lichtenstein, and the Channel Islands. No matter how meritless the claims were, they had nothing to lose. They paid the lawyers with money they would forfeit if the recovery action succeeded. If they prevailed in a case, whatever funds were left were theirs to keep.

Courts have long recognized criminals have no claim to use stolen funds to pay their legal fees. As the American Supreme Court has said: "A robbery suspect [...] has no [...] right to use funds he has stolen from a bank to retain an attorney to defend him." (Caplan & Drysdale, 1989). Likewise, public officials who steal government assets should not be able to spend the assets to defeat recovery by the victim state.

A 2011 StAR survey of practitioners and legal professionals found widespread support for a policy that would bar the use of frozen funds to pay legal fees unless the putative owner could convincingly show he or she had no other source of funds (Stephenson et. al., 2011: 94-97). In these cases, StAR recommended policymakers set appropriate limits on the funds' use including restrictions on exorbitant fees and fruitless or meritless challenges to court actions. The policy should balance the rights of the alleged owner's access to funds for a defense against the rights of the victim state to recover stolen assets. All Member States should have such a policy in place.

4.4.2. Curb exorbitant fee agreements with private counsel

The recovery of stolen assets demands skills in short supply in some victim countries: analysts able to track international money flows, investigators who know how to use public records to find assets, and prosecutors familiar with mutual legal assistance laws. A government lacking personnel with these skills can turn to StAR, the International Centre for Asset Recovery, or other donors or donor-funded entities. Or it can seek assistance from holding states—in some cases, like the United Kingdom and the United States from units specifically established to help on asset recovery.

None of these sources charge governments for the help they provide. Despite their availability, however, there have been cases where a government hired a private firm to recover assets. Private firms do charge, and they can be expensive. There have been cases where a government, unable to afford a private firm, has agreed to pay a firm a percentage of whatever is recovered if firm will fund pursuit of the assets. A return of tens if not hundreds of millions of dollars means the firm will realize an enormous amount, far exceeding a reasonable fee for its work even accounting for the risk it takes that it will receive little or nothing if no assets are recovered. A very large fee not only means the victim state receives less, but the size of the fee can discredit the asset recovery process and fuel citizen suspicions that the process itself has been corrupted. For these reasons, the governments and civil society organizations that participated in the 2017 Global Forum on Asset Recovery recommended that victim states avoid “the use of unspecified or contingent fee arrangements” (GFAR, 2017).

To ensure any fee paid for asset recovery services is reasonable, victim states should not agree to pay a percentage of what is recovered. To eliminate any suggestion of a “sweetheart” deal with the firm retained, they should in addition follow standard, competitive procurement procedures applicable for hiring any consultant or professional service firm: drafting a request for proposals, circulating it widely, and appointing an expert technical committee to evaluate the proposals submitted in accordance with publicly disclosed selection metrics. The resulting contract should also be disclosed.

4.4.3. Prosecute corrupt officials in holding states for money laundering

Article 23 of UNCAC requires States Parties to make hiding the proceeds of a crime itself, the crime of laundering money. In addition to fines and a possible prison sentence, the sanction for money laundering is the confiscation of the monies laundered. Accordingly, whenever a corrupt official and his or her enabler purchases property or makes a deposit in a bank in a State Party using stolen assets, authorities in that state can initiate proceedings to confiscate the assets.

Article 53(c) gives the victim state the right interpose its claim to the assets as their “legitimate owner *before* they are confiscated.” (Brun, 2019: 545). In states whose laws follow the civil law tradition, crime victims can generally join a criminal prosecution as a “civil party.” Civil party procedures provide that upon a conviction the defendant will be ordered to compensate the victim for the damage caused by the offense. France and Switzerland have both accorded victim country governments civil party status in money laundering cases arising from the hiding of stolen assets in their countries. In accordance with their civil party laws, both were awarded the assets stolen (Oduor et. al., 2014: 88-89).

Victim compensation statutes in some common law countries produce the same result through a different procedure. Crime victim statutes in these countries allow the victim to petition the court upon a defendant’s conviction to recover either damages or the property stolen. In United States crime victim laws have been employed in foreign bribery cases. In several cases, the government that employed the bribe taker has received the amount of the bribe the official was paid as compensation (Messick, 2019).

Holding states should ensure their laws either have civil party or victim compensation provisions in their laws. They should then employ them to find stolen assets and see they are returned to victim states.

4.5. Eliminate technical obstacles to recovery

Article 54 makes UNCAC's asset recovery procedures applicable only to "property acquired [...] through the commission of an offense established in accordance with this Convention." It also requires holding states to confiscate it only when the confiscation procedure the victim state followed accords with the holding state law on confiscation. Where both conditions are obtained, recovery can proceed without objection. Where they do not, holding state laws can prevent recovery. Two measures to eliminate these technical legal obstacles to recovery are below.

4.5.1. Ensure illicit enrichment statutes cover all corruptly acquired assets

A straightforward way to ensure any asset stolen by corrupt means comes within the Convention's mandatory return provision is to rely on article 20, the illicit enrichment provision. It urges States Parties to make any "significant increase in the assets of a public official" that cannot be "reasonably explain[ed]" an UNCAC offense. Where such a law is in force, any asset an official obtained by corrupt means becomes under article 54 an asset "involved in the commission of an offense established in accordance with" UNCAC. It is therefore subject to mandatory confiscation by holding states.

Illicit enrichment charges can be subject to long, drawn-out defenses. They can be obviated in Member States which require public officials to file a financial disclosure statement. The law can be amended to make any asset an official willfully fails to disclose subject to immediate confiscation. In two successful civil recovery cases the Federal Republic of Nigeria brought in the United Kingdom, courts relied on the failure to disclose assets as evidence they were obtained unlawfully. In Trinidad and Tobago, the courts ruled that assets not disclosed are subject to confiscation (Messick, 2013).

4.5.2. Enact non-conviction-based forfeiture legislation

Traditionally, assets have been subject to confiscation only upon the thief's conviction for stealing them. An important trend in recent years has been to expand forfeiture laws to permit assets to be confiscated absent a conviction, in cases where the thief has died, cannot be found, or the statute of limitation has expired (Greenberg et al., 2009). Not all governments, however, have enacted non-conviction-based forfeiture laws (NCB). In a note for the COSP (UNODC, 2019), UNODC has explained that on a number of occasions a state's failure to have an NCB law has prevented return.

An NCB law is an important addition to any Member State's anticorruption legislation. Moreover, UNCAC calls on States Parties to provide each other the "widest measure of assistance" in the return of stolen assets. There is no reason all States Parties should not enact NCB legislation and every reason they should.

5. CONCLUSION

The UNCAC has opened a path to the speedy recovery of assets corrupt officials have stolen from their citizens and hidden abroad. As this paper has shown, several obstacles still clutter the path. Determined action is needed: by the international community and the governments to clear and to realize the convention's promise.

The paper's most important recommendations are those that would crack down on professionals willing to assist, or enable, corrupt officials to hide money. To make it easier to detect and prosecute their illegal activities, these enablers should be subject to the same anti-money laundering laws governing banks. Before a bank can accept a deposit from a current or former public official, the official's family member, or close associate, it must be satisfied the assets were obtained honestly; the bank is also required to report any suspicion it has that they were not. For almost two decades, the Financial Action Task Force (FATF), the inter-governmental organization that sets global standards for anti-money laundering laws, has recommended the same rule apply to potential enablers. Four G20

states —Australia, Canada, the Peoples Republic of China, and the United States— have yet to comply with the FATF recommendation, and Columbia, Costa Rica, Mexico, and 45 45 other jurisdictions only partly comply with the recommendation. The evidence strongly suggests that until all those who are accomplices to stealing assets are brought fully to heel, thefts are likely to continue.

A second recommendation is to ensure that the penalties for enabling asset hiding” reflect the seriousness of the crime. Assets are too often stolen from the world’s poorest nations, depriving their governments of the resources required to achieve the SDGs and thus to meet the needs of their most vulnerable citizens. Those caught enabling asset hiding are accomplices to their theft; they should be subject to steep fines and long prisons sentences. Again, following FATE, a third recommendation would bar legal professionals from claiming legal privilege for creating corporations, buying real estate, or performing other routine commercial work. Lawyer-enablers use overly broad legal privilege to conceal illegal activities from enforcement authorities.

Governments, practitioners, and students of asset recovery agree that unrestricted, timely access to information is critical. To recoup assets, they must first be located. That requires states where they might be hidden to be forthcoming with information. To reduce barriers to the provision of such information, the paper recommends an international focal point be created to facilitate its provision, either associated with the governing body of the UN Convention or perhaps UNODC or the Stolen Asset Recovery Initiative (StAR).

Some states have been slow to respond to formal information requests embodied in Mutual Legal Assistance requests. A second recommendation to improve information flow is for states to regularly disclose how long it takes to respond to these requests. That will allow their legislatures, audit agencies, and citizens and the international community to know how well they are complying with their obligation to help other states recover assets.

A third set of recommendations is directed at helping very poor states or those transitioning from a long period of authoritarian rule overcome what for them can be formidable obstacles to recovering

assets. States where their stolen assets may be hidden should enact legislation modeled on the Swiss Foreign Illicit Assets Act and the U.K. Unexplained Wealth Order statute, laws giving these governments the power to confiscate assets stolen from another country without need of a formal request from its government. States where large amounts of assets may be hidden should also establish a dedicated unit to help victim states recover assets. The U.S. Kleptocracy Initiative provides one model; the U.K. interagency group linking its development assistance agency with its law enforcement agencies is a second.

To reduce the time and costs of recovery, limits should be put on the use of frozen assets to pay legal fees. Just as bank robbers are not allowed to use the money from holding up banks to defend against robbery charges, corrupt officials should not be permitted to use stolen assets to block their return. To keep recovery costs down, states seeking stolen assets should make maximum use of the resources provided by the international community rather than paying a private firm to help with recovery. If they do hire a law firm or other contractor, they should avoid arrangements of fees based on a percentage of what is recovered as these can run into the tens of millions of dollars if not more.

All states should enact legislation broadening the procedures under which assets can be confiscated. Rather than limiting confiscation to cases where the official has been convicted of a crime, confiscation should be permitted in the event the official has died, is unavailable, or has given the assets to another. The UNODC has identified several cases where the absence of a law permitting such non-conviction-based forfeiture has prevented recovery of stolen assets.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Jurisprudence

EUROPEAN UNION

Saccoccia v. Austria. Application no. 69917/01. Final Judgement 4/5/2009.
https://www.hr-dp.org/files/2013/09/11/CASE_OF_SACCOCCIA_v_AUSTRIA_.pdf

SWITZERLAND

Mikahaïl Khodorkovski contre Ministère public de la Confédération. Arrêt du 13 août 2007. Ire Cour de droit public. 1A.29/2007/col. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F13-08-2007-1A-29-2007&lang=de&type=show_document&zoom=YES&

UNITED KINGDOM

Zamira Hajiyeva v. National Crime Agency. [2020] EWCA Civ 108.

UNITED STATES

Caplin & Drysdale v. United States. 491 U.S. 617 (1989).

Doctrine

- Brun, J. (2019). "Article 53: Measures for Direct Recovery of Property". In: Rose, C., Kubiciel, M & Landwehr, O (Eds.). *The United Nations Convention Against Corruption: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 536-546.
- Daniel, T. & James, M. (2013). "Is the UNCAC an Effective Deterrent to Grand Corruption?". In: Horder, J. & Alldrige, P. (eds.). *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 293-327.
- Davis, B. (2010). "Corruption Fighters Form Close-Knit Club". *Wall Street Journal*.
- Davis, P. (2016). "To Return the Funds at All': Global Anticorruption, Forfeiture, and Legal Frameworks for Asset Return". *University of Memphis Law Review*. Vol. (47). Pp. 291-357.
- Ferguson, G. (2018). *Global Corruption: Law, Theory, and Practice* Vol. I. 3rd ed. Victoria, BC: University of Victoria.
- Findley, M., Daniel, N. & Jason, S. (2014). *Global Shell Games: Experiments in Transnational Relations, Crime, and Terrorism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Greenberg, T., Linda M. Samuel, W. & Larissa G. (2009). *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, D.C: World Bank.
- Ivory, R. (2014). *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Judah, B. & Nate S. (2018). "The Enablers: How Western Professionals Import Corruption and Strengthen Authoritarianism". Washington D.C.: The Hudson Institute.
- Lugentz, F. & Michel T. (2014). *L'Entraide Pénale Internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*. Brussels: Groupe Larcier.
- Messick, R. (2013). "How Financial Disclosure Laws Help in the Discovery of Stolen Assets". In: Fenner Zinkernagel, G., Monteith, C. & Gomez Pereira, P. (eds.). *Emerging Trends in Asset Recovery*. Bern: Peter Lang.
- Messick, R. (2019). "Legal Remedies for Victims of Corruption Under U.S. Law". In: Open Society Justice Initiative. *Legal Remedies for Grand Corruption: The Role of Civil Society*. New York: Open Society Foundations. Pp. 100-113.
- Oduor, J., Francis F., Agustin, D., Jeanne, M. Mathias, Ji won, P & Stolpe, O. (2014). *Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and the Implications for Asset Recovery*. Washington, D.C.: The World Bank.
- Sharman, J. (2010). "Shopping for Anonymous Shell Companies: An Audit Study of Anonymity and Crime in the International Financial System". *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 24(4). Pp. 127-140.
- Stephenson, K., Larissa, R, Jean, B, Dunker, G & Panjer, M. (2011). *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Washington D.C.: The World Bank.

Reports, resolutions and other documents

- Armstrong, M. (2016). *The Global Extent of the Panama Papers Leak*. <https://www.statista.com/chart/4606/the-global-extent-of-the-panama-papers-leak>.
- Basel Institute on Governance. (2020). *Contribution to the Consultation Process in Preparation of the UN General Assembly Special Session against Corruption on 2021*, April. <https://ungass2021.unodc.org/ungass2021/en/contributionsStakeholders.html>.
- Chaikin, D. (2000). *Tracking the Proceeds of Organized Crime – The Marcos Case*. Paper presented at the Transnational Crime Conference convened by the Australian Institute of Criminology in association with the Australian Federal Police and Australian Customs Service. Canberra (Australia). https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Marcos_US_Chaikin_Tracking_Proceeds.pdf.
- Corporate Services. (2020). *Singapore Implements a Central Register of Company Controllars*. <https://www.corporateservices.com/singapore-company-controllars-central-register/>.

- Dalby, D & Chapman, A. (2019). *Three Years On: The Panama Papers*, International Consortium of Journalists. <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/panama-papers-helps-recover-more-than-1-2-billion-around-the-world/>.
- European Court of Human Rights. (2020). *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property*. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.
- Faull, L & Oladeinde, O. (2020). "Revealed: The Lagos Law Firm and US Funder Hoping to Land a Fortune Recovering Nigeria's 'Looted' Oil Assets". *Finance Uncovered*. April 28. <https://www.financeuncovered.org/investigations/revealed-the-lagos-law-firm-and-us-funder-hoping-to-land-a-fortune-recovering-nigerias-looted-oil-assets/>.
- FATF [Financial Action Task Force]. (2013). *Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals*. FATF/OECD. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20and%20TF%20vulnerabilities%20legal%20professionals.pdf>.
- FATF. (2016). *United States' Measures to Combat Money Laundering and Terrorist Financing*. FATF/OECD. <https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-states-2016.html>.
- FATF. (2019). *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- FAFT. (n.d.) *Consolidated assessment ratings*. <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html>.
- Fontana, A. (2011). *Making Development Assistance Work at Home: DFID's Approach to Clamping Down on International Bribery and Money Laundering in the UK*. The U4 Anticorruption Resource Centre. <https://www.u4.no/publications/making-development-assistance-work-at-home-dfid-s-approach-to-clamping-down-on-international-bribery-and-money-laundering-in-the-uk>.
- GFAR [Global Forum on Asset Recovery]. (2017). *GFAR Principles for Disposition and Transfer of Confiscated Stolen Assets in Corruption Cases*. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/the-gfar-principles.pdf>.
- Global Witness. (2016). *Lowering The Bar: How American Lawyers Told Us How to Funnel Suspect Funds into The United States*. <https://www.globalwitness.org/shadyinc/>.
- Government of the United Kingdom. (2018). *Annual Review - Summary Sheet*. UK Action Against Corruption. <https://devtracker.dfid.gov.uk/projects/GB-1-201021/documents>.

- Government of Switzerland. Federal Department of Foreign Affairs (n.d.). *No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets*. https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.
- Mason, P. (2020). *Twenty years with Anticorruption. Part 5 Money Laundering and Illicit Financial Flows –The ‘Getaway Car’ of Corruption*. U4 Practitioner Experience Note 5.
- Membrez, F & Matthieu, H. (2020). *How To Return Stolen Assets: The Swiss Policy Pathway, Centre for Civil and Political Rights Anti-Corruption and Human Rights Initiative*. Working Papers. Geneva. http://ccprcentre.org/files/media/SwissReport_Asset_Recovery_25_Feb_20201.pdf.
- United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. (2013). *Who Will Be Accountable? Human Rights and the Post-2015 Development Agenda*. Geneva: United Nations.
- OHCHR. (2020). *Draft Guidelines on Stolen Asset Recovery and Human Right*.
- Omidvar, R. (2019). *Make Corrupt Officials Pay, Policy Options Politique*. <https://policyoptions.irpp.org/magazines/april-2019/make-corrupt-foreign-officials-pay/>.
- Portela, C. (2019). *Sanctioning Kleptocrats. An Assessment of EU Misappropriation Sanctions*. Civil Forum for Asset Recovery (CIFAR). https://cifar.eu/wp-content/uploads/2019/03/CiFAR_Sanctioning-kleptocrats.pdf.
- Reuter, P. (2017). *Illicit Financial Flows and Governance: The Importance of Disaggregation*. Background Paper prepared for the World Development Report 2017.
- Reuters. (2018). *Swiss Seize Bank Accounts Amid Probe Linked to Rio Tinto Mongolia Mine*. <https://www.reuters.com/article/us-swiss-rio-tinto-plc-mongolia/swiss-seize-bank-accounts-amid-probe-linked-to-rio-tinto-mongolia-mine-idUSKBN1GV1AG>.
- UNCAC. (2006). “Resolution 1/4”. *Establishment of an Intergovernmental Working Group on Asset Recovery*. https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/session1/V0659563e.pdf.
- UNCAC. (2009). *Resolution 3/3. Asset Recovery*. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session3-resolutions.html>
- UNCAC. (2013). *Resolution 5/3. Facilitating International Cooperation in Asset Recovery*. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/V1401171e.pdf>
- UNCAC. (2017). *Resolution 7/1. Strengthening Mutual Legal Assistance for International Cooperation and Asset Recovery*. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session7-resolutions.html>

- Transparency International. (2014). *Lost Billions: Recovering Public Money in Egypt, Libya, Tunisia and Yemen*. <https://www.transparency.org/en/publications/lost-billions-recovering-public-money-in-egypt-libya-tunisia-and-yemen>
- Trinidad and Tobago News Forum. (2006). *Two Years Failing to Declare London Bank Account*.
http://www.trinidadandtobagonews.com/forum/webbbs_config.pl?md=read;id=3578.
- UNODC. (2012). *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption. 2nd Edition*. Vienna: United Nations.
- UN. (2017). *State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption: Criminalization, Law Enforcement and International Cooperation. 2nd Edition*. Vienna: United Nations.
- UNODC. (2019). *Mutual Recognition of Non-Conviction-Based Freezing Orders and Confiscation Judgments*. Note prepared by the Secretariat for Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2019-May-29-30/V1903719e.pdf>.
- UNODC/World Bank. (2007). *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*. Washington D.C.: The World Bank.

Statutes, regulations, and legislation

EUROPEAN UNION

- Council Decision 2011/72/CFSP (31 January 2011). *Concerning Restrictive Measures Directed Against Certain Persons and Entities in View of the Situation in Tunisia*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011D0072>

SWITZERLAND

- Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets held by Foreign Politically Exposed Persons (Foreign Illicit Assets Act) (2015). Law Nr.196.1. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20131214/index.html>.

UNITED KINGDOM

- Sanctions and AntiMoney Laundering. (2018). Act 2018. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/pdfs/ukpga_20180013_en.pdf.
- Criminal Finances Act (2017) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted>.

VIRGIN ISLANDS

Virgin Islands Beneficial Ownership Secure Search System Act. (2017).
Law No. 15 of 2017. https://tridenttrust.com/media/2513/boss_act_june_2017.pdf.

TREATIES

African Charter on Human and Peoples' Rights. https://au.int/sites/default/files/treaties/36390treaty0011__african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf

International Covenant on Civil and Political Rights. (1976). https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.

OEA. American Convention on Human Rights. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.html.

Capítulo 7

Conclusiones

HÉCTOR OLASOLO*
DAVID FERNANDO VARELA*
GERMÁN C. GARAVANO*
DANIEL ALEJANDRO GARAVITO GÓEZ*
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES*

-
- * Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección Internacional La Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.
- * Profesor de planta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctor en Asuntos Internacionales de la Universidad Johns Hopkins, *School of Advanced International Studies* [SAIS] (Washington, DC) y Máster en Leyes de la Universidad de McGill (Montreal, Canadá). Investigador del Proyecto 71848, el cual hace parte del Programa 70593 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.
- * Investigador de Unidos por la Justicia (Argentina). Fue ministro de justicia y derechos humanos de la Argentina (diciembre 2015-diciembre 2019) y ha sido reconocido por el presidente de la República de Italia como “*cavaliere de gran croce*” de la “*ordine della stella de Italia*” (Roma, febrero de 2018). Se ha desempeñado también como Fiscal General de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2007-2014) y ha sido vicepresidente y miembro del Centro de Justicia de las Américas (CEJA), elegido por la Asamblea de los Estados Americanos (OEA), 2005-2007. Ha sido también consejero del consejo de

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la presente obra colectiva se han analizado en detalle toda una serie de respuestas a la naturaleza estructural y sistémica del fenómeno de la corrupción en América Latina (especialmente, al estar asociado al crimen organizado transnacional (COT)), que han

la magistratura de la CABA (2004/2006), juez de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2003-2007) y profesor en Agosto de 2010 del curso internacional de capacitación en reformas al sistema de justicia penal en América Latina (Instituto para Asia y El Lejano Oriente de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, la Agencia de cooperación internacional del Japón (JICA) y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD, Costa Rica). Ha fungido además como coordinador académico y profesor del programa en administración y modernización judicial, organizado por la Fundación Carolina de Argentina, dictado con el Instituto Universitario de Derecho y Economía, el Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigio de la universidad Carlos III de Madrid y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido autor, coautor y/o director académico de numerosos libros entre ellos: “Poder Judicial, Competitividad y Desarrollo Económico” (libro resultado de investigación del Proyecto UBACYT/CONICET, programación científica trienal 1998/2001).

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Consultor del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Coordinador del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de la clase de Derecho y Tecnología (Legaltech: Innovación Legal) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y del programa de Legaltech ofrecido por el Departamento de Educación Continua de la Pontificia Universidad Javeriana.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultor del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

sido desarrolladas en las últimas décadas a nivel internacional desde los ámbitos tributario y financiero y la cooperación internacional (especialmente, en materia de lucha contra la corrupción, la evasión y elusión fiscales y el lavado de activos, así como en la identificación, embargo, decomiso y restitución de los activos robados mediante prácticas corruptas).

De esta manera, se han abordado los efectos económicos de la corrupción en los recaudos fiscales, la inversión pública y privada, la productividad, la infraestructura, el desarrollo económico, la desigualdad y la pobreza (Ferrari: capítulo 1), la función que la regulación del riesgo de conducta en el sistema financiero puede desempeñar en la lucha contra la corrupción (Arias: capítulo 2), el aporte de los instrumentos bilaterales de cooperación internacional en materia fiscal (De Castro & Yumi: capítulo 3) y de los Estándares Comunes de Reporte (CRS) (Andrade: capítulo 4), la contribución del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a la lucha contra el lavado de activos y las prácticas de corrupción y evasión y elusión fiscales estrechamente relacionadas (Varela & Serrano: capítulo 5); y (f) la importancia de la cooperación internacional para acelerar el proceso de identificación, embargo, decomiso y restitución de los activos robados mediante prácticas corruptas (Messick: capítulo 6).

A la luz de lo anterior, el presente capítulo sistematiza los principales contenidos y conclusiones presentados por los autores con el fin de ofrecer al lector un visión clara y precisa del conjunto de la obra, para lo cual se hace, en ocasiones, referencia a: (a) trabajos previamente publicados sobre la materia en la misma Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia* en la que se publica esta obra; y (b) algunos de los casos-país recogidos en la Parte II del trabajo del Grupo de Investigación en Derecho Financiero, Tributario y Cooperación Internacional no Judicial de la Red sobre Respuestas a la Corrupción asociada al COT, los cuales serán próximamente publicados por la Editorial Tirant lo Blanch como volumen 39 de la mencionada Colección¹.

¹ Los cinco países analizados en la Parte II han sido elegidos debido, por un lado, a su relevancia en América Latina por su tamaño, población y peso político y económico, y, por otro, a que, al hacer énfasis en distintas herra-

2. CORRUPCIÓN, OCULTACIÓN DE ACTIVOS ROBADOS Y DIFICULTADES PARA SU RECUPERACIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN A SUS GRAVES CONSECUENCIAS ECONÓMICAS

2.1. *Primer acercamiento a las modalidades de corrupción*

Como Messick señala en el capítulo 6, existen múltiples modalidades de corrupción, siendo la más conocida la que resulta del soborno. Pero estas no son las únicas formas en que las autoridades, los funcionarios públicos y los accionistas, directivos y empleados de empresas privadas, así como otras personas corruptas, roban activos. Por el contrario, pueden también, por ejemplo, abusar de su autoridad para otorgar contratos gubernamentales lucrativos a empresas de las que son accionistas en secreto, o aprovechar su influencia con antiguos colegas para, tras dejar el cargo, obtener exenciones fiscales para las empresas que representan.

Por ello, los redactores de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) han reconocido que existen muchas formas de robar activos a través de distintos tipos de prácticas corruptas y, si bien no han llegado a definir la corrupción como un fenómeno de acción colectiva, sí han impuesto a los Estados parte la obligación de tipificar en su legislación interna varias de sus modalidades más características: el soborno de funcionarios nacionales y extranjeros, la malversación de fondos públicos, el blanqueo de dinero y la obstrucción de la justicia. Además, han recomendado “considerar” la tipificación del tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el soborno y la malversación en el sector privado, y el ocultamiento o retención del producto de cualquier delito tipificado conforme a la Convención.

mientas de las estudiadas en el volumen 38 de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia, cada uno de ellos presenta un enfoque propio en el tratamiento del fenómeno de la corrupción: (a) ámbito financiero (Perú); (b) ámbito tributario (Colombia); (c) lucha contra el lavado de activos (Chile); (d) cooperación internacional (Brasil); y (e) reforma y fortalecimiento institucionales (Argentina).

En lo que se refiere específicamente a América Latina, Ferrari destaca en el capítulo 1 las cuatro modalidades siguientes entre las numerosas prácticas de corrupción que se extienden a lo largo y ancho de la región:

1. La apropiación directa de fondos públicos por funcionarios y actores privados.

2. La instrumentalización de leyes y otras normas en beneficio particular y en detrimento del interés general, lo que provoca, por regla general, la distorsión de un cierto mercado para generar “rentas de no competencia” en favor de productores oligopólicos o monopolísticos.

3. La corrupción que tiene lugar en los negocios privados cuando se realizan operaciones (compras, ventas, descuentos o inversiones, entre otras) basadas en preferencias indebidas por ciertas personas naturales o jurídicas (conocidas o cercanas), al margen de sus méritos y sin tener en cuenta a terceros más cualificados (si bien estas prácticas generan importantes pérdidas empresariales, se tratan de justificar afirmando que son decisiones que corresponden a los dueños o gerentes porque las pérdidas solo afectan a sus patrimonios, lo cual no es cierto porque, entre los principales perjudicados, se encuentran también otros *stakeholders*, como, por ejemplo, los trabajadores o quienes no obtienen los contratos a pesar de presentar mejores ofertas).

4. Los pagos indebidos a diversas autoridades para que faciliten, o al menos no dificulten, la producción y/o comercialización de bienes y servicios manifiestamente ilícitos, como los que tienen por objeto el narcotráfico, la minería ilegal o el contrabando, lo que genera la asignación ineficiente de recursos públicos y privados (con ello se favorece a los grupos al margen de la ley y a los receptores de comisiones indebidas, generando comportamientos antisociales que terminan siendo tolerados por la distribución parcial de las ganancias ilícitas).

La importancia de estas cuatro modalidades de corrupción se debe, según Ferrari, a su alto impacto directo sobre las transacciones económicas, lo que provoca una significativa reducción del crecimiento económico, la productividad, los recaudos fiscales y la inver-

sión pública y privada, que a su vez limita todavía más el crecimiento, generando una espiral de desempleo, pobreza y desigualdad que afecta profundamente al desarrollo socioeconómico de los países latinoamericanos.

2.2. La estrecha relación entre la corrupción y el ámbito tributario

2.2.1. Las principales manifestaciones de esta estrecha relación

Como Castro (2025: en prensa) señala, existe una estrecha relación entre la corrupción y el ámbito tributario, que afecta tanto al diseño legislativo y administrativo de las normas fiscales, como a su aplicación por las autoridades tributarias y los jueces. Esto se ve reflejado, en primer lugar, en las prácticas clientelares dirigidas a promover la adopción de leyes y reglamentos tributarios que favorecen a ciertos grupos. Así mismo, se observa también en las prácticas corruptas que provocan la falta de vigilancia, control y sanción de las infracciones de la normativa fiscal vigente.

En segundo lugar, los distintos tipos de incumplimiento de las normas tributarias (la evasión, la simulación, el contrabando, el fraude y el abuso), si bien tienen efectos y consecuencias diversos, deberían ser considerados todos ellos como casos de corrupción fiscal, porque buscan realizar intereses privados desconociendo los deberes tributarios.

De esta manera, mientras la evasión y la simulación suponen la existencia de obligaciones tributarias que se han tratado de evitar omitiendo los deberes formales de declarar o de informar sobre los datos propios, el fraude al Estado supone la falsedad o la simulación en las operaciones económicas reportadas. Por su parte, el contrabando (que es una de las manifestaciones más antiguas del fenómeno de la corrupción) consiste en evitar la intervención y control aduaneros para no pagar los aranceles correspondientes, mientras que el abuso de las normas tributarias se dirige a impedir, total o parcialmente, el nacimiento de las obligaciones tributarias mediante esquemas que se encuadran dentro del presupuesto de hecho de disposiciones más beneficiosas (abuso).

Del mismo modo, muchos de los casos de elusión fiscal, que buscan evitar, total o parcialmente, el nacimiento de las obligaciones tributarias mediante el recurso a interpretaciones alejadas del propósito de la ley para tratar de justificar esquemas que no califican directamente dentro de las normas impositivas más gravosas, deberían ser considerados también corrupción fiscal (si bien, la situación no es tan clara en relación con ciertos supuestos de elusión que aprovechan los vacíos normativos existentes en un determinado país para tratar de reducir los impuestos a pagar allí).

Todas las prácticas mencionadas pueden generar círculos viciosos (ya tengan su inicio en prácticas corruptas que generan evasión fiscal, lavado de activos y nuevamente corrupción, ya comiencen con actividades de evasión fiscal, que llevan al lavado de activos y a las prácticas de corrupción para evitar la actuación de la autoridad tributaria), los cuales: (a) fortalecen la relación entre la corrupción pública y privada; (b) incrementan la percepción de corrupción en los sujetos obligados; y (c) reducen la disposición de estos últimos a cumplir las normas tributarias.

En tercer lugar, ciertas medidas relativas a la gestión tributaria incrementan significativamente el riesgo de corrupción. Esto sucede, en particular, en las dos situaciones siguientes: (a) cuando se atribuyen al gobierno, o a la propia administración tributaria, excesivos márgenes de discrecionalidad para desarrollar, interpretar y/o aplicar la normativa existente, lo que hace más difícil detectar las prácticas corruptas en ciertas actuaciones, como la emisión de declaraciones interpretativas vinculantes que reducen la cuantía de los impuestos a pagar, o la concesión de beneficios fiscales a instancia de parte en aplicación de figuras jurídicas que no prevén estándares y/o procedimientos claros a estos efectos²; y (b) cuando se privatizan

² En países como Colombia esta práctica generó una reducción tan importante en la recaudación municipal que la Ley 1386 (2010) tuvo que: (a) prohibir a las entidades territoriales realizar contratos o convenios para delegar a “terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados”; y (b) ordenar revisar los contratos y convenios de delegación existentes en el momento de su entrada en vigor.

las funciones de la administración tributaria, como en los casos de delegación a particulares del recaudo municipal³.

En cuarto lugar, cabe mencionar las deducciones tributarias al impuesto sobre sociedades por los gastos incurridos por las empresas nacionales para pagar ciertas prácticas corruptas, como los sobornos a autoridades, funcionarios públicos o accionistas, directivos o empleados de compañías privadas extranjeras con el fin de obtener contratos en sus países. Si bien esta práctica se ha reducido notablemente en las últimas dos décadas, no es menos cierto que, a mediados de la década de 1990, este tipo de deducciones estaba muy extendida, y países como Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Nueva Zelanda y Suiza, entre otros, la recogían en sus legislaciones nacionales⁴.

Como resultado de lo anterior, y dada la estrecha relación entre la corrupción y el ámbito tributario, este último puede ofrecer herramientas útiles para el combate a la primera, así como para identificar el origen y destino de los recursos robados, facilitando con ello su recuperación. De ahí que los procedimientos administrativo-sancionadores por infracciones fiscales y los procesos penales por delitos tributarios y de corrupción se complementen para luchar de manera más eficaz contra las prácticas corruptas y evitar así su expansión.

³ Los contratos de estabilidad jurídica y las zonas francas existentes en países como Perú y Colombia son dos ejemplos paradigmáticos, porque, en aras de atraer mayor inversión extranjera y proporcionar una mayor seguridad jurídica, generan amplios márgenes de discrecionalidad que favorecen el clientelismo y la corrupción. Esto tiene un impacto muy negativo en las empresas competidoras y en el mercado, lo que puede incluso legitimar el ejercicio por parte de estas últimas de acciones de competencia desleal, como las previstas en el art. 20 de la Ley 256 (1996) de Colombia.

⁴ En la práctica, no siempre era fácil, sin embargo, beneficiarse de estas deducciones por la falta de documentación o por la negativa de los contribuyentes a identificar a los beneficiarios.

2.2.2. El debate sobre la tributación de los activos ilícitos, incluyendo los robados mediante prácticas de corrupción

Un aspecto central de la estrecha relación entre la corrupción y el ámbito tributario es el relativo a que, como Castro (2025: en prensa) subraya, las prácticas de corrupción que buscan satisfacer intereses privados pueden provocar la aparición de hechos generadores de diversos tributos, y de los correspondientes deberes de declaración y autoliquidación de los impuestos.

De esta manera, dependiendo de su definición en las respectivas legislaciones tributarias nacionales, el impuesto sobre la renta podría gravar los sobornos si generan ingresos que incrementan el patrimonio. Además, al ser pagados a cambio de “prestaciones” podrían ser objeto también del impuesto al valor agregado (IVA) o del impuesto de industria y comercio (ICA) bajo la definición de “servicios”.

Según el autor, al gravar la capacidad contributiva en un marco de neutralidad, no debería importar que la misma sea resultado de una actividad ilícita. Por ello, las legislaciones tributarias de países como Alemania, Australia, EE.UU. y Reino Unido consideran que el producto de las actividades ilícitas es gravable (*pecunia non olet*) y que las transacciones prohibidas han de ser gravadas de la misma manera que las lícitas.

Entre estas legislaciones, destaca el Código Fiscal alemán (1977), cuyos arts. 40 y 41 prevén expresamente que, a efectos tributarios, es irrelevante: (a) si el comportamiento, que cumple total o parcialmente los criterios de una ley fiscal, viola algún requisito o prohibición legal u ofende la moral común; (b) si un negocio jurídico es ineficaz o se vuelve ineficaz (con tal de que las partes involucradas permitan que se produzca su resultado económico, a menos que las leyes fiscales establezcan lo contrario); y (c) si las transacciones y las acciones son ficticias (aunque se oculte un negocio jurídico mediante una operación ficticia, dicho negocio sigue siendo decisivo a efectos impositivos).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la mayoría de los países latinoamericanos rechazan esta aproximación por tres razones principales:

1. Se podría entender como una normalización de las actividades ilícitas, haciendo, además, que el Estado compartiera sus beneficios, lo que no sería moralmente aceptable.

2. Allí donde se grave el producto de las actividades ilícitas, la definición que se tenga del hecho generador del impuesto sobre la renta puede provocar que los ingresos derivados de algunas de estas actividades no se encuentren gravados⁵. Esta última circunstancia se da, por ejemplo, en aquellos países en los que los tipos de renta gravable deben provenir necesariamente de negocios o empresas, como sucede, por ejemplo, en el Reino Unido. De esta manera, según la normativa británica, mientras el contrabando de alcohol, la operación ilegal de máquinas de juego, la recepción de bienes robados y el tráfico de drogas son considerados negocios y los activos ilícitos que generan son gravables, el robo de viviendas no se considera como tal, por lo que los ingresos ilegales derivados de esta actividad no son gravados. Sin embargo, este problema no se presenta en países como EE.UU., donde el impuesto sobre la renta se aplica sobre la obtenida de cualquier fuente (lícita o ilícita)⁶, o Colombia, al haber adoptado un concepto amplio de renta que incluye también los ingresos provenientes de los ilícitos administrativos y penales)⁷.

⁵ Junto a lo anterior, es importante tener en cuenta que, como Castro (2025: en prensa) afirma, algunos elementos del hecho generador del impuesto (como los conceptos de realización, causación y devengo del ingreso) pueden afectar también al gravamen efectivo, porque hay actividades ilícitas en las que existe un límite legal que impide que los delincuentes puedan tener la propiedad o la posesión de los bienes derivados de aquellas. Así mismo, la normativa utiliza, en ocasiones, términos jurídicos propios del derecho privado que dejan por fuera los frutos de ciertos productos económicos ilícitos, lo que no parece tener fundamento en el principio de generalidad de los impuestos y capacidad contributiva.

⁶ Esto se apoya en argumentos tales como la necesidad de dar congruencia al sistema para que grave de igual manera al deshonesto que al trabajador honesto, lo cual fue puesto de manifiesto por el legislador norteamericano al eliminar en 1916 la palabra “legal” del hecho generador del impuesto de la renta.

⁷ Así, el art. 26 del Estatuto Tributario (ET) de Colombia prevé que “la renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean sus-

3. Al definirse los activos, a efectos tributarios, como recursos controlados por una entidad fruto de las actividades realizadas, y de los cuales se espera obtener en el futuro ciertos beneficios económicos, una parte de la doctrina considera que los delincuentes pueden no tener el control o dominio sobre los bienes hurtados, malversados o estafados, lo que significaría que ni se ha realizado el ingreso, ni se tiene el activo (razón por la cual, en países como Australia y Nueva Zelanda, no se grava el producto de actividades ilícitas como la malversación de fondos). Sin embargo, en los activos generados por dádivas, sobornos, cohechos u otras conductas corruptas, es difícil afirmar que no se puede conocer la probabilidad de que quienes los reciben obtengan beneficios económicos en el futuro (o que no es posible medir su valor, sobre todo, si se tiene en cuenta que, los ingresos pueden acabar siendo destinados a reparar a las víctimas o, como en Colombia, ser sometidos al proceso de extinción de dominio)⁸.

En consecuencia, como Castro señala, los términos “entrada” y “control” (utilizados, respectivamente, para definir los conceptos de ingreso y activo), interpretados contablemente con base en el principio de primacía de la sustancia sobre la forma, deberían llevar a concluir que, por regla general, los frutos de las actividades ilícitas son entradas de recursos (y, por tanto, ingresos) que generan activos bajo el control de los delincuentes (sin que esto afecte a sus obligaciones frente a las víctimas y al Estado)⁹.

Lo anterior significa que, si bien en algún caso puntual se pueda afirmar que los ingresos derivados de las actividades ilícitas no se han realizado (o devengado), a los efectos del impuesto sobre la renta, como, regla general, deberían incluirse en la declaración¹⁰. De ahí, la

ceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, [...]”.

⁸ Vid.: arts. 15 y 16 de la Ley 1708 (2014).

⁹ Las conclusiones a las que se lleguen respecto de la existencia y reconocimiento, o no, de un ingreso, de un activo y de un pasivo, tiene también efectos en la tipicidad de los delitos de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, y de defraudación o evasión pasiva por no declarar o declarar omitiendo ingresos (arts. 434A y 434B del CP de Colombia).

¹⁰ Los arts. 262 y 263 del Estatuto Tributario (ET) indican que en Colombia: (a) los derechos reales y personales son apreciables en dinero si son sus-

importancia de que los países latinoamericanos en general, y Colombia en particular, clarifiquen si los activos resultantes de estas actividades (incluyendo, los robados mediante prácticas de corrupción) están, o no, gravados con este impuesto, para lo cual sería recomendable tener en cuenta las experiencias nacionales mencionadas y, en particular, el Código Fiscal alemán (1977).

2.3. La ocultación de los activos robados mediante prácticas corruptas y las dificultades para su recuperación

2.3.1. Estrategias para ocultar los activos robados

Como Messick (capítulo 6) señala, el robo de una gran cantidad de activos mediante prácticas de corrupción genera dos tipos de problemas para quienes se encuentran involucrados. Por un lado, la exhibición pública de la riqueza obtenida ilegalmente levanta sospechas, sobre todo si sus ingresos son limitados. Por otro lado, conservar los activos robados en sus países de origen tiene el riesgo de que las autoridades nacionales puedan decomisarlos, en particular si los gobiernos con los que tienen conexiones pierden el poder. Por ello, la principal solución es esconderlos.

La estrategia más común a estos efectos es ocultar quien es su beneficiario final o efectivo, depositándolos en cuentas bancarias de amigos o familiares o haciendo que los valores o propiedades adquiridos con fondos robados estén a su nombre.

Una estrategia más compleja es la que busca crear y registrar bajo las leyes de un tercer país una empresa, un fideicomiso u otro tipo de persona jurídica (vehículo *offshore*), que es la que aparece como titular de los activos robados. De esta manera, se vuelve mucho más complejo el seguimiento a estos activos, al estar involucradas diversas jurisdicciones y niveles de ocultamiento.

ceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de una renta; y (b) se entiende por posesión el aprovechamiento económico real o potencial de cualquier bien en beneficio del contribuyente.

Para crear un vehículo *offshore* es necesario que quien ha obtenido los fondos ilícitamente mediante prácticas de corrupción en el país 1, contrate a alguien en el país 2 con experiencia en la creación de vehículos *offshore* y en el encubrimiento de la propiedad: se contrata normalmente con este fin a abogados, contadores, asesores fiscales, agentes inmobiliarios u otro tipo de profesionales o firmas especializadas en la prestación de servicios *offshore* (denominados “intermediarios” o “facilitadores”), que suelen estar normalmente ubicados en países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o en paraísos fiscales.

Desde sus respectivas oficinas, los facilitadores crean sociedades en el país 3, el cual es elegido debido a que su legislación no exige que el facilitador revele quién es el beneficiario último o final de la sociedad (en esquemas más complejos y en países con leyes especialmente laxas, el facilitador puede incluso evitar conocer esta información).

Hecho esto, los facilitadores se encargan de abrir cuentas bancarias en el país 4, aprovechando que las IFs pueden aceptar su declaración (especialmente si son abogados) de que las actividades de la sociedad son legítimas (esto, aunque las leyes contra el lavado de activos requieren que las IFs se aseguren de que las sociedades que abren cuentas bancarias son legítimas y de que las cuentas no se van a utilizar para ocultar fondos o facilitar otros delitos). Si no basta con su declaración, los facilitadores contratan en el país 4 a otros facilitadores para abrir las cuentas.

Culminado este proceso, las personas corruptas están en condiciones de ocultar en las cuentas empresariales abiertas en el país 4 los activos obtenidos ilícitamente, para lo cual pueden, por ejemplo, pedir a quienes les ofrecen un soborno que lo depositen directamente en dichas cuentas, para después acceder a los fondos mediante cheques, tarjetas de cajero automático, o tarjetas de crédito emitidas a favor de los vehículos *offshore* creados).

Como algunos países, al darse cuenta de la facilidad con la que es posible utilizar los vehículos *offshore* para evadir impuestos y facilitar el crimen organizado (además de para ocultar activos robados a través de prácticas de corrupción), han adoptado normativas que

exigen divulgar la identidad de quienes están detrás de las personas jurídicas (los beneficiarios finales o efectivos), muchos facilitadores ofrecen, entre otros servicios, a “titulares nominales” (es decir, personas que aceptan que su nombre aparezca como titular en sus documentos de constitución), con el fin de ocultar la identidad de los beneficiarios finales o efectivos.

Las estrategias para esconder los activos ilícitos pueden ser tan complejas como se quiera (siempre y cuando se esté dispuesto a pagar el precio de su creación y funcionamiento), con el fin de alejarlos en la mayor medida posible del país en el que se robaron. Así, por ejemplo, es frecuente que se creen cadenas de vehículos *offshore* en distintos Estados, de manera que las compañías creadas en el país 3 podrían crear nuevas compañías en el país 4, y estas, a su vez, otras nuevas en el país 5, y así sucesivamente. De esta manera, los investigadores que examinen los registros de las empresas en este último Estado sólo podrán averiguar que son propiedad de compañías del país 4. Por ello, cuanto más largas y complejas sean las cadenas y más titulares nominales existan, más difícil será identificar a los beneficiarios finales o efectivos.

Ante esta situación, para averiguar quiénes son estos últimos, se requiere, como Messick subraya: (a) obtener registros bancarios y de empresas privadas que no son públicos; (b) poder realizar entrevistas con personas obligadas jurídicamente a responder; y (c) adoptar otras medidas cuya aplicación exige el uso de poderes policiales. Además, como todos los Estados protegen su soberanía nacional (prohibiendo, por tanto, a las autoridades de terceros países realizar operaciones policiales en su territorio), si las autoridades del país 1 quieren determinar si sus funcionarios tienen empresas o acceso a cuentas bancarias en terceros países (países 3 y 4), tienen que solicitar ayuda a las autoridades de estos Estados para que, a su vez, requieran: (a) a las IFs con sede en su territorio, que presenten sus registros privados y obliguen a sus directivos o empleados a responder preguntas sobre asuntos no públicos; y (b) a los titulares designados en los registros aportados por dichas instituciones, que presten declaración.

A estos efectos, los organismos encargados de aplicar la ley en los países 3 y 4 (Estados requeridos) exigen que el país 1 (Estado víctima) les transmita una solicitud de asistencia mutua entre Esta-

dos (AME). En el mejor de los casos, la preparación, transmisión y validación de este tipo de solicitudes lleva cierto tiempo, pero si las autoridades del Estado requerido están ocupadas, tienen poco personal o carecen de voluntad política, puede llevar meses responder. Así mismo, si los investigadores del Estado víctima están rastreando activos que han pasado por varios países, pueden necesitar años para obtener la información que requieren para localizar y recuperar los activos robados.

Existen razones legítimas por las que algunas personas naturales o jurídicas, en determinadas circunstancias, desean mantener sus activos confidenciales. Sin embargo, el análisis de los denominados *Panama Papers* sugiere que muchos clientes de bufetes internacionales como Mossack Fonseca piden a sus abogados que creen corporaciones anónimas por razones totalmente ilegítimas. El motivo más común parece ser evadir impuestos, seguido de cerca por la ocultación de activos robados. La situación es todavía más preocupante si tenemos en cuenta que los registros de Mossack Fonseca muestran que los beneficiarios finales o efectivos del 6% de las empresas creadas por la firma eran personas que ocupaban cargos públicos, varias de las cuales tenían la condición de jefes de Estado en ejercicio o de ex jefes de Estado.

La divulgación de la información recogida en los *Panama Papers* es una de las razones que ha llevado a muchos Estados a incorporar a su legislación nacional las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para facilitar la determinación de los beneficiarios finales o efectivos. Es, por ello, que, por ejemplo, las Islas Vírgenes Británicas exigen en la actualidad que cuando se cree una empresa conforme a su normativa interna se proporcionen los nombres de dichos beneficiarios (Ley del Sistema de Búsqueda Segura de la Titularidad Real de las Islas Vírgenes, 2017). Además, gracias a la nueva legislación del Reino Unido, desde 2021, las Islas Vírgenes Británicas y otros territorios británicos de ultramar tienen que revelar públicamente la identidad de los beneficiarios finales o efectivos de todas las empresas establecidas conforme a su respectiva legislación (Ley de Sanciones y Lucha contra el Blanqueo de Capitales del Reino Unido, 2018).

Sin embargo, los facilitadores aún pueden ocultar la identidad de los beneficiarios finales o efectivos mediante el uso de titulares nominales, por lo que, como afirma Messick, los Estados deben adoptar medidas adicionales para enfrentar este tipo de estrategias. Así mismo, no todos los países han implementado plenamente las recomendaciones del GAFI sobre los beneficiarios finales o efectivos, lo cual es especialmente grave en relación con las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Además, incluso quienes lo han hecho, presentan, en ocasiones, importantes problemas en su legislación aplicable (este es el caso de Singapur, cuya normativa, si bien exige divulgar la identidad de los beneficiarios finales o efectivos, no requiere hacerlo de forma pública, siendo, así mismo, la multa por mentir sobre esta cuestión de solo 3.500 dólares).

2.3.2. Primera aproximación al proceso de identificación, embargo, decomiso y restitución de los activos robados: la importancia de la cooperación internacional y las dificultades enfrentadas

Como Messick (capítulo 6) subraya, el proceso de recuperación de activos robados puede dividirse en los siguientes cuatro pasos:

1. Identificación. El Estado cuyas autoridades o funcionarios públicos han robado activos a través de prácticas de corrupción (el Estado víctima) tiene la responsabilidad principal de encontrarlos, para lo cual requiere tener: (a) la capacidad técnica y los recursos necesarios para llevar a cabo investigaciones financieras complejas; y (b) los mecanismos políticos para poder iniciarlas aun cuando las autoridades o funcionarios corruptos, o sus asociados, todavía conserven ciertas cuotas de poder en el país (esto sigue siendo necesario, a pesar de que la Convención de Mérida exige a todos los Estados parte que cuenten con medidas para que sea más difícil esconder activos en sus jurisdicciones).

2. Embargo. En el supuesto en que el Estado víctima consiga localizar los activos ilícitos, no tiene otra alternativa que solicitar al Estado en el que se encuentran (Estado requerido) que los embargue para evitar que, mientras se cumplen los requisitos legales para su decomiso y restitución, sean transferidos a un tercer país (esta solici-

tud de AME debe ir acompañada de pruebas suficientes para persuadir a las autoridades del Estado requerido que los activos han sido probablemente robados).

3. Decomiso. Cumplido este requisito, el siguiente paso implica llevar a cabo un proceso judicial en el Estado requerido para decomisar los activos embargados, lo que significa que cualquier reclamación de las autoridades o funcionarios corruptos, o de cualquier otra persona a quienes se hayan transferido, se ha de extinguir según su legislación.

4. Restitución. Una vez concluido con éxito el procedimiento de decomiso, que extingue toda posible reclamación sobre los activos robados, es necesario activar los mecanismos administrativos de restitución para que el Estado requerido proceda a su devolución al Estado víctima.

Como Messick subraya, la cooperación internacional es fundamental en cada paso del proceso. Algunas formas de cooperación son informales (llamadas telefónicas y correos electrónicos entre los respectivos cuerpos de policía o las distintas Fiscalías para alertarse mutuamente sobre actividades sospechosas o proporcionar a la contraparte la información disponible públicamente sobre registros de tierras o vehículos motorizados).

Sin embargo, cuando los investigadores del Estado víctima necesitan registros bancarios u otra información que no es pública, o requieren el allanamiento de domicilios u oficinas, tienen siempre que presentar una solicitud formal de AME al Estado requerido.

Además, si bien el Estado requerido se encuentra obligado por los tratados internacionales de los que es parte, y/o por su legislación nacional, a cumplir con las solicitudes de AME, en la práctica tiene una enorme discrecionalidad para decidir si cumple y cuándo lo hace, lo que provoca que algunas acciones de recuperación de activos tengan que ser abandonadas debido al retraso o, incluso, rechazo a ejecutar las solicitudes del Estado víctima.

Como resultado de lo anterior, países como Filipinas han llegado a necesitar hasta 18 años para conseguir la devolución de una parte del dinero que el expresidente Ferdinand Marcos había escondido en bancos suizos.

Todo esto, a pesar de que ya desde 1988, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena) (1988), y posteriormente la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000) y la Convención de Mérida, han tratado de agilizar el proceso recuperación de los activos robados (si bien, solo esta última ha abordado, desde su entrada en vigor en 2005, la restitución efectiva al Estado víctima de los activos decomisados por el Estado requerido).

2.4. El problema de los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición

La estrecha relación entre la corrupción y la ocultación de los activos robados, por un lado, y los ámbitos financiero y tributario y la cooperación internacional en materia fiscal, por otro, se hace evidente al analizar los problemas generados por los paraísos fiscales, las jurisdicciones no cooperantes y, según una parte muy importante de la doctrina y organizaciones internacionales como la OCDE, las jurisdicciones de baja o nula imposición. Estos problemas, que son abordados por Andrade en el capítulo 4, consisten, principalmente, en los siguientes: (a) la falta de transparencia y opacidad de los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperantes, lo que dificulta, en gran medida, la búsqueda y recuperación de los activos relacionados con las prácticas de corrupción; y (b) la adopción por algunas jurisdicciones nacionales de regímenes de baja o nula imposición y de regímenes preferentes que generan una fuerte competencia tributaria.

Como Andrade afirma, en la actualidad, las organizaciones internacionales más relevantes en el ámbito tributario, como la OCDE, el Banco Mundial (BM) o el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), incluyen dentro del listado de paraísos fiscales o de jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición (JNCBNIs) a las que: (a) tienen regímenes de tributación especiales y diferenciados para los no residentes que operan desde allí, así como para los residentes que son solo inversionistas de actividades que se desarrollan fuera de su territorio nacional (siendo, en ambos casos, su nivel impositivo muy bajo o casi nulo); y (b) mantienen un estricto secreto

bancario, de manera que las IFs que operan en dichas jurisdicciones tienen la obligación de mantener confidenciales y no compartir los antecedentes de sus clientes que hayan conocido como resultado de su relación profesional.

En consecuencia, es posible establecer una distinción entre los paraísos fiscales o las JNCBNIs, por un lado, y los denominados “países de baja imposición”, por otro. Estos últimos son aquellos que, a pesar de tener una política fiscal pasiva y permitir que el mercado, a través del sistema de precios, defina los niveles de ahorro, inversión y producción, no ocultan las transacciones de los no residentes en su territorio, sino que mantienen una política abierta, al colaborar y proporcionar la información solicitada por terceros Estados sobre las operaciones realizadas hacia y desde su territorio.

Como señala el autor, el problema que presentan estos países no es su falta de cooperación con otras administraciones tributarias nacionales, sino la generación de una espiral de competencia fiscal, que causa una reducción significativa de la recaudación fiscal de terceros Estados, limitando con ello la capacidad de intervención de sus respectivos gobiernos en la economía (todo ello, como resultado de que la inversión extranjera prefiere los territorios con menores restricciones al retorno del capital y con cargas fiscales más bajas para las utilidades). Este mismo problema, que parece, al menos *a priori*, tener una relación menos estrecha con la corrupción, lo encontramos también en el comercio digital, como consecuencia de que las plataformas digitales han estado tributando durante años menos de la mitad que las empresas de la economía presencial, provocando un desequilibrio empresarial a nivel global que ha impulsado el crecimiento de la economía digital a expensas de la presencial, con la consiguiente reducción de la recaudación tributaria.

2.5. Las graves consecuencias económicas de la corrupción y de las estrategias para ocultar los activos robados

2.5.1. La aparición del denominado “capitalismo de compadres”

Como Ferrari (capítulo 1) subraya, los problemas identificados en las secciones anteriores están asociados y son funcionales a un tipo

de capitalismo característico de América Latina: el “capitalismo de compadres” o *cronny capitalism*. Con este término se hace referencia a una dinámica de los sistemas clientelistas-capitalistas conforme a la cual las decisiones de los distintos poderes del Estado (especialmente, el Ejecutivo y el Legislativo), en casi todos sus niveles, son adoptadas por unos “compadres” que han capturado el poder gracias al apoyo de otros, para favorecerse todos ellos, y en el que la mayoría de las decisiones apunta a reforzar esta situación. En consecuencia, los mercados están plagados de todo tipo de distorsiones (protecciones comerciales, monopolios y oligopolios, entre otras) que reducen la competencia, haciendo que se conviertan en mecanismos a través de los cuales los productores buscan “rentas de no competencia”.

Este tipo de fenómenos se dan con mayor frecuencia en los mercados básicos, que corresponden a sectores económicos (como el del crédito) cuyos precios se incorporan al resto de los mercados. Además, se mantienen en el tiempo porque los beneficiados hacen un lobby activo para que no se aprueben normas que permitan superar o, al menos, compensar, esta situación (o, en caso de aprobarse, no se apliquen de manera efectiva). De este modo, el tráfico de influencias obstaculiza la adopción y/o aplicación de regulaciones que buscan promover una mayor competencia.

Un elemento esencial de este tipo de capitalismo es la falta de transparencia. Así, algunos de los principales interesados en la consolidación de mercados ineficientes actúan a través de terceros que sirven a sus intereses y generan la legislación que necesitan. Esto hace que se cree una falsa impresión de legalidad, transparencia y valor del mérito en los procesos. Por ello, las instituciones políticas características de este tipo de capitalismo son aparentemente democráticas (con procesos electorales más o menos generales), pero con prácticas clientelistas generalizadas que hacen que: (a) los cargos electos respondan más a intereses particulares que a los intereses generales; y (b) los procesos para cubrir las vacantes en el aparato estatal se resuelvan, con frecuencia, con base en criterios que no se corresponden con los méritos de los candidatos.

De hecho, el clientelismo en los sistemas latinoamericanos tiene tal nivel de implantación, que autores, como el propio Ferrari, afirman la existencia de una lógica feudal subyacente a este tipo de

dinámicas, porque quienes se benefician de las mismas consideran que ocupan sus posiciones por su pertenencia a ciertos grupos políticos y/o económicos hegemónicos. Esto genera, a su vez, que los bienes públicos sean vistos como si se tratara de activos privados, de manera que quienes detentan el poder tienen “el derecho” de usufructuarlos como si les pertenecieran.

2.5.2. Una regulación y una política monetaria inadecuadas

Una de las principales expresiones del capitalismo de compadres es la presencia de regulaciones ineficientes que, en lugar de promover la competencia y la defensa de los consumidores, se dedican a garantizar la estabilidad de los principales actores y su forma ineficiente de operar, con lo que terminan por favorecer la consolidación en el mercado de los actores hegemónicos.

Como Ferrari indica, un ejemplo paradigmático es el mercado del crédito en Colombia, cuya regulación y/o su aplicación no promueve su adecuado funcionamiento, al caracterizarse por operar en forma de oligopolio, siendo los sectores del crédito para vivienda y consumo los que más se acercan en su conformación a estructuras basadas en la colusión, como se refleja en el hecho de que: (a) las tasas de interés que se pagan por los créditos superan notablemente a las internacionales; (b) las tasas que se abonan por los depósitos son significativamente inferiores; y (c) las cuantías de los créditos son pequeñas en comparación con otros países.

Esto hace que los costos financieros empresariales sean superiores a los que deberían ser y, en consecuencia, al ser el producto final más costoso, hay menos ventas, la producción es menor y disminuye la contratación en relación con lo que ocurriría si el mercado del crédito siguiera un modelo de competencia perfecta. Esto, a su vez, provoca altos índices de desempleo, lo que lleva a los trabajadores a buscar como autoemplearse, generando con ello una mayor informalidad y una menor recaudación tributaria, mientras los accionistas y ejecutivos de las IFs obtienen ingresos superiores a los que deberían recibir en una situación eficiente.

Ante esta situación, surge la pregunta sobre las razones por las que las autoridades no actúan de forma decisiva para poner fin a este

comportamiento oligopólico que perjudica al resto de la economía, elevando sus costos financieros y haciéndola menos competitiva. La respuesta no es unívoca porque pueden existir múltiples razones, incluyendo la desinformación de los organismos reguladores o la adopción de políticas regulatorias y/o económicas equivocadas. Pero cuando las normativas y/o políticas ineficientes se adoptan o se mantienen con el propósito de favorecer que las rentas generadas por esta competencia imperfecta sean usufructuadas, entonces se trata de corrupción.

El clientelismo provoca también un menor nivel de crédito, que se ve todavía más limitado por una política monetaria sistemáticamente contractiva. Como resultado, en países como Colombia los medios de pago representaban en 2020 un 58% del PIB, mientras que, en otros países, como Corea del Sur, suponían hasta un 166% (y ello con niveles de inflación aún más bajos). La situación se agrava al comprobar que el mercado de capitales en Colombia es prácticamente inexistente. Así, en 2019, el crédito doméstico al sector privado representaba solo el 51.5% del PIB, mientras que en Corea del Sur alcanzaba el 151.7%. Del mismo modo, el valor de las acciones negociadas en la Bolsa solo suponía en Colombia el 3,7% de su PIB, mientras que en Corea del Sur llegaba al 318%.

Como Ferrari afirma, este tipo de política monetaria ha generado una tasa de cambio sistemáticamente sobrevaluada, lo que ha reducido todavía más la rentabilidad y la competitividad de las empresas que producen bienes y servicios (solo se han salvado las empresas que producen materias primas cuando los precios internacionales han sido elevados). Sin embargo, esto no significa necesariamente que la política monetaria adoptada haya sido fruto de la corrupción, porque, aunque haya beneficiado a unos pocos y perjudicado a la mayoría, puede haber sido el resultado de una “cruzada anti-inflación” adoptada de buena fe, pero totalmente equivocada. Una vez más, solo se puede hablar de corrupción, si estas medidas han sido aplicadas habiendo sido conscientes tanto de sus consecuencias, como de que generarían beneficios personales a los propios tomadores de decisiones y/o a un pequeño grupo de actores económicos.

2.5.3. La reducción de la recaudación tributaria, la inversión privada y la productividad

Como Ferrari subraya, el capitalismo de compadres, el clientelismo y las demás prácticas de corrupción mencionadas tienen también un claro impacto negativo en los siguientes ámbitos:

1. La reducción de la capacidad estatal de recaudación tributaria, y con ello de desarrollar obras públicas, siendo los principales perjudicados sus futuros usuarios. De esta manera, cuando el Estado recauda menos impuestos de los previstos no es capaz de ejecutar las infraestructuras que buscan, por ejemplo, mejorar la conectividad entre las distintas regiones del país, con el coste que ello tiene en el precio final de los bienes y servicios, al tener que seguir recurriendo a medios de transporte muy caros¹¹.

2. La disminución de la capacidad de inversión privada porque se generan modelos ineficientes de mercados privados, que son promovidos por intereses corruptos. Así, como se ha mencionado, la ineficiencia del mercado de crédito provoca que se mantengan tasas de interés más elevadas de las que deberían ser, con las implicaciones que ello tiene en la capacidad de las empresas privadas para endeudarse, reinvertir capital y generar empleo. A esto hay que sumar: (a) el costo de algunos bienes y servicios ofrecidos en los mercados monopólicos u oligopólicos, donde los precios son determinados casi por completo por los oferentes, lo que genera una mayor inflación y una menor eficiencia en el sistema; y (b) el hecho de que las ineficiencias se trasladen constantemente entre mercados.

3. La reducción de la productividad, entendida como lo que cada factor productivo, incluido el trabajo, produce en términos de valor agregado. De este modo, una regulación inadecuada que mantiene mercados ineficientes que benefician a unos pocos, hace que las empresas resulten menos competitivas, lo que implica menor rent-

¹¹ El caso del Centro Poblados en Colombia es un ejemplo paradigmático porque 70.000 millones de pesos colombianos, destinados a llevar internet a las áreas rurales en la llamada región B del país, fueron desviados, lo que ha provocado que un gran número de personas hayan seguido sin acceso a este servicio, reduciendo su capacidad de acceder a otros bienes y servicios.

abilidad, falta de inversión en maquinaria e infraestructura, menor aumento del *stock* de capital y, en definitiva, un menor crecimiento de la productividad.

2.5.4. La confluencia de los impactos económicos en la creación de pobreza e inequidad

El conjunto de impactos negativos del capitalismo de compadres, el clientelismo y el resto de las prácticas de corrupción mencionadas provocan la ausencia de empleo adecuado, una extensa informalidad de baja productividad, ingresos muy reducidos, ausencia de contribuciones a la seguridad social y una menor recaudación tributaria. Todo ello se ve, además, agravado por: (a) la promoción de un consumo excesivo que, junto a un bajo nivel de ingresos, genera niveles de ahorro mínimos que repercuten en la ausencia de crecimiento de activos y de capacidad de producción; y (b) una política de inversiones centrada en desarrollar una estructura de producción intensiva en capital que es incapaz de generar puestos de trabajo suficientes.

Como subraya Ferrari, esta política es fruto de que las grandes empresas (especialmente las que comercian materias primas) se financian en los mercados internacionales de capitales en unas condiciones mucho más favorables, lo que les permite tener costes financieros menores y rentabilidades mucho más elevadas. Por ello, la inversión se orienta hacia sectores como la minería, la construcción, el agua, el gas y la electricidad, que son intensivos en capital, en detrimento de la participación de la agricultura y las manufacturas (intensivas en mano de obra) en la estructura productiva.

Esta situación es la que, en definitiva, explica, según el autor, los altos índices de pobreza, concentración de riqueza e inequidad que caracterizan a los países latinoamericanos, en comparación, por ejemplo, con los del sureste asiático que hasta no hace muchas décadas se encontraban en peor situación. Así, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en 2021, la pobreza en Colombia llegaba al 39.1% de la población (en su mayor parte en el medio rural), mientras que otro 31% era considerada población vulnerable que, si bien había salido de la pobreza, podía volver a ella ante cualquier cambio menor de circunstancias (esto supone alrededor

de 35 de los 50 millones de habitantes del país). Además, los graves problemas sociales y económicos resultantes de esta situación no han hecho sino favorecer la expansión en la región de la delincuencia organizada.

En consecuencia, si bien las causas principales del bajo nivel de desarrollo tienen que ver con políticas económicas inadecuadas (monetarias, fiscales y regulatorias), no es menos cierto que la corrupción hace que sus resultados sean bastante peor de lo que deberían ser. En otras palabras, si bien la corrupción no explica la totalidad de la falta de desarrollo, si explica una parte que puede ser más o menos importante dependiendo de las dimensiones de las prácticas de corrupción.

3. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL ÁMBITO FINANCIERO: EL FORTALECIMIENTO DE LA REGULACIÓN DEL RIESGO DE CONDUCTA EN EL SISTEMA FINANCIERO

3.1. La regulación basada en riesgos en el sistema financiero

Como Arias subraya en el capítulo 2, las tensiones regulatorias de la década de 1980 dieron lugar al concepto de “Estado regulador” caracterizado por: (a) buscar, a través de la privatización del control, una mayor desregulación para superar los problemas relacionados con la inflexibilidad y la excesiva regulación; (b) generar la necesidad de cooperación entre las autoridades regulatorias y la autorregulación de las entidades privadas; y (c) mostrar cómo la fragmentación regulatoria planteaba desafíos en la determinación de responsabilidades, dando lugar a nuevas políticas de asignación de responsabilidades.

En este contexto, la Regulación Basada en Riesgos (RBR) fue percibida como una estrategia eficaz para el diseño de políticas públicas, que encajaba bien con la nueva aproximación del Estado regulador y de sus estrategias de meta-regulación. Como resultado, durante la década de 1980 se produjo la expansión de la RBR, al mismo tiempo que se descentralizó la regulación, con actores estatales y no estatales

operando en diversos niveles (creando, en ocasiones, fronteras confusas entre reguladores y regulados).

La RBR supuso, por tanto, una estrategia que favorecía la regulación de las entidades privadas (que, al mismo tiempo, se autorregulaban) mediante la identificación de los riesgos institucionales que podían impedir al regulador alcanzar sus objetivos de intervención, lo cual se podía deber a: (a) las acciones u omisiones atribuibles a las entidades reguladas; o (b) la falta de medidas idóneas para administrarlos. Todo ello implicaba, en última instancia, la racionalización en la asignación de los recursos regulatorios y la priorización de aquellos riesgos que representaban un mayor peligro institucional.

En consecuencia, la RBR constituyó una innovación regulatoria porque introdujo una matriz de evaluación que consideraba no solo los costos y beneficios económicos, sino también la incertidumbre, el impacto y las probabilidades de eventos futuros. Además, formalizaba y sistematizaba la política regulatoria basada en las nociones de riesgo, ofreciendo un marco integrado de toma de decisiones aplicable a diferentes niveles.

A pesar de las variaciones en su diseño según el sector económico y el país de que se trate, la RBR continúa presentado, como Arias indica, los siguientes elementos comunes:

1. La atribución a los reguladores de discreción para seleccionar los riesgos aceptables y su grado de tolerancia, lo que supone limitar la intervención del regulador desde el principio y permitir que la influencia política y las expectativas públicas puedan ser determinantes en la atención a ciertos riesgos en detrimento de otros (estos factores influyen, por tanto, de manera muy significativa a la hora de establecer prioridades entre riesgos tan relevantes como la asimetría de la información, los prejuicios de los consumidores, las limitadas habilidades de evaluación, los conflictos de interés, los incentivos negativos y la estructura del sistema financiero).

2. La identificación de los riesgos menos tolerables porque pueden afectar con mayor intensidad a los objetivos de los reguladores, siendo para ello especialmente importante: (a) tener acceso a información completa y actualizada; y (b) utilizar indicadores en la evaluación de riesgos, a pesar de que este es, en todo caso, un proceso subjetivo y dependiente de los intereses de los propios reguladores.

3. La categorización de los regulados y de sus actividades según niveles de riesgo, lo que permite guiar la respuesta regulatoria, determinando el tipo de monitoreo y la cantidad de inspecciones y sanciones a imponer a las distintas entidades reguladas.

4. La necesidad de conectar los mecanismos y los recursos de aplicación con los puntajes de riesgo asignados a los regulados, lo que facilita la distribución de los recursos según los niveles de riesgo, priorizando los que representan mayor riesgo para el cumplimiento de los objetivos regulatorios.

De esta manera, la RBR va más allá de las técnicas de análisis y administración de riesgos, y prevé el diseño de un marco de supervisión basado en la identificación del riesgo de conducta, que reconoce la limitación de recursos y la necesidad de promover su uso eficiente mediante la priorización de los riesgos identificados (las razones de las autoridades regulatorias para adoptar la RBR son diversas, si bien buscan, en general, una mayor legitimidad y claridad en el ejercicio de su responsabilidad). Además, la cooperación entre reguladores y regulados puede ser un mecanismo efectivo, siempre y cuando existan mecanismos de aplicación adecuados para garantizar el cumplimiento de las normas. Para ello, se requiere que existan sistemas de control interno adecuados y programas de cumplimiento normativo y de desarrollo ético y sostenible en las instituciones reguladas, con el fin de fortalecer el sistema de regulación y minimizar los recursos que es necesario utilizar por los reguladores para llevar a cabo su monitoreo.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, en el proceso de identificación y evaluación de riesgos, se pueden producir, como Arias reconoce, dos tipos de errores de apreciación: (a) la sobreestimación del riesgo que generan ciertas situaciones; y (b) la subestimación de las consecuencias desfavorables que puedan generar otras (ignorando la probabilidad de que se configuren como riesgos ciertos). Todo ello, teniendo en cuenta que el juicio de los reguladores tiene siempre un componente muy importante de subjetividad y, por tanto, puede estar afectado tanto por sus propias percepciones, como por factores externos como la influencia política y las expectativas públicas (los cuales pueden ser determinantes en la atención a ciertos riesgos en detrimento de otros).

Como resultado, la RBR continúa enfrentando en la actualidad importantes desafíos, especialmente en relación con la distribución eficiente de los recursos cuando estos son limitados, y la justificación de ciertas decisiones. Frente a esta última cuestión, la RBR implica necesariamente la responsabilidad (*accountability*) de los reguladores desde una doble perspectiva: (a) la responsabilidad administrativa, relativa a su organización interna; y (b) la responsabilidad política, vinculada a la percepción pública. Como la discrecionalidad política de los reguladores al seleccionar los riesgos limita el alcance de su responsabilidad, parece necesario encontrar nuevos criterios y políticas de responsabilidad.

Además, la RBR limita también la responsabilidad de las entidades reguladas y sus actividades porque, si los reguladores eligen ciertos riesgos como relevantes, los regulados no son responsables de otros riesgos no considerados importantes por los reguladores. En este sentido, la definición de los parámetros de responsabilidad implica moldear las expectativas públicas y políticas, proporcionando claridad en las reglas de juego. Sin embargo, los problemas surgen cuando ciertos riesgos son subestimados o sobrevalorados, afectando gravemente a la ciudadanía.

Para abordar estas situaciones se necesitan, según Arias, nuevas políticas de certidumbre y seguridad para que los reguladores puedan revisar sus evaluaciones de riesgos y considerar futuras categorías de riesgo.

3.2. La contribución a la lucha anticorrupción de la regulación del riesgo de conducta en el sistema financiero

Como Arias subraya, la corrupción, entendida como el incumplimiento intencionado del principio de imparcialidad con el fin de promover beneficios personales o para personas cercanas, se presenta como una importante manifestación del riesgo de conducta en el sistema financiero. Por ello, para enfrentarla, es necesario recurrir a la regulación financiera, conformada por el conjunto de normas y procesos establecidos por las autoridades estatales para influir en el comportamiento de las entidades reguladas y el funcionamiento del

sistema financiero. Además, como la respuesta de las entidades reguladas puede afectar su eficacia, es también importante promover en ellas el desarrollo de una cultura de cumplimiento.

En consecuencia, hace falta determinar qué mecanismos regulatorios se adoptan para persuadir o forzar a las entidades reguladas a identificar y controlar las fuentes de riesgo de conducta, haciendo énfasis en el establecimiento por el regulador de: (a) estándares de conducta obligatorios; y (b) requisitos de aprobación previa para poder desarrollar ciertas actividades específicas. Todo ello, reconociendo la incapacidad de la regulación para abordar completamente los problemas de las prácticas corruptas y la desigualdad de tratamiento en el mercado financiero.

La regulación de la conducta es un componente central de la RBR. Sin embargo, a pesar de su amplia aceptación, no existe una armonización en cuanto a su contenido porque cada país o jurisdicción diseña estándares de riesgo de conducta propios en materia de protección al consumidor, reglas de conducta en el mercado, regímenes de responsabilidad individual y estándares éticos¹². Como resultado, una de sus principales características es su diversidad y heterogeneidad a la hora de establecer estándares para el desarrollo de las relaciones entre las IFs, los clientes y el mercado, que incorporan, entre otras cosas, obligaciones en relación con la conducta debida en este último, la transparencia, la competencia y la celebración de contratos (esto abarca los deberes de actuar honesta, justa y profesionalmente, de entregar y no ocultar información y de abordar la cuestión de los incentivos de forma adecuada).

Además, hay que distinguir entre la regulación de la conducta en el mercado financiero en general y su regulación en relación con servicios, productos y transacciones financieras concretas, destacando, entre otros aspectos regulatorios, los siguientes: (a) la prohibición de manipular las condiciones del mercado; (b) la obligación de entregar información sobre el servicio, producto o transacción de que se trate antes de prestarlo; y (c) el deber de respetar las normas de

¹² La *Financial Conduct Authority* (FCA) del Reino Unido es un buen ejemplo en este sentido.

mercadeo y publicidad, la regulación de los requisitos de entrega de información precontractual y las reglas por transacción o producto.

En este contexto, la regulación de la conducta en el sistema financiero busca fortalecer el cumplimiento de los estándares jurídicos, técnicos y éticos establecidos por el regulador, conformando un conjunto de políticas y controles, que es implementado por las propias IFs reguladas para prevenir violaciones a los estándares de conducta. De esta manera, la gestión del riesgo de conducta, centrada en evitar incumplimientos intencionados del principio de imparcialidad, constituye una importante estrategia regulatoria en el sistema financiero, especialmente tras las numerosas crisis y escándalos sufridos.

3.2.1. La imposición de estándares de conducta obligatorios para las entidades reguladas y el otorgamiento de licencias y autorizaciones

Como Arias señala, en países como Colombia, el art. 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la Ley 723 (2003), establece estándares de conducta obligatorios para las entidades reguladas, así como para los administradores, los directores, los representantes legales, los revisores fiscales y los funcionarios. Estas normas reafirman la obligación de cumplir con el marco jurídico que rige sus actividades, basándose en los principios de buena fe y servicio al interés público, según lo dispuesto en el art. 335 de la Constitución Política. Entre los deberes impuestos por la Ley 723 a las IFs destacan los siguientes:

1. Observar normas prudenciales con el fin de evitar: (a) la excesiva concentración de riesgo de activos; (b) infringir la ley en operaciones con accionistas, personas relacionadas o vinculadas; (c) utilizar recursos obtenidos del público para adquirir el control de otras sociedades sin autorización; (d) invertir en sociedades montos no autorizados por la ley; o (e) incurrir en prácticas asociadas a la evasión fiscal.

2. Adoptar medidas para proteger los intereses de los consumidores y del público, como suministrar información razonable y adecuada para que los consumidores puedan tomar decisiones informa-

das y abstenerse de utilizar indebidamente o divulgar información confidencial.

3. Mantener una contabilidad conforme a los estándares generalmente aceptados.

4. Cumplir con todas las obligaciones legales y aquellas derivadas de las instrucciones, los requerimientos y las órdenes del supervisor en el mercado de valores¹³.

Junto al establecimiento de estándares de conducta obligatorios para las entidades reguladas, muchas jurisdicciones nacionales (incluida Colombia) condicionan el permiso a las IFs para poder operar a la satisfacción de ciertos requisitos que buscan prevenir los riesgos sistémicos, asegurar suficiente capital y liquidez, y establecer estructuras internas para gestionar los riesgos operacionales. Esto se lleva a

¹³ Con respecto al mercado de valores colombiano, cabe destacar la notable confianza que ha mostrado en los modelos de autorregulación desde la creación de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá en 1929 y el Decreto 2969 de 1960. De esta manera, como Arias (capítulo 2) explica, las bolsas de valores (que son entidades privadas) han regulado la conducta de sus miembros y han supervisado el cumplimiento de la normativa sectorial. Además, la Ley 27 (1990) les impuso la obligación de establecer un órgano de vigilancia interno. Con la Constitución de 1991, la Superintendencia asumió funciones de intervención en la composición de su Cámara Disciplinaria. Sin embargo, el sistema de autorregulación se consolidó con la Ley 964 (2005) y la creación del Autorregulador del Mercado de Valores (AMV). El AMV desempeña un papel crucial en la regulación, supervisión, potestad disciplinaria y certificación de los profesionales del mercado de valores, ya que, aunque complementa la función de supervisión de la Superintendencia Financiera, aplica los criterios específicamente previstos en el art. 26 de la Ley 964. Así mismo, destaca su potestad sancionatoria frente a aquellos afiliados que violen la normativa vigente, cuyo ejercicio es regulado en el Decreto 1565 (2006) y en el libro tercero del Reglamento del AMV, junto con el procedimiento disciplinario y los derechos fundamentales de los encausados. El Tribunal Disciplinario del AMV ha contribuido, además, al desarrollo detallado de los deberes exigibles a los participantes en el mercado de valores. Un buen ejemplo a este respecto es el deber de lealtad, interpretado como la obligación de los intermediarios de actuar de manera íntegra y objetiva hacia todas las personas involucradas en el mercado. Esta interpretación es esencial para determinar si su violación puede considerarse un incumplimiento contractual y/o una falta disciplinaria.

cabo a través de procesos de concesión de licencias y autorizaciones que: (a) requieren el cumplimiento de dichos requisitos (estándares obligatorios) y la entrega de información al supervisor; (b) abordan diversos aspectos de la gestión del riesgo de conducta; y (c) buscan garantizar la protección de los inversionistas y los consumidores (razón por la cual, en algunos países se exime de las licencias a las instituciones que no ofrecen servicios al público general).

Estos procesos constituyen un canal muy importante para la administración del riesgo de conducta al exigir estándares específicos a las instituciones y evaluar su estructura interna y su enfoque hacia el riesgo de conducta, incluyendo el compromiso del liderazgo, la participación de los ejecutivos en los comités sobre riesgo de conducta y la adopción de mecanismos educativos.

Sin embargo, como Arias subraya, presentan también costos que pueden generar barreras de acceso que limiten la competencia e incrementen el riesgo de captura regulatoria por parte de los grupos ya establecidos en la industria (como sucede, por ejemplo, con los costos de los procesos de autorización). Por ello, la transparencia e identificación de las motivaciones tras las regulaciones y el equilibrio entre los intereses regulados en los procesos de autorización es esencial para prevenir la captura regulatoria, proteger los derechos de los consumidores y mantener la integridad de los procesos de autorización.

Para evitar que esto suceda, mientras el otorgamiento de licencias es llevado a cabo en países como el Reino Unido por los *Designated Professional Bodies* (DPBs), que son quienes habilitan en última instancia a las distintas entidades para realizar actividades financieras, en otros, como Colombia, se requiere la autorización específica de la Superintendencia Financiera, que es quien, además, impone los estándares de conducta a las entidades reguladas.

3.2.2. La construcción de regímenes de responsabilidad individual

Como Arias expone, los regímenes de responsabilidad individual han surgido como una herramienta esencial para fortalecer el cumplimiento normativo en los mercados financieros. El Reino

Unido ha sido líder en su desarrollo y aplicación, siendo ejemplos destacados el *Senior Managers and Certification Regime* (SM&CR) y el *Approved Persons Regime*¹⁴. Estos regímenes son considerados como instrumentos integrales de regulación de la conducta y permiten asignar con claridad responsabilidades a distintos órganos y personas dentro de las IFs, asegurando una supervisión más eficaz y una toma de decisiones estratégicas alineada con los objetivos y estándares regulatorios. A este respecto, cabe destacar los tres pilares fundamentales del SM&CR:

1. Un régimen de administradores *senior* o *Senior Persons Regime* (SPR), que se enfoca en las personas autorizadas para desempeñar funciones críticas en la administración de las IFs (la evaluación de estas funciones se lleva a cabo de manera estricta, considerando el alto riesgo asociado).

2. Un régimen de certificación, el cual es aplicable a todos los trabajadores cuyas acciones pueden afectar significativamente a las IFs, y que requiere que: (a) las propias entidades declaren específicamente que quienes desempeñan estas funciones son adecuados para su ejercicio; o alternativamente (b) las personas autorizadas en las respectivas entidades adopten las medidas necesarias para evitar las consecuencias desfavorables de quienes desempeñen dichas funciones.

3. Un conjunto de normas de conducta (*Code of Practice for Approved Persons* (APER)), que establecen estándares de comportamiento para todos los trabajadores de las IFs, independientemente de su nivel jerárquico.

El SM&CR exige, además, a las IFs presentar documentos que describan sus acuerdos de administración y gobierno, ya que el objetivo es mantener una estructura organizacional clara y motivar a los directores y administradores *senior* para que asuman la responsabilidad derivada de dichos acuerdos internos de administración. Esto, a su

¹⁴ Otro ejemplo destacado es el estándar *fit and proper*, que evalúa aspectos como la honestidad, la integridad, la reputación, la competencia y la capacidad financiera para autorizar a ciertos individuos a desempeñar funciones clave en el mercado.

vez, ayuda a los reguladores y supervisores en el cumplimiento de sus objetivos de intervención. Con ello, se busca en última instancia que las IFs adopten procesos de administración acordes con los requisitos legales y eviten sanciones por su incumplimiento normativo.

La importancia para países como Colombia de adoptar un régimen de responsabilidad individual radica, como Arias subraya, en la necesidad de evaluar de manera más estricta la conducta de los administradores y empleados de las IFs, lo que, a su vez, permitiría fortalecer las normas de conducta en el mercado financiero. Para ello, es necesario que este régimen supere el nivel de especificidad de los deberes de los administradores en el derecho de sociedades, porque las IFs deben promover los intereses de los consumidores y las expectativas del público en general, especialmente después de las sucesivas crisis financieras y los frecuentes escándalos ocurridos en el sector financiero. Sin embargo, hasta el momento, la regulación del riesgo de conducta en Colombia se limita a:

1. La definición por la propia Superintendencia de los requisitos para los directores y los representantes legales de las IFs, entre los que se encuentran el carácter correcto, la honestidad, la integridad, la buena reputación, el conocimiento, la experiencia y la solvencia¹⁵.

2. El control de su cumplimiento que realiza el Comité de Posesiones de la Superintendencia Financiera antes de su toma de posesión¹⁶.

3. El proyecto de guía presentado recientemente por la Superintendencia, en el que caben destacar los principios y criterios a aplicar para evaluar la idoneidad (conocimiento, experiencia y profesionalismo), el carácter (las cualidades distintivas en el modo de obrar) y la responsabilidad (cumplimiento de las obligaciones con el Estado y la sociedad) de las personas postuladas para los cargos que requieren posesión ante la misma.

¹⁵ Circular Externa 29 (2006) de la Superintendencia Financiera.

¹⁶ Según el art. 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, este control es realizado por el Comité de Posesiones de la Superintendencia Financiera.

Sin embargo, a pesar del avance que este proyecto de guía puede suponer, existen serios cuestionamientos sobre su suficiencia y aplicación efectiva en el sector, porque es posible que las IFs se limiten a un mero cumplimiento formal que no refleje un compromiso real con los estándares de conducta, lo que generaría una falsa sensación de seguridad en el mercado.

3.2.3. La función que pueden desarrollar los programas de cumplimiento normativo en las instituciones financieras reguladas

Los programas de cumplimiento normativo o *compliance* pueden ser, como Arias señala, una herramienta relevante para prevenir y gestionar la corrupción, integrándose con la gestión del riesgo de conducta, de manera que ambos se complementen para mantener la integridad, evitar los riesgos jurídicos y reputacionales y promover una conducta ética en las organizaciones.

Esto se debe a que el cumplimiento normativo (promovido por dichos programas) es considerado como transversal a diversos problemas del régimen de conducta, siendo una función corporativa que responde a intereses regulatorios más amplios, pero cuya eficacia depende, en última instancia, de la estructura de gobierno adoptada y de su impacto positivo en el desempeño de las IFs reguladas. Por ello, los desarrollos legislativos más recientes han incluido normas anticorrupción (en la UE recogen también normas antifraude y antilavado) y han hecho énfasis en la responsabilidad penal de dichas entidades y en la promoción de programas cumplimiento con diversas etapas.

Entre los componentes de estos últimos, cabe destacar el establecimiento de una estructura interna y de líneas de reporte adaptadas a las empresas, porque la eficacia de los canales de denuncia es un elemento central para garantizar que los denunciantes puedan presentar quejas de manera confidencial. Además, la aplicación de estos programas puede facilitar también la detección preventiva por las entidades reguladas de sus riesgos de incumplimiento, al promover el monitoreo, la evaluación, la disciplina, el control interno y la medición continua, siempre buscando identificar oportunidades de mejora.

4. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL ÁMBITO TRIBUTARIO

4.1. Medidas frente al problema de las deducciones fiscales por los pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros

Como Castro (2025: en prensa) señala, los gastos relacionados con las actividades ilícitas pueden dividirse en dos categorías. Por un lado, los gastos asumidos por el pagador para obtener una prestación ilícita de dar, hacer o no hacer en su favor (por ejemplo, los sobornos). Por otro lado, los gastos lícitos o ilícitos incurridos en el desarrollo de una actividad ilegal. En el primer caso, la doctrina de la política pública afirma que no se pueden reducir los impuestos deduciendo los gastos realizados en actos que van contra la normativa estatal que protege a los bienes jurídicos. En el segundo caso, la deducibilidad de los gastos debería depender de si se gravan, o no, los ingresos de la actividad ilegal (en caso afirmativo, se deberían poder deducir).

Es ilustrativo, a estos efectos, el art. 107 del Estatuto Tributario (ET) de Colombia que afirma que son deducibles los gastos realizados durante el año o periodo gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que los contribuyentes puedan probar que: (a) tienen una relación de causalidad con dicha actividad; y (b) son razonables: (i) para desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta bajo un criterio comercial (necesidad); y (ii) a la luz de la situación económica del contribuyente y del entorno de mercado (proporcionalidad).

De esta manera, como Castro subraya, se podría, en principio, afirmar que, cuando la corrupción esté tan extendida y aceptada socialmente que los sobornos se estimen necesarios para mantener y ampliar la fuente de la renta, estos podrían ser deducibles debido a su relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de la política pública, entre los requisitos generales de deducibilidad se incluye el relativo a la necesidad del gasto (entendido como razonabilidad comercial), el cual aconseja no cometer una infracción o un delito que pueda poner en riesgo todo o parte de la actividad empresarial. Como resultado, los

gastos derivados de una prestación ilícita no cumplirían con dichos requisitos por no ser necesarios, excluyendo de este modo las deducciones fiscales por los pagos de sobornos, incluyendo los que se realizan a funcionarios públicos extranjeros.

La OCDE ha promovido con especial intensidad la prohibición de este último tipo de sobornos a través de: (a) la Convención para Combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE) (1997); y (b) las recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre su no deducibilidad (al hacerse parte de la Convención, cada uno de los 46 Estados parte se compromete a aplicar las recomendaciones del Consejo de la OCDE para la implementación de la Convención, incluyendo las relativas a la no deducibilidad de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros). De este modo, se busca aumentar: (a) en la comunidad empresarial, la conciencia sobre la ilegalidad de esta conducta; y (b) en la administración fiscal, la necesidad de detectar y rechazar este tipo de deducciones.

Entre las recomendaciones del Consejo de la OCDE que complementan la Convención de 1997, cabe destacar las recomendaciones antisoborno de 2009 (que sustituyen a las previamente existentes) y las de 2021 (que revisan las de 2009), las cuales recogen, entre otras, las siguientes medidas:

1. Prohibir jurídicamente (preferentemente por vía legislativa) toda deducción tributaria relativa a los pagos de sobornos o a gastos realizados: (a) en favor de funcionarios públicos extranjeros; o (b) para promover conductas corruptas contrarias a la legislación penal del Estado de las empresas que realizan el pago o del Estado de nacionalidad de los sobornados.

2. No condicionar la aplicación de esta prohibición a la previa apertura de una investigación penal o administrativa por parte de las autoridades competentes.

3. Revisar constantemente la efectividad de las medidas adoptadas, poniendo especial atención a verificar que se está transmitiendo una información adecuada a los contribuyentes y a los funcionarios de la administración tributaria sobre: (a) los gastos que constituyen soborno; y (b) su detección efectiva.

4. Considerar incluir en los Convenios para Evitar la Doble Tributación (CDIs) suscritos por los Estados parte de la Convención el intercambio de información tributaria con las entidades estatales, el Ministerio Público y las autoridades judiciales encargadas del cumplimiento de ley, en relación con materias altamente prioritarias, como la corrupción, el lavado de activos y la financiación del terrorismo (esta recomendación está en línea con las sugerencias recogidas en los Comentarios de la OCDE al art. 26 de su Modelo de CDI).

5. Establecer un marco legal y administrativo efectivo que permita desarrollar las líneas de acción precedentes y que oriente a los funcionarios de la administración tributaria sobre la presentación de informes a las autoridades locales y regionales competentes sobre las sospechas de soborno transnacional en relación con el desempeño de sus deberes.

Junto a estas medidas, es importante tener en cuenta la legislación interna adoptada por diversos Estados parte de la Convención OCDE prohibiendo la deducción de los sobornos pagados a particulares, lo que refleja cómo, en la actualidad, las prácticas de corrupción privada son consideradas también parte integral del fenómeno de la corrupción.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la adopción de la Convención por los países latinoamericanos que no son miembros de la OCDE no ha sido, ni tan amplia, ni tan rápida, como inicialmente se hubiera esperado. De esta manera, en la actualidad, solo tres países de la región que no son miembros de la OCDE (Argentina, Brasil y Perú) son Estados parte (a los que se unen Chile, Colombia, Costa Rica y México en su condición de miembros de la OCDE). Además, como Buitrago y Hernández (2021) señalan, no es fácil de encontrar informes sobre la situación en los demás países de la región en relación con el tratamiento tributario de los sobornos (o pagos similares) a funcionarios públicos extranjeros o a particulares de terceros países.

4.2. El establecimiento de un impuesto global mínimo como respuesta al problema de la baja tributación de las empresas multinacionales: la situación en el sector del comercio digital

Andrade (capítulo 4) destaca dos medidas legislativas propuestas por la Comisión Europea en 2018 para responder al problema de la

baja tributación de las multinacionales en el sector del comercio digital. En primer lugar, la reforma del impuesto sobre sociedades para gravar las utilidades obtenidas en territorio de la UE, independiente de su presencia física, utilizando para ello el concepto de “presencia fiscal representativa” (cuya aplicación se hace depender de criterios alternativos como el de superar los siete millones de euros, tener más de cien mil usuarios o concluir más de tres mil contratos comerciales al año).

En segundo lugar, ante la elusión fiscal, la ausencia de acuerdos globales en la imposición de tasas al comercio digital y la dificultad de convertir la propuesta anterior en una directiva vinculante, la Comisión propuso la aplicación de un impuesto provisional para gravar de forma inmediata a las grandes multinacionales del negocio digital y fomentar la unidad de criterio entre los Estados miembros. Se trataría, por tanto, de aplicar un impuesto de un 3% sobre los ingresos generados por actividades donde los usuarios desempeñen un papel importante en la creación de valor, con base en un doble criterio alternativo: superar los 750 millones de euros de ingresos anuales a nivel mundial o los 50 millones de euros dentro de la UE. Con ello se estimaban recaudar alrededor de cinco mil millones de euros anuales.

Sin embargo, las propuestas de la Comisión Europea llevaron a que EE.UU. se retirara en 2019 de las negociaciones sobre el establecimiento de una tasa global, anunciando la posible imposición de aranceles a los socios comerciales que grabasen con impuestos a las plataformas digitales y, en general, a las multinacionales estadounidenses.

Frente a esta amenaza, el Reino Unido decidió introducir un impuesto sobre servicios digitales en abril de 2020, aplicándolo a motores de búsqueda, plataformas de redes sociales y mercados en línea, con una carga impositiva del 2% (comprometiéndose a ajustar esta medida a los acuerdos que se pudieran alcanzar a nivel internacional cuando hubiese consenso). Otros países como España siguieron el mismo camino al adoptar en enero de 2021 el “impuesto sobre determinados servicios digitales”.

En octubre de 2021, más de 130 Estados aprobaron la “Declaración sobre la solución de dos pilares para abordar los desafíos fiscales

derivados de la digitalización de la economía”, promovida por la OCDE. Esta propuesta, que busca abordar la competencia tributaria y regular el comercio digital, combina: (a) el establecimiento de un impuesto global mínimo del 15% sobre los beneficios de las empresas multinacionales en todas las jurisdicciones; y (b) la reasignación de los derechos de gravamen hacia los mercados donde operan, independientemente de su presencia física.

Como Andrade subraya, los efectos positivos esperados de su aplicación en los próximos años incluyen un aumento en la tributación de las empresas que cumplen con las condiciones, la reubicación de las inversiones para optimizar la tributación internacional y un posible incremento en la recaudación fiscal global, mejorando la capacidad de gasto gubernamental.

Sin embargo, desde la perspectiva de los indicadores económicos, también se pueden vislumbrar posibles efectos negativos. Así, en relación con el flujo de capital, los países exportadores de capital podrían retener ciertas inversiones, y los importadores podrían sufrir una contracción de la inversión extranjera. Además, el comercio mundial podría experimentar también consecuencias desfavorables, ya que menores niveles de inversión extranjera tendrían un impacto sobre las operaciones en el comercio de bienes y servicios.

Ante esta situación, parece recomendable evaluar con cuidado las externalidades positivas y negativas de la propuesta de la OCDE en sectores como el comercio, la migración, la transferencia de tecnología y el flujo de préstamos internacionales, con el fin de introducir los ajustes que puedan ser necesarios para hacer más efectiva esta iniciativa de política pública global.

4.3. Medidas para fortalecer la transparencia en el ámbito tributario

4.3.1. La erosión del secreto bancario

El secreto bancario tiene su fundamento en el hecho de que la actividad de intermediación financiera del crédito da lugar a una relación jurídica que exige confianza recíproca entre las IFs y sus clientes. Como resultado, no pocos países han consagrado el secreto ban-

cario como un derecho subjetivo de los clientes basado en el derecho a la intimidad, que es correlativo al deber de confidencialidad de las IFs (Navarro-Schiappacasse, 2025: en prensa). Por ello, este último solo cede cuando existen excepciones expresamente recogidas en la ley, que no sean inconstitucionales por razones de orden público económico. A falta de este tipo de excepciones, las IFs tienen prohibido entregar información sobre sus clientes a cualquier entidad pública nacional, lo que impide, a su vez, que esta pueda ser compartida con terceros Estados. Esto ha facilitado, tradicionalmente, la ocultación de los fondos obtenidos a través de distintas actividades ilícitas, como la evasión fiscal, la corrupción transnacional, el crimen organizado o la financiación del terrorismo.

Ante la magnitud del problema, la declaración final de la Cumbre de Londres del G-20 (2009) proclamó el fin de la era del secreto bancario, lo que se ha venido haciendo realidad en los años posteriores con la publicación y aplicación por la OCDE del sistema de Estándares Comunes de Reporte en 2014 y la entrada en vigor de leyes nacionales como la FATCA (en vigor desde 2013 en EE.UU.). Con ello, se ha obligado a las IFs a compartir información con las autoridades tributarias que antes no era revelada al encontrarse amparada por el secreto bancario (incluyendo la determinación de en qué jurisdicción se encuentran sus clientes sujetos a tributación). Esto ha marcado un cambio de paradigma en aras del intercambio automático de información como nuevo estándar uniforme de acción en la lucha contra la evasión fiscal, la corrupción y el lavado de activos, entre otros delitos transnacionales.

Como Buitrago y Hernández (2021) señalan, esta dinámica ha provocado también que, a raíz de escándalos como los que han afectado a los bancos HSBC en Suiza y LGT en Liechtenstein (donde han aparecido cuentas no declaradas que facilitaban la evasión fiscal y la ocultación de activos robados a través de prácticas corruptas), las IFs ubicadas en las JNCBNIs se hayan visto bajo presión para poner fin a estas prácticas. Así mismo, la importancia que han tenido las denuncias para “destapar” estos escándalos ha provocado, a su vez, la adopción de distintas medidas para proteger a quienes denuncian las infracciones a la normativa en esta materia, como es el caso, por ejemplo, de la Directiva Europea (UE) 2019/1937.

Además de lo anterior, otras entidades, como las casas de bolsas de valores y otros intermediarios financieros, que, al amparo del secreto bancario se había escudado en el pasado en la confidencialidad para no compartir información, se encuentran hoy en día también obligadas a compartir información con las autoridades tributarias sobre las transacciones que realizan sus clientes con las JNCBNIs. Un ejemplo paradigmático en este sentido es la solicitud realizada por el Servicio de la Administración Tributaria de México a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para que esta impusiera a los bancos y a las casas de bolsa la obligación de proveer el listado de clientes involucrados en transacciones o inversiones con dichas jurisdicciones, y sancionar a aquellas entidades que no entreguen la información.

Finalmente, un sector de la doctrina defiende que se extienda el tratamiento que se da a las JNCBNIs a todas las jurisdicciones que rechacen compartir información con las autoridades tributarias o judiciales de terceros Estados sobre transacciones financieras, sus cuantías y características y las personas naturales o jurídicas que están involucradas. Esta calificación supondría que los demás países estarían legitimados (y, en ocasiones, incluso obligados) para aplicarles toda una serie de medidas promovidas principalmente por la OCDE, que incluyen la exigencia de estudios de precios de transferencia para sus operaciones, la imposición de retenciones en la fuente a tarifas muy altas, la exclusión de cualquier deducción tributaria por los pagos realizados en dichas jurisdicciones e incluso la adopción de medidas de restricción total.

4.3.2. El fortalecimiento del concepto de beneficiario final o efectivo

Estrechamente relacionada con la medida anterior, se encuentra el fortalecimiento del concepto de beneficiario final o efectivo. Este concepto tiene sus orígenes en el ámbito tributario en los CDIs, siendo su objetivo impedir que los beneficios recogidos en los CDIs sean otorgados a quienes reciben solo nominalmente ciertos tipos de ingresos, como los intereses, los dividendos y las regalías. Por ello, los CDIs consideran como beneficiarios finales o efectivos a quienes

tienen la facultad de disfrutar y disponer de este tipo de ingresos, asumiendo su control y riesgo, a menos que: (a) hayan acordado actuar en nombre de otra persona según sus instrucciones y sin posibilidad de hacer algo diferente; o (b) se trate de empresas que actúan como vehículos legales para terceras personas, sin facultad alguna para utilizar los fondos ingresados en las cuentas en las que aparecen nominalmente como titulares.

En cuanto al ámbito del intercambio de información financiera para prevenir el lavado de activos y otros delitos transnacionales, el concepto de beneficiario final o efectivo se remonta a la recomendación 24 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) (2012), si bien hubo que esperar hasta la reunión del G20 en San Petersburgo en 2013 para que la OCDE lo definiera con mayor precisión, de manera que en la actualidad incluye a toda persona natural que efectivamente es titular o tiene el control de un vehículo legal. De este modo, lo que se busca es poder determinar, a través del intercambio y cotejo de la información, y aplicando criterios de control o dirección, las personas naturales que se encuentran detrás de determinadas estructuras o personas jurídicas (vehículos legales) para atribuirles las correspondientes responsabilidades fiscales y, eventualmente, penales (principalmente, cuando dichos vehículos se utilizan para ocultar y/o lavar activos obtenidos ilícitamente).

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que las exigencias en materia de transparencia y lucha contra el lavado de activos y otros crímenes transnacionales como la corrupción han extendido, tanto a nivel nacional como internacional, el concepto de beneficiario final o efectivo en los ámbitos tributario y penal, superando así lo previsto en los CDIs. Sin embargo, a pesar de lo anterior, como Buitrago y Hernández (2021) exponen, el principal convenio tributario de intercambio de información que recoge, al menos indirectamente, la definición de beneficiario final o efectivo elaborada por el GAFI (y adoptada por la OCDE) es el CRS, razón por la cual tanto la OCDE como el GAFI han recomendado su adopción expresa en las legislaciones nacionales (esto con el fin de que la información sobre dichos beneficiarios sea también objeto de intercambio en aplicación de los acuerdos internacionales vigentes).

Fruto de estas recomendaciones, la mayor parte de los Estados han incorporado la definición de beneficiario final o efectivo en sus ordenamientos jurídicos, como refleja, por ejemplo, el caso colombiano a través de sendas leyes de 2016 y 2019 (la segunda complementa la primera al incluir en dicho concepto a quienes ostentan el control sobre las sociedades nacionales, los encargos fiduciarios, los fondos de inversión colectiva e incluso a quienes se desempeñan en los mismos como cargos directivos). De esta manera, la normativa colombiana ha adoptado una misma definición del concepto de beneficiario final o efectivo en la normativa tributaria y antilavado, entendiéndose que tienen esta condición: (a) las personas naturales que poseen o controlan, directa o indirectamente, a los clientes y/o a las personas naturales en cuyo nombre se realizan las transacciones; y (b) quienes ejercen el control final o efectivo, directa o indirectamente, sobre las personas jurídicas u otras estructuras sin personería jurídica. En el mismo sentido, a nivel europeo, la Directiva antilavado (UE) 2018/843 recoge el deber de informar sobre los beneficiarios finales o efectivos de los vehículos legales, como los *trusts* o similares.

Esta aproximación, que, como Castro (2025: en prensa) señala, es el resultado de atribuir a las recomendaciones del GAFI un alcance en materia tributaria que, en principio, se encuentra fuera de su mandato, es muy útil para la lucha contra la corrupción y el lavado de activos, y puede también facilitar a la autoridad tributaria detectar activos omitidos en las declaraciones fiscales.

Sin embargo, es aconsejable ser prudente a la hora de utilizar en el ámbito tributario esta información, porque, como la regla de atribución de patrimonio recae sobre el concepto fiscal de “posesión” (entendido como aprovechamiento económico), y algunos de los supuestos de la definición de beneficiario final o efectivo no requieren dicha posesión, surge el problema de las “falsas alarmas”. Esto se debe a que:

1. Las reglas de atribución a través de las que se determina la capacidad contributiva de los sujetos obligados (concepto tributario de posesión entendido como aprovechamiento económico) no son compatibles con los criterios para identificar a quienes están detrás de las estructuras corporativas que incurren en prácticas delictivas,

los cuales no suelen tener aprovechamiento económico, como, por ejemplo, los representantes legales, las autoridades de mayor rango, los miembros de los comités fiduciarios o financieros (o de entidades similares) o los beneficiarios condicionados.

2. La información obtenida sobre el valor económico de los activos no se corresponde con los valores que deben reportarse en el patrimonio fiscal.

A lo anterior hay que añadir que, en las entidades ampliamente poseídas (como los fondos de pensiones o las sociedades cotizadas), el concepto de beneficiario final o efectivo tiene realmente poca utilidad para efectos tributarios.

4.3.3. La publicidad de las declaraciones fiscales de las más altas autoridades y funcionarios del Estado y las medidas especiales de debida diligencia y conocimiento del cliente en casos de personas expuestas políticamente

En aras de fortalecer la transparencia en el ámbito tributario, algunos países llevan años exigiendo que las declaraciones de impuestos de sus más altas autoridades sean públicas. Así, por ejemplo, en EE.UU., para ser nombrado a cualquier alto cargo del gobierno Federal es necesaria la presentación al Senado de las declaraciones de impuestos de los tres últimos años¹⁷. Con ello se trata de garantizar que quienes aspiren a dichas posiciones no hayan infringido la ley. Además, el Senado puede hacer públicas las infracciones de los candidatos a la normativa tributaria y exigir el pago de las cuantías adeudadas. En el mismo sentido, en Colombia, la Ley 2013 (2019) obliga a las más altas autoridades del Estado, incluyendo al presidente de la República, a publicar sus declaraciones de renta para posesionarse, ejercer o retirarse del cargo, con el fin de promover la transparencia y permitir un mayor control social.

¹⁷ La elección de Donald Trump en 2016 mostró, sin embargo, una laguna normativa, al no existir en aquel entonces una disposición que exigiera tal requisito para los candidatos electos al cargo de presidente.

Sin embargo, son Noruega y Suecia quienes han adoptado las normas con un mayor alcance en esta materia, al requerir que las declaraciones de todos sus ciudadanos sean publicadas en la página web del gobierno, de manera que puedan ser consultadas por cualquier persona (si bien, este tipo de medidas han sido objeto de numerosos cuestionamientos al presentar efectos secundarios indeseados en relación con los ciudadanos con menos recursos).

Como Buitrago y Hernández (2021) señalan, todas estas medidas, si bien no responden directamente al fenómeno de la corrupción, sí constituyen una herramienta importante para conocer los ingresos percibidos y los activos poseídos por las más altas autoridades y funcionarios del Estado, lo que, en principio, permite un control adicional sobre: (a) su posible participación en la comisión de infracciones administrativas o actividades delictivas en contra del Erario; y, en caso de confirmarse esta intervención (b) su posesión, o disposición, de los activos ilícitamente obtenidos.

Además, como Navarro-Schiappacasse (2025: en prensa) afirma, cuando los beneficiarios finales o efectivos son consideradas personas expuestas políticamente (PEPs), existen cada vez más países que imponen a sus IFs la obligación de aplicar medidas reforzadas de debida diligencia y conocimiento del cliente desde el momento de su vinculación inicial. Esto incluye el deber de elaborar: (a) políticas y procedimientos de aceptación e identificación de clientes en los que se establezca que las PEPs deben contar con la aprobación de la alta administración; y (b) perfiles de clientes que permitan determinar aproximadamente el volumen y tipo de operaciones futuras.

Con ello se busca que las IFs apliquen medidas más estrictas a las PEPs para evitar la comisión de delitos transnacionales, como la corrupción y el lavado de activos ilícitos, lo que implica el deber de registrar todas las operaciones en que las PEPs aparecen involucradas e informar, a la mayor brevedad posible, a las unidades especializadas de análisis financiero cuando se trate de operaciones sospechosas.

4.3.4. Las medidas en materia de intermediarios o facilitadores y la limitación del secreto de profesional que cubre sus actividades

Como Messick (capítulo 6) afirma, ocultar activos ilícitos es una tarea fácil para aquellos profesionales que: (a) tienen conocimientos para crear personas jurídicas y abrir cuentas bancarias o adquirir propiedades u otros activos valiosos en terceros países a su nombre, manteniendo en secreto la identidad de los beneficiarios; y (b) están dispuestos a ayudar o permitir que autoridades, funcionarios, accionistas, directivos o empleados corruptos oculten el dinero robado mediante transacciones transfronterizas.

Estos profesionales, que actúan como intermediarios o facilitadores, se encuentran normalmente ubicados en países de la OCDE o en paraísos fiscales, y se involucran en estas actividades al ser muy lucrativas porque quienes intentan ocultar activos robados gastan importantes sumas de dinero para proteger el resto, sin que tengan la capacidad de negociación necesaria para contratar los servicios requeridos a precios más bajos.

Si a esto unimos que los intermediarios tienen pocas posibilidades de ser atrapados, no parece, *a priori*, difícil encontrar personas o empresas deshonestas dispuestas a actuar como facilitadores. Varias investigaciones realizadas de forma independiente han confirmado esta hipótesis, destacando, además, que los proveedores de servicios en los países más desarrollados son más proclives, que aquellos en países en desarrollo, a no exigir documentos autenticados que reflejen la identidad de los potenciales clientes¹⁸.

¹⁸ Uno de los facilitadores más conocidos para ocultar activos era el bufete panameño Mossack Fonseca. Sus actividades quedaron expuestas en 2016 por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación al que un empleado de la firma le había proporcionado los registros internos. Los documentos, denominados *Panama papers*, revelaron que el bufete había creado más de 200.000 corporaciones anónimas y entidades similares en nombre de personas de todo el mundo. Las jurisdicciones donde más frecuentemente se constituyeron estas entidades fueron las Islas Vírgenes Británicas (BVI), Panamá, las Bahamas y las Seychelles. Sin embargo, los Estados pequeños y menos desarrollados no fueron los únicos elegidos, sino que tam-

En cuanto a su definición, la Directiva 2018/822/UE de la Unión Europea (UE) atribuye la condición de intermediarios o facilitadores a:

[...] cualquier persona que diseñe, comercialice, organice, ponga a disposición para su ejecución un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información, o que gestione su ejecución. Significa asimismo cualquier persona que, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes y sobre la base de la información disponible así como de la experiencia y los conocimientos en la materia que son necesarios para prestar tales servicios, sabe o cabe razonablemente suponer que sabe que se ha comprometido a prestar, directamente o por medio de otras personas, ayuda, asistencia o asesoramiento con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información (art. 3-21 en la Directiva 2011/16/UE conforme al texto modificado en el 2018) (Buitrago & Hernández, 2021).

Todos estos profesionales, que incluyen, entre otros, a abogados, contables, asesores fiscales y agentes inmobiliarios, desempeñan un papel muy importante a la hora de ayudar a las personas corruptas a ocultar sus activos, siendo relativamente sencillo (si bien dispendioso) acudir a sus servicios sin asumir un alto riesgo de ser descubierto. Por ello, como el GAFI ha venido señalando en las últimas dos décadas, es necesario adoptar las siguientes medidas a nivel nacional:

1. Someter a los facilitadores a las mismas leyes contra el lavado de activos que rigen para las IFs, porque, de lo contrario, es muy difícil poder detectar sus actividades ilegales. De hecho, si bien la mayoría de los Estados han tipificado en su normativa penal la ocultación del origen ilícito de los activos, los facilitadores no temen ser procesados porque, si se descubren sus acciones, se defienden alegando que no sabían que eran robados y que simplemente se les pidió que establecieran una empresa, compraran bienes raíces o realizaran otras

bién se crearon en Nevada (EE.UU.), Hong Kong y el Reino Unido. En el momento en que Mossack Fonseca estableció estas corporaciones, las leyes de todas estas jurisdicciones hacían difícil, si no imposible, para los investigadores descubrir quienes eran sus beneficiarios finales o efectivos y, por lo tanto, conectar los activos poseídos por las entidades con sus verdaderos propietarios.

transacciones con los activos de un cliente. Una condena penal requiere que los procesados conozcan que sus acciones eran contrarias a la ley, y los facilitadores pueden tomar medidas para que sea casi imposible demostrar que sabían de dónde provenían los activos.

Esta medida significa, en última instancia, exigir a los profesionales que actúan como facilitadores que investiguen cuidadosamente (“devida diligencia reforzada”) el origen de los fondos de quienes se desempeñan, o se han desempeñado, como autoridades o funcionarios públicos, y sus familiares o personas cercanas (recomendación 22 del GAFI) (si bien esto se podría extender también a los accionistas y los directivos o gerentes empresariales y sus familiares o personas de confianza, dado el alto riesgo que entrañan de evasión fiscal, corrupción transnacional y lavado de activos). Esto evitaría que los facilitadores alegaran la defensa de falta de conocimiento porque la ley les exigiría que supieran de dónde provienen los fondos y se les sancionaría en caso contrario.

Así mismo, el GAFI también recomienda que este tipo de profesionales controlen continuamente las transacciones que realizan para estas personas y denuncien cualquier transacción que parezca sospechosa (recomendación 23 del GAFI) (esto con la finalidad de que quienes facilitan la ocultación o lavado de activos enfrenten un mayor riesgo de ser imputados).

Sin embargo, a pesar del tiempo que el GAFI lleva recomendando que se aplique esta regla a los posibles facilitadores, cuatro miembros del G-20 (Australia, Canadá, la República Popular China y EE.UU.) aún no han cumplido con esta recomendación, y Colombia, Costa Rica, México y otras 45 jurisdicciones (incluyendo varios centros financieros importantes) sólo la cumplen parcialmente. Como Messick subraya, este tipo de cumplimiento parcial significa en última instancia: (a) que una profesión importante (como los abogados en Dinamarca o los agentes inmobiliarios en Singapur) no esté cubierta por legislación interna; (b) que ninguna empresa o individuo haya informado de alguna transacción sospechosa; o (c) que las sanciones por no informar sean leves. En consecuencia, mientras esta situación se mantenga las autoridades, funcionarios y demás personas corruptas podrán siempre encontrar a profesionales dispuestos a ser cómplices de sus prácticas actuando como facilitadores.

2. Imponer sanciones por facilitar el ocultamiento de activos que reflejen la auténtica gravedad del delito, al dar lugar a la complicidad en su robo y merecer, por tanto, ser sometidos a fuertes multas e importantes penas de prisión (recomendaciones 22 y 23). Esto debido al constante robo de activos que priva a los gobiernos de los fondos necesarios para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos más vulnerables (esto es particularmente grave en los países con menos recursos).

Sin embargo, las infracciones de estas recomendaciones no son los únicos delitos que facilitan el lavado de activos y merecen, por tanto, altas multas y largas penas de prisión. Por el contrario, existen muchos otros comportamientos que facilitan la ocultación de activos, como es el caso, por ejemplo, de mentir sobre los beneficiarios finales o efectivos de las estructuras o personas jurídicas (o de otros vehículos *offshore*), o de no revelar la identidad de sus directores o gestores. Estos delitos merecen sanciones tan severas como las que se aplican por no cumplir las recomendaciones 22 y 23 del GAFL, porque quienes ocultan activos obtienen grandes recompensas por poco trabajo (lo que normalmente supone un poderoso incentivo para convertirse en facilitadores) y, por tanto, las sanciones tienen que ser lo suficientemente elevadas como para reducir (o incluso eliminar) dicho incentivo.

3. Prohibir a los profesionales del derecho alegar el secreto profesional en relación con la creación de personas jurídicas, la compra de bienes raíces o la realización de otros trabajos comerciales. Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas protegen las comunicaciones de los clientes con sus abogados, notarios u otros profesionales del derecho, siempre que estén relacionadas con procedimientos judiciales o con los aspectos jurídicos de las transacciones. De hecho, en algunos países los abogados tienen prohibido, por estatuto o decisión jurisprudencial, revelar lo que su cliente les dice y el asesoramiento que proporcionan. El problema, como afirma Messick, es que los abogados facilitadores abusan con frecuencia de este privilegio profesional, afirmando que ciertas actividades rutinarias de carácter no jurídico (como crear una persona jurídica o comprar bienes raíces) se encuentran también protegidas por el secreto profesional (lo que se ve favorecido por la ambigua redacción de las

disposiciones estatutarias o de las decisiones jurisprudenciales que reconocen de manera muy amplia el secreto profesional)¹⁹.

Por ello, solamente aclarando que el secreto profesional no se extiende a estas actividades rutinarias, que pueden ser realizadas también por personas que no son abogados y no implican brindar asesoramiento jurídico, es posible garantizar un acceso oportuno y sin restricción a la información, lo cual, según señala la doctrina sobre recuperación de activos, es esencial para tener una mayor efectividad en su identificación y localización, con el fin de poderlos decomisar y restituir.

Según la recomendación 22 del GAFI, estas actividades rutinarias incluyen, entre otras, las siguientes: (a) crear una empresa u otra persona jurídica; (b) actuar como director o secretario de una empresa, socio de una sociedad o un puesto similar en relación con cualquier otra persona jurídica; (c) desempeñarse como fiduciario de un fideicomiso expreso o realizar una función equivalente en otra forma de acuerdo legal; (d) actuar como accionista nominal para otra persona; (e) disponer que otra persona actúe en uno de los roles identificados anteriormente; o (f) proporcionar a una empresa, una sociedad o cualquier otra persona jurídica una oficina registrada, una dirección comercial, un apartado de correos o una dirección administrativa.

La adopción y aplicación efectiva de todas estas medidas es fundamental porque, mientras no se adopten frente a todos los cómplices de ocultar activos obtenidos de fuentes ilícitas, es muy probable que las prácticas de corrupción que los generan se sigan produciendo. En este sentido, como Buitrago y Hernández (2021) señalan, la Comisión Europea ha dado importantes pasos a partir de la propuesta pre-

¹⁹ Los abusos del bufete panameño Mossack Fonseca, los abogados que respondieron positivamente a las indagaciones de los investigadores de lavado de dinero sobre esquemas de ocultamiento de activos y la presteza con la que numerosos abogados prestigiosos de Nueva York respondieron a la artimaña de *Global Witness* hacen que la promulgación de una legislación que niegue el privilegio profesional para estas tareas y otros trabajos puramente financieros o administrativos sea un elemento crítico en la represión de los facilitadores.

sentada en 2016 para permitir a las autoridades nacionales requerir a las IFs y a los asesores tributarios (incluidos contadores, abogados y sus firmas y despachos) información sobre el contenido y aplicación de los esquemas fiscales diseñados para sus clientes cuando pudieran ser considerados como potencialmente agresivos (con anterioridad solo algunos países como el Reino Unido, Irlanda o Portugal habían previsto en su legislación interna ciertas sanciones para quienes facilitan la elusión fiscal).

Fruto de esta propuesta, la Directiva 2018/822/UE (conocida como DAC6) aborda en el ámbito de la UE la situación de los intermediarios o facilitadores, imponiéndoles: (a) el deber de informar sobre los esquemas tributarios agresivos transfronterizos acordados con sus clientes (es decir, aquellos que puedan tener un impacto negativo sobre el intercambio automático de información o la identificación de la titularidad real de los bienes o activos afectados); y (b) la responsabilidad, junto con sus clientes, por dichos esquemas²⁰. Además, otorga, al mismo tiempo, autonomía a cada país para determinar la forma de aplicar las medidas acordadas y adoptar las sanciones correspondientes en caso de infracción.

En contraste con esta tendencia, los países latinoamericanos se han venido resistiendo, en mayor o menor medida, a la introducción de excepciones a la configuración del secreto profesional en su normativa interna. De esta manera, si bien en las últimas dos décadas han experimentado el establecimiento de unidades especializadas

²⁰ Como Buitrago y Hernández (2021), señalan: “[l]os intermediarios o contribuyentes relevantes que tengan un nexo con la UE deberán presentar información sobre una amplia gama de “acuerdos transfronterizos” notifiables a sus autoridades fiscales locales. El objetivo de la DAC6 es permitir a las autoridades fiscales de los Estados miembros de la UE obtener información completa y relevante y tomar medidas rápidamente para contrarrestar las prácticas fiscales nocivas, cerrar posibles lagunas y disuadir a los contribuyentes de aprovechar una planificación fiscal agresiva. La Directiva se suma a las medidas pro-transparencia, reforzando el intercambio mundial de información de las cuentas bancarias y que había sido implementado en el 2014 por la Directiva 2014/107/EU”. De esta manera, la Directiva 2018/822/UE refuerza lo previsto inicialmente en la Directiva 2011/16/EU.

de análisis financiero y el incremento del nivel de información al que estas unidades pueden acceder mediante la ampliación de los sujetos obligados, el alcance del contenido de sus reportes y de la obligación de transmitir los datos de aquellos clientes que pueden estar involucrados en operaciones sospechosas se observa, sin embargo, con preocupación. Esto es debido a que, por regla general, se sigue dejando fuera de los sujetos obligados a una parte muy importante de los facilitadores de las operaciones de lavado de activos u de ocultación de los fondos resultantes de las prácticas de corrupción, lo que provoca la pérdida de información muy valiosa.

Como se verá en detalle en el volumen 39 de la Colección *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*, en el caso chileno, donde la cuestión ha sido especialmente controvertida, esta resistencia a la inclusión de los facilitadores entre los sujetos obligados ha sido particularmente intensa en relación con los abogados y los contables, quienes afirman que la imposición del deber de informar supondría necesariamente la violación de sus obligaciones de secreto profesional para con sus clientes (Navarro-Schiappacasse, 2025: en prensa). A este respecto, es paradigmático también el caso colombiano, cuya Corte Constitucional (C-200/12) ha llegado a afirmar que las excepciones al secreto profesional de los abogados no tienen, en principio, viabilidad constitucional (a lo que hay que sumar el reiterado fracaso de los distintos proyectos de ley que se han presentado para su regulación) (Buitrago & Hernández, 2021). Sin embargo, estos argumentos no han impedido, que se hayan podido comenzar a dar ciertos pasos en la dirección correcta en países como España²¹ y

²¹ Como Navarro-Schiappacasse (2025: en prensa) señala, en España, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, incluye entre los sujetos obligados a declarar a los abogados, los asesores fiscales y los contables externos, si bien distingue entre abogados y asesores fiscales y prevé una regulación especial para los primeros con el fin de proteger el secreto profesional. Así, según el art. 2.1, son sujetos obligados (a) “[l]os abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones

Uruguay²², y en menor medida Argentina²³, si bien, como afirma el GAFI en su recomendación 12 sobre actividades y profesiones no fi-

necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («*trusts*»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria” (art. 2.1.ñ); y (b) “[I]os auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales y cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal” (art. 2.1.m). Así mismo, el art. 22 prevé que, sin perjuicio de lo establecido en la ley, los abogados “guardarán, de conformidad con la legislación vigente, su secreto profesional, cuyo contenido y alcance se recoge en el Código Deontológico de la Abogacía, cuyas principales disposiciones son las siguientes: (a) el art. 21, que establece que la confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen “el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos”, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; (b) el art. 22.1, que dispone que el secreto profesional comprende “todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional”; (c) el art. 22.3, que aclara que las conversaciones mantenidas con sus clientes, contrapartes o sus profesionales abogados solo pueden ser grabadas con la conformidad de todos los intervinientes una vez que se les ha advertido de esta circunstancia, quedando comprendidas en el secreto; y (d) el art. 22.2, que subraya que el secreto no ampara las actuaciones de los abogados “distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente” (art. 22.2). A todo lo anterior hay que añadir: (a) el delito previsto en el art. 199.2 del Código Penal, que sanciona a todo profesional que, incumpliendo su deber de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona; y (b) lo dispuesto en el art. 416.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispensa al abogado del procesado de la obligación de declarar sobre los hechos que este le hubiere confiado en su calidad de defensor.

²² Vid.: Ley 19.574 (2017), Integral contra el Lavado de Activos, que amplía el catálogo de sujetos no financieros obligados a reportar operaciones inusuales o sospechosas con la finalidad de mejorar la prevención y detección del lavado de activos, incluyendo a los abogados y contadores (si bien estos

nancieras (Navarro-Schiappacasse, 2025: en prensa), todavía es necesario hacer mucho más.

últimos no tienen la obligación de informar de las operaciones en las que no actúen como representantes de sus clientes, sino que sean meros asesores. Según se prevén en el art. 13 (c) y (j) de esta ley, los abogados y contadores deben reportar las siguientes operaciones: (a) promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles; (b) administración del dinero, valores u otros activos del cliente; (c) administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; (d) organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades; (e) creación, operación o administración de personas jurídicas u otros institutos jurídicos (en el caso del abogado se agrega el fideicomiso); (f) promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales; (g) actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria; (h) otras actividades descriptas en el art. 13(h). Además, tratándose de la venta de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos, están obligados tanto cuando actúen a nombre propio como a nombre y por cuenta de un cliente. Finalmente, en relación con los contadores públicos se agregan también la presentación de informes de revisión limitada de los estados contables (en las condiciones que establezca la reglamentación administrativa) y de auditoría de los estados contables. La forma en la que se recoge esta obligación tiene una particularidad respecto de los abogados, porque solo deben remitir información en los supuestos en los que actúen a nombre y por cuenta de sus clientes en las operaciones que la ley detalla, sin que estén obligados a informar sobre el resto de las operaciones en las que asesoran a sus clientes. En el caso de los contadores públicos la obligación de informar surge cuando actúan en calidad de independientes y participan en la realización de ciertas operaciones o actividades para sus clientes. Sin embargo, tampoco deben informar sobre las operaciones en las que actúen como meros asesores. Vid.: Navarro-Schiappacasse (2025: en prensa).

²³ En Argentina, los escribanos y los contadores públicos tienen la obligación de denunciar los casos de fraude, evasión impositiva, lavado de activos y trata y explotación de personas. Se impone esta obligación a los escribanos como excepción al deber de abstenerse de declarar en juicio sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión. Esto contrasta con el régimen jurídico de los abogados, para los que no se establece ninguna excepción a su deber de no declarar en virtud del secreto. Esta diferencia es fruto de la tensión existente entre la obligación de informar (y, por tanto, de revelar información) a la autoridad y el secreto profesional de lo abogacía. Además, la Unidad de Información Financiera (UIF) ha impulsado un proyecto de ley que pretende

5. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES MEDIANTE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA FISCAL

Como De Castro y Yumi señalan en el capítulo 3, a pesar de las dificultades actualmente existentes para lograr consensos, la sociedad internacional ha sido capaz de dar un impulso notable a la lucha anticorrupción, el cual ha venido respaldado por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y por la Convención de Mérida. Entre los nuevos mecanismos anticorrupción desarrollados destaca la cooperación internacional en materia fiscal, la cual implica el intercambio de información entre las autoridades tributarias nacionales y ciertas organizaciones internacionales. Para ello, se requiere la voluntad política de los Estados soberanos con el fin de actuar conjuntamente bajo el principio de reciprocidad, fomentando la transparencia, identificando actos de corrupción y combatiendo prácticas fiscales perjudiciales.

incluir a los abogados como sujetos obligados a reportar información, cuya tramitación ha vuelto a mostrar las tensiones entre la necesidad de presentar informes por operaciones sospechosas y su secreto profesional. En este sentido, la nota enviada el 24 de abril de 2023 por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a la Presidenta del Senado afirma que: “Al respecto, la Comisión dictaminó que conforme las Notas Interpretativas de las Recomendaciones N° 22 y 23 del GAFI no se requiere emitir leyes o medios coercitivos que tengan que ver con los abogados, en la medida que las actividades o profesiones obligadas a informar ya se encuentren incluidas en las leyes u otros medios coercitivos que cubran las actividades subyacentes. Tal es el caso de nuestra jurisdicción, en la que todas las actividades descriptas en la Recomendación mencionada poseen suficientes controles y están supervisadas por diversos sujetos obligados (Ej. Escribanos, Registro de la Propiedad Inmueble, Registros Publico de Comercio). A su vez, indicó que las actividades que deben ser informadas por los abogados son parte del ejercicio diario de su profesión y, en consecuencia, la obligación prevista en el proyecto violenta directamente el secreto profesional”. Vid.: Navarro-Schiappacasse (2025: en prensa).

Todo comenzó con la adopción en 1963 por la OCDE de su primer modelo de CDI, en el que recogía el intercambio de información como mecanismo de control del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en relación con los contribuyentes que tenían ingresos originados en el extranjero. Desde entonces, el intercambio de información se ha utilizado para alcanzar objetivos tan diversos como la lucha contra la evasión fiscal, el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Fruto de estas nuevas metas, numerosos CDIs y Acuerdos Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria (ABIITs) han sido suscritos para facilitar el acceso de las autoridades fiscales nacionales a la información de los contribuyentes. Así mismo, se han adoptado diversos instrumentos internacionales multilaterales, entre los que destacan el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información (2000), la Convención de la OCDE para la Asistencia Administrativa Mutua (2011) y el Sistema de CRS (2014).

5.1. Los instrumentos bilaterales de cooperación internacional no judicial en materia tributaria como mecanismo de intercambio de información fiscal entre las jurisdicciones nacionales

Los instrumentos bilaterales de cooperación internacional no judicial en materia tributaria, como los CDIs y los ABIITs, constituyen herramientas jurídicas esenciales debido a la simplicidad en su proceso de adopción, porque, al ser de naturaleza administrativa, no requieren ratificación legislativa posterior. Además, han evolucionado con el paso del tiempo para: (a) regular de manera precisa los mecanismos de cooperación, facilitando su aprobación y armonización; (b) proporcionar un marco jurídico claro y concreto para el desarrollo de la cooperación entre las autoridades tributarias nacionales (sin el cual esta sería mucho más limitada); y (c) ayudar a superar ciertos obstáculos, como la reserva de información y el secreto bancario, que todavía persisten, en mayor o menor grado, en muchas legislaciones nacionales, permitiendo, de esta manera, un intercambio más efectivo de información y fortaleciendo la lucha contra la corrupción.

5.1.1. Los Modelos de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE, la Organización de las Naciones Unidas y la Comunidad Andina

Como De Castro y Yumi señalan, la OCDE ha desempeñado un papel fundamental en la promoción de los instrumentos bilaterales de intercambio de información y en la lucha contra los delitos tributarios, porque su Modelo de CDI (presentado en 1963 y revisado, entre otras ocasiones, en 1977, 1995, 2000, 2005 y 2012) ha servido de referencia para la redacción y negociación de los CDIs.

Los objetivos del Modelo de CDI eran inicialmente: (a) evitar gravar dos veces una misma renta; (b) prevenir la arbitrariedad; (c) combatir el fraude fiscal, a menudo vinculado con la corrupción; y (d) facilitar la aplicación adecuada de los CDI (que se rigen por el derecho internacional y la Convención de Viena de 1969). Sin embargo, a partir de 1995, las modificaciones al Modelo de CDI ampliaron su enfoque a la prevención de la evasión fiscal y la corrupción transnacional y a la mejora del intercambio de información entre las autoridades tributarias. Además, en 2002, la OCDE aprobó un segundo Acuerdo Modelo sobre Intercambio de Información Tributaria (Modelo de ABIIT).

Particularmente importante es el art. 26 del Modelo de CDI (revisado también en varias ocasiones) que busca impulsar la transparencia y reducir el ámbito de discrecionalidad de los Estados requeridos ante las solicitudes de intercambio de información. Para ello, establece tres modalidades de intercambio de información: (a) automático; (b) a requerimiento de los Estados parte; y (c) espontáneo. El primero implica la transmisión rutinaria entre los dos Estados parte del respectivo CDI de cierto tipo de información, mientras que en el segundo la autoridad tributaria de uno de ellos tiene que solicitar al otro la información concreta que requiere. Finalmente, el intercambio espontáneo ocurre cuando uno de los Estados parte, habiendo obtenido información útil en aplicación de su legislación fiscal, la comparte con el otro sin una solicitud previa.

El Modelo de CDI ha evolucionado para convertirse en el estándar mínimo de intercambio bilateral de información, permitiendo su art. 12, que reafirma su compatibilidad con otros instrumentos in-

ternacionales, la ampliación por los Estados parte de su contenido a través de otros convenios bilaterales. Además, las revisiones de 1995, 2000 y 2005, así como las realizadas con posterioridad, han fortalecido la cláusula de intercambio de información, especificando a qué autoridades se ha de proporcionar la información y ampliando su uso para fines no tributarios.

Como De Castro y Yumi subrayan, las Naciones Unidas cuentan también con una Convención Modelo sobre Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo (elaborada en 2004 por el Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación del Comité Económico y Social, y reformada posteriormente en varias ocasiones), que presenta muchas similitudes con el Modelo de la OCDE, incluyendo las tres modalidades de transmisión de información mencionadas (automática, a requerimiento y espontánea). La Convención Modelo de Naciones Unidas ha experimentado también varias revisiones para armonizarse con el de la OCDE, habiendo incorporado, entre otras cosas, las disposiciones de intercambio de información establecidas por el Modelo de la OCDE a partir de 2005.

Además, como los autores subrayan, durante la crisis financiera internacional de 2008 se reconoció la necesidad de revisar las reglas existentes sobre el intercambio de información tributaria, lo que llevó a que en la reunión del G-20 de 2009 se alcanzaran importantes acuerdos a este respecto (como el relativo a la eliminación del secreto bancario) y se aprobaran ajustes normativos para mejorar la transparencia y combatir la evasión tributaria y la corrupción transnacional. Así mismo, el G-20 incorporó un nuevo enfoque que considera paraísos fiscales a las jurisdicciones que no cooperan con el intercambio de información, ocasionando que las agencias tributarias nacionales se hayan vuelto clave en la lucha en esta materia.

Como resultado, la versión actual de la Convención Modelo de Naciones Unidas permite a los dos Estados parte del respectivo CDI solicitarse respectivamente información sobre cualquier persona, independientemente de su residencia o actividades económicas, prohibiendo, a su vez, al Estado requerido negarse a proporcionar la información solicitada en aplicación de sus leyes sobre secreto bancario. Además, en cuanto al uso de la información recibida, la Convención

Modelo permite al Estado parte que recibe la información solicitar a quien se la ha transmitido la autorización para poderla utilizar para fines distintos a los previstos en su solicitud original, así como para otros procedimientos, como investigaciones relacionadas con el lavado de activos (manteniendo siempre, en todo caso, el Estado parte que entregó la información la facultad de negar dicha autorización con base en argumentos razonables).

La Convención Modelo prevé también que los Estados que se encuentren negociando un CDI deben informarse mutuamente de los aspectos de su legislación o práctica administrativa que puedan obstaculizar un intercambio efectivo de información, con el fin de que en el texto final se puedan recoger mecanismos para superar dichos obstáculos y asegurar que los intercambios sean efectivos, amplios y contribuyan a la consecución de los objetivos a los que se dirige.

El Modelo de la OCDE y la Convención Modelo de las Naciones Unidas tienen una indudable importancia en las relaciones tributarias internacionales, destacando en particular: (a) la búsqueda de un paradigma estandarizado para los acuerdos bilaterales entre Estados, reduciendo la doble imposición y fomentando la inversión extranjera; (b) el establecimiento de lineamientos concretos para la distribución de las competencias tributarias entre los Estados parte, ofreciendo claridad y seguridad jurídica ante la complejidad de las relaciones económicas transnacionales; (c) la provisión de un mecanismo eficaz de resolución de conflictos; y (d) la promoción de la inversión extranjera.

Sin embargo, como señalan De Castro y Yumi, sus limitaciones son también evidentes, destacando especialmente las interpretaciones dispares y las asimetrías generadas por su aspiración de universalidad, lo que puede provocar desigualdades en las cargas tributarias. Además, la evolución constante del entorno empresarial, exacerbada por la digitalización y la globalización, plantea desafíos importantes a la pertinencia y capacidad de adaptación de estos modelos. De ahí, la preocupación existente sobre su uso estratégico para atraer inversiones mediante ventajas fiscales selectivas, lo que podría resultar en una competencia fiscal perjudicial y afectar con ello a la recaudación tributaria global. Esto, unido al riesgo de generar arbitrajes nocivos,

requiere una evaluación constante y una colaboración interestatal reforzada para preservar su eficacia ante los imperativos de una economía global en constante cambio.

Por último, con respecto a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), De Castro y Yumi subrayan cómo la CAN ha buscado establecer un marco normativo para la elaboración de CDIs entre sus miembros, destacando que, ya para 1981, se había aprobado la Decisión 40 del Pacto Andino, la cual recogía dos Modelos de CDI: uno para los CDIs suscritos entre sus Estados miembros, y otro para los adoptados entre estos últimos y terceros Estados. Ambos Modelos tenían como principio el gravar la fuente en el país donde se generase la renta, independientemente de la nacionalidad o domicilio de los involucrados, e incluían mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales competentes.

Posteriormente, en 2003, la Decisión 576 de la CAN sustituyó a la Decisión 40, si bien mantuvo los principios generales previstos en los Modelos de gravar la fuente y del intercambio de información. Así mismo, al año siguiente, la Decisión 578 de la CAN (2004) los reformó, manteniendo que la renta solo puede ser gravada en el país donde se genera (siguiendo el criterio de la fuente generadora), pero contemplando, al mismo tiempo, ciertas excepciones para los beneficios de las empresas de transporte, las ganancias de capital y las utilidades de algunos servicios personales, a los que se aplica el criterio del domicilio.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos regionales, los Estados miembros de la CAN no han podido celebrar CDIs tomando como referencia sus Modelos, sino que se han visto presionados a suscribir CDIs basados en los Modelos de la OCDE y de las Naciones Unidas (más aceptados y utilizados internacionalmente), que se basan en el principio de imposición tributaria según la residencia fiscal de las personas grabadas, lo cual otorga una mayor relevancia a las autoridades tributarias nacionales de los países de residencia.

5.1.2. El paso de los Convenios para Evitar la Doble Imposición a los Acuerdos Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria

Como De Castro & Yumi exponen, con el fin de fortalecer el intercambio de información tributaria en el marco de economías globalizadas cada vez más complejas, la OCDE formó en el año 2000 el Grupo de Trabajo sobre Intercambio Efectivo de Información, que propuso un Modelo de ABIIT para superar: (a) los obstáculos jurídicos y prácticos que enfrentaban en aquel momento los CDIs; y (b) las limitaciones del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia Tributaria, desarrollado por la OCDE y el Consejo de Europa en 1988²⁴.

El Modelo de ABIIT, publicado en 2002, abarca acuerdos bilaterales y multilaterales, y se enfoca en eliminar ciertos obstáculos jurídicos como el secreto bancario y en superar las dificultades prácticas para mejorar la eficacia del intercambio de información en sus tres modalidades (automático, a solicitud y espontáneo). Como De Castro & Yumi señalan, la mayor parte de los ABIITs existentes suelen seguir su estructura y contenido, abarcando impuestos directos e indirectos y ampliando el alcance del intercambio (tal y como se refleja

²⁴ Este Convenio busca fortalecer la cooperación fiscal internacional en la lucha contra la evasión tributaria, los paraísos fiscales, el lavado de activos y la corrupción. Por ello, desde su entrada en vigor, ha promovido una aplicación adecuada de la legislación fiscal y la lucha contra la evasión tributaria transnacional, dando especial importancia al intercambio de información y a la cooperación internacional para combatir ciertos delitos fiscales, prevenir la doble tributación, promover la transparencia y enfrentar eficazmente la corrupción internacional. El Convenio fue reformado por el Protocolo de 2010, que lo alinea con las nuevas definiciones de transparencia e intercambio de información de la OCDE mediante la eliminación del secreto bancario y los requisitos de interés nacional como obstáculos al intercambio. Además, abarca una amplia gama de impuestos (tanto directos como indirectos), incluye el intercambio de información tributaria con fines administrativos y judiciales (siempre que se cuente con la autorización del Estado que transmite la información) y permite, si los Estados parte están de acuerdo, la participación de Estados no miembros de la OCDE o del Consejo de Europa.

en el art. 1 del Modelo, que prevé que la información intercambiada es aquella de interés para la administración tributaria, cubriendo, entre otros aspectos, la determinación, la liquidación y la recaudación de los impuestos). Además, los ABIITs permiten que la información fiscal obtenida a través de las solicitudes cursadas en su aplicación pueda ser utilizada no solo en procedimientos administrativo-tributarios, sino también en procesos judiciales e investigaciones penales, siempre que los Estados que provean la información así lo autoricen.

De esta manera, el Modelo y los ABIITs adoptados con base en el mismo amplían la cooperación fiscal internacional más allá de los Modelos de CDI de la OCDE y de la ONU, con el fin de fortalecer la lucha contra la evasión tributaria, los paraísos fiscales, el lavado de activos y la corrupción transnacional. Sin embargo, siguen presentando importantes limitaciones, como, por ejemplo, la no inclusión de modalidades complejas de cooperación como las fiscalizaciones simultáneas y las auditorías conjuntas, las cuales son necesarias, entre otras cosas, para analizar las operaciones con paraísos fiscales, requiriendo un alto grado de cooperación entre los Estados involucrados.

5.2. La combinación de convenios bilaterales de intercambio de información tributaria con leyes nacionales para obtener información directamente de las instituciones financieras extranjeras: la estrategia adoptada por Estados Unidos

Como De Castro y Yumi exponen, EE.UU. lidera el uso de intercambio de información para abordar el problema de la competencia fiscal nociva y los delitos tributarios. Prueba de ello es que, entre 2006 y 2009, el Congreso norteamericano reconoció la evasión fiscal de miles de contribuyentes estadounidenses a través de vehículos *off-shore*, estimándose la pérdida recaudatoria anual en cientos de miles de millones de dólares. Ante esta situación, la estrategia de EE.UU., se ha centrado en la aplicación conjunta de dos tipos de medidas: (a) la firma de ABIITs o la inclusión de cláusulas de intercambio de información en los CDIs; y (b) la promulgación de leyes para obtener información directamente de IFs extranjeras mediante el mecanismo de intercambio automático.

De esta manera, EE.UU. ha buscado, en primer lugar, suscribir la mayor cantidad posible de ABIITs para prevenir delitos tributarios, tratando también que algunos acuerdos bilaterales fueran más complejos e incluyesen obligaciones de cooperación para realizar fiscalizaciones simultáneas y auditorías conjuntas. En este contexto, las autoridades estadounidenses han mostrado preferencia por los ABIITs porque su proceso de adopción es más sencillo que el de los CDIs. Además, para promover el interés de terceros Estados en suscribir ABIITs, han reformado su legislación tributaria interna para permitir establecerse en su territorio con ventajas fiscales a las empresas de aquellos Estados que han accedido a suscribir ABIITs con EE.UU.

Respecto al segundo tipo de medidas, destaca la adopción en 2013 de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), a través de la cual se busca obtener información extraterritorial sobre contribuyentes estadounidenses con inversiones fuera del país. Para ello, la FATCA prevé la cooperación de IFs extranjeras, que deben llegar a acuerdos con el Servicio de Impuestos Internos de EE.UU. (IRS), con el fin de informar sobre cuentas a nombre de ciudadanos estadounidenses. Los acuerdos con las IFs extranjeras exigen que estas últimas realicen procesos de diligencia debida, presenten informes anuales al IRS y cumplan con ciertos criterios adicionales. Además, buscan establecer excepciones a la normativa de los países de origen de las IFs extranjeras, así como el establecimiento de procesos internos, incluyendo una retención del 30% en todos los pagos a cuentas recalcitrantes o a IFs extranjeras que no hayan suscrito acuerdos con el IRS.

La FATCA puede ser implementada mediante acuerdos directos entre EE.UU. y las IFs extranjeras, o a través de Acuerdos Bilaterales Intergubernamentales (IGAs) con terceros Estados. EE.UU. ha concluido hasta el momento más de cien IGAs, lo que ha facilitado, en gran medida, la aplicación de la FATCA y ha permitido resolver conflictos con las leyes de privacidad de terceros países.

El gobierno de EE.UU. ha diseñado cuatro modelos de IGAs. El primero (Modelo 1), que es aplicable a países miembros de la OCDE, tiene como propósito que las IFs extranjeras envíen información a la autoridad tributaria nacional de sus respectivos países, para que lu-

ego esta última la transmita al IRS. El segundo (Modelo 1A o FATCA *light*) es similar al anterior, si bien condiciona la reciprocidad del IRS a requisitos de seguridad de la autoridad tributaria del país con el que se suscribe el IGA. El tercero (Modelo 2) autoriza a las IFs extranjeras a enviar directamente la información al IRS. Finalmente, el cuarto (Modelo 2A), es similar al Modelo 2, si bien condiciona la reciprocidad al cumplimiento de ciertos requisitos de seguridad establecidos en la FATCA y el IGA de que se trate.

EE.UU. ha suscrito IGAs con varios países de América Latina y el Caribe, siendo la mayoría del Modelo 1. No obstante, algunos acuerdos siguen estando pendientes de conclusión, mientras que no se ha sido posible avanzar con países como Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Guatemala.

Como resultado, como De Castro y Yumi subrayan, se puede afirmar que la FATCA ha introducido un sistema extraterritorial de cumplimiento tributario y cooperación en la obtención e intercambio de información financiera entre EE.UU. y terceros países, que ha tenido un grado de eficacia nada desdeñable (aunque inicialmente parecía improbable que sus disposiciones fueran aceptadas por terceros países, muchos las han cumplido, como es el caso de Perú, que, a pesar de prohibir la retención de fondos, suscribió un IGA (Modelo 1) con EE.UU. en 2014). Sin embargo, al mismo tiempo, el sistema actual presenta importantes debilidades debido a sus regulaciones y excepciones, y a las dificultades y altos costos que requiere su aplicación.

Para finalizar, cabe destacar, que todo lo anterior se complementa con ciertos marcos jurídicos que EE.UU. ha adoptado recientemente, como la Ley de Transparencia Corporativa (2021) y las Reglas de la Red sobre Ejecución de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro de EE.UU. (FINCEN) (2023). A través de estos nuevos marcos jurídicos se busca establecer estándares federales para la constitución de sociedades, la protección de la seguridad nacional y el comercio, y el blindaje contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y otras actividades ilícitas.

5.3. *El Sistema de Estándares Comunes de Reporte como mecanismo multilateral de intercambio automático de información tributaria entre las jurisdicciones nacionales*

Como Buitrago y Hernández (2021) subrayan, el CRS es un estándar global para el intercambio automático de información sobre las cuentas abiertas en IFs, el cual se basa en la cooperación (en contraposición a la competencia), y se dirige a prevenir que los contribuyentes oculten ingresos o patrimonio en terceros Estados.

Para ello, los países que se han adherido al CRS han acordado que sus IFs informen a través de ciertas plataformas a las autoridades tributarias nacionales de los Estados parte del sistema, sobre las siguientes cuestiones: (a) las cuentas mantenidas directa o indirectamente por residentes fiscales extranjeros; (b) el lugar dónde están sujetos a impuestos sus clientes; y (c) los acuerdos que puedan existir entre ciertas administraciones tributarias y contribuyentes específicos (que sean clientes suyos) mediante los cuales se conceden tratos selectivos diferentes a los que prevé la ley (estos acuerdos han salido a la luz a través de escándalos, como los *Panamá Papers* y los *Lux Papers*, caracterizados por filtraciones de cuentas bancarias en países que eran considerados como paraísos fiscales).

De esta manera, se ha obligado a las IFs a revelar información que previamente estaba protegida por el denominado “secreto bancario”, lo que supone un paso importante hacia el intercambio automático de información como estándar internacional. Con ello, se busca limitar las oportunidades que tienen los contribuyentes para evitar que se conozca la información que es relevante a efectos fiscales, así como promover que las autoridades nacionales la compartan con terceros Estados. Además, se ha buscado promover que las autoridades tributarias nacionales intercambien entre sí información sobre las cuentas bancarias sospechosas, una vez la reciban.

Además, desde 2018, el CRS incluye un modelo de reglas de divulgación obligatoria dirigido a evitar acuerdos elusivos, estructuras opacas en el extranjero y técnicas como el uso de testaferros secretos, que buscan impedir la identificación de los beneficiarios finales o efectivos. Este modelo supone revelar los detalles de dichos acuerdos, estructuras o técnicas, los clientes, los intermediarios o facilita-

dores y el resto de las personas involucradas. Todo ello, con el fin de desestimular a los facilitadores de promover ciertos esquemas. De esta manera, se han reducido significativamente las dificultades para obtener información y colaboración de las autoridades de terceros países, lo que, hasta entonces, venía generando un clima propicio para el abuso en la planeación tributaria.

Como Andrade (capítulo 4) afirma, cerca de 150 países han suscrito el CRS, incorporando en su legislación financiera directrices para modificar los sistemas de información y reporte bancario, lo que limita la competencia fiscal (sobre todo por jurisdicciones de baja o nula imposición que antes se beneficiaban de la aplicación del secreto bancario sin restricciones). Además, si bien algunos países pueden evadir esta cooperación, la realidad muestra que aquellos que no cumplen con el intercambio automático de información experimentan obstáculos en sus movimientos financieros, como trabas para la remisión de divisas y procedimientos bancarios más lentos.

Todo ello permite, a su vez, que el intercambio de información puede ser utilizado para combatir el lavado de activos y controlar la corrupción gubernamental, si bien es necesario distinguir entre la evasión fiscal y el enriquecimiento ilícito, debiendo el CRS establecer una *task force* que, con la ayuda de sus mecanismos de cooperación internacional, se encargue de monitorear las tendencias y los comportamientos en las cuentas reportables y de analizar las posibles estrategias de evasión en la economía no formal, como las criptomonedas y los medios de pago alternos.

Por último, cabe señalar que, si bien la aplicación del sistema CRS supone un avance significativo en la lucha contra la evasión y la elusión fiscales, al permitir a los Estados recibir información financiera previamente inaccesible, no es menos cierto que la complejidad de esta iniciativa también conlleva desafíos y observaciones críticas que deben abordarse con profundidad. De ahí la relevancia de evaluar cuidadosamente las siguientes cuestiones:

1. La existencia de una cierta falta de claridad respecto a las limitaciones a las obligaciones tributarias en el Modelo de CDI de la OCDE, en los numerosos CDI suscritos y en las disposiciones con-

stitucionales. De ahí, la importancia de prever criterios específicos y claros que definan el alcance de dichas obligaciones.

2. El intercambio de información tributaria con países que: (a) mantienen una presión tributaria excesiva (algunos autores llegan incluso a abogar por la inclusión de cláusulas de salvaguarda en el CRS para proteger a los contribuyentes residentes en jurisdicciones con elevadas cargas fiscales, como aquellas que superan el 75% de carga tributaria); (b) aplican impuestos a los subsidios estatales; y/o (c) recogen sanciones tributarias desproporcionadas.

3. La falta de eficiencia (definida por la consecución de los objetivos propuestos y la utilización óptima de los recursos asignados) en el uso de los recursos fiscales de algunos de los países que participan en el CRS. De este modo, podría ser conveniente plantearse el condicionar el acceso al CRS de aquellos países que no alcanzan ciertos niveles de eficiencia, a que muestren una mejoría en el uso de sus recursos.

4. Las posibles consecuencias para el adecuado funcionamiento del CRS de: (a) la existencia de asimetrías en los efectos de los cambios de residencia fiscal, puesto que no todos los países mantienen una vinculación indefinida con sus nacionales después de este tipo de cambio; y (b) el impacto en la presión fiscal del transfuguismo político, ya que la falta de oposición efectiva en muchos países puede conducir a procesos de reforma tributaria sin contrapesos derivados de la participación ciudadana.

Como Andrade subraya, una evaluación detallada de estas cuestiones podría, eventualmente, justificar la introducción de algunos ajustes en el CRS, puesto que su aplicación no solo implica beneficios en la lucha contra la evasión fiscal, sino también desafíos complejos que requieren un análisis y consideración profundos sobre la oportunidad de incluir ciertas cláusulas de salvaguarda para proteger los derechos de los contribuyentes y garantizar la eficacia del sistema²⁵.

²⁵ Si bien no se ha abordado pormenorizadamente en esta obra, conviene hacer también referencia en materia de cooperación internacional sobre intercambio de información tributaria entre Estados y con organizaciones internacionales, al Programa *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), iniciado por

la OCDE en 2012 a petición del G20, y en el que se incluyen toda una serie de acciones para prevenir el traslado de beneficios de una jurisdicción a otra y evitar así que se erosione la base imponible (todo ello, teniendo en cuenta que existen distintos estudios sobre la relación entre el traslado de beneficios y la corrupción, pues esta última facilita dicho traslado). Para su aplicación, la OCDE ha adoptado la Convención Multilateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales Destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (2016). Además, ha organizado en los últimos años diversos foros internacionales con países miembros y no miembros sobre el cumplimiento de los estándares mínimos en esta materia, con miras a incrementar la eficacia del Programa BEPS en la lucha contra el traslado de beneficios e, indirectamente, contra las prácticas corruptas que lo facilitan. Como Buitrago & Hernández (2021) señalan, entre las medidas recogidas en el Programa BEPS, cabe destacar las siguientes por su potencial para limitar estos fenómenos, dado que contribuyen a dotar de una mayor trazabilidad a las operaciones financieras y a las transferencias bancarias:

1. La presentación por los Estados miembros a la OCDE de informes sobre: (a) las decisiones administrativas que conceden tratamientos preferenciales en favor de ciertos contribuyentes en materia de régimen de precios de transferencia, establecimientos permanentes, u otros que puedan generar un traslado de beneficios ante la falta de un intercambio espontáneo de información (acción 5); (b) el régimen de los precios de transferencia para cada país (acción 13).
2. La presentación por las empresas o grupos multinacionales ante las autoridades tributarias de los Estados miembros de la OCDE donde tienen presencia (y estos últimos ante la OCDE), de información financiera sobre sus subsidiarias, facilitando así a las autoridades el rastreo de la trazabilidad de las operaciones y la identificación de cómo se han manejado y dispuesto los recursos, lo que favorece la lucha anticorrupción (acción 13).
3. La presentación por las IFs y otros sujetos obligados (incluyendo ciertos grupos de profesionales que pueden actuar como intermediarios o facilitadores, como, por ejemplo, los asesores fiscales) ante las autoridades tributarias de los Estados miembros de la OCDE (y, estos últimos, ante la propia OCDE) de informes sobre los esquemas de planeación tributaria agresiva desarrollados por los contribuyentes, explicando el funcionamiento del esquema e identificando a sus promotores (esta medida también puede ser una herramienta eficaz para detectar donde se ocultan los recursos obtenidos ilícitamente, al permitir el rastreo de los ingresos en el esquema) (acción 12).
4. La adopción de otras medidas que no están relacionadas con el intercambio de información: (a) la adopción por los Estados miembros de la

6. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ROBADOS MEDIANTE PRÁCTICAS CORRUPTAS

6.1. *La aplicación de las acciones recomendadas por el GAFI y los informes de seguimiento del GAFILAT*

6.1.1. Primera aproximación al GAFI y sus recomendaciones

Como Varela y Serrano (capítulo 5) explican, el lavado de activos es el último eslabón de la cadena de actividades delictivas, y está conformado por tres fases principales: (a) la colocación de activos ilícitos en el sistema financiero; (b) la estratificación mediante transacciones financieras complejas; y (c) la integración de los fondos de procedencia ilícita en la economía sin que sea posible distinguirlos de los fondos lícitos. Su impacto negativo en la economía y en la estabilidad política es profundo, y su magnitud supera con frecuencia la capacidad de respuesta de los gobiernos actuando individualmente, lo que favorece su utilización para financiar todo tipo de actividades delictivas transnacionales. De esta manera, el problema de la cor-

OCDE de medidas para evitar el abuso de los CDIs a través, por ejemplo, de prestar declaración falsa sobre la residencia (acción 6) o de recurrir al *treaty shopping* (en particular, adoptando las cláusulas generales antiabuso recogidas en el modelo de CDI de la OCDE y las denominadas cláusulas sobre el propósito principal, que permiten excluir del ámbito de aplicación de los CDIs aquellas estrategias que buscan obtener un beneficio exclusivamente fiscal); y (b) la exigencia de incurrir en ciertos costos y gastos asociados a la investigación y desarrollo para que los contribuyentes puedan beneficiarse en los Estados miembros de la OCDE de los regímenes especiales de la propiedad intelectual (acción 5).

Todas estas medidas se dirigen, en definitiva, a permitir un mejor rastreo de las operaciones financieras, las transacciones bancarias y los esquemas agresivos de planeación tributaria, lo que, a su vez, facilitaría: (a) la identificación del origen de los recursos y sus beneficiarios finales o efectivos; (b) la detección de los delitos relativos a las prácticas de corrupción; y (c) la prevención y limitación de este tipo de prácticas.

rupción alcanza su máxima expresión como consecuencia de que las autoridades estatales, los funcionarios públicos, los accionistas, los directivos y los empleados de las empresas privadas, así como las corporaciones multinacionales y las organizaciones transnacionales, recurren al sistema financiero internacional para desarrollar sus negocios ilícitos.

En este contexto, un sistema efectivo contra el lavado de activos puede ayudar a disuadir las prácticas de corrupción elevando sus costos y dificultando el ocultamiento de los fondos ilícitos. Para ello, la coordinación entre las IFs y los supervisores a nivel global es esencial, y es allí donde el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) juega un papel central, tratando de establecer estándares y requisitos mínimos para que los países miembros combatan el uso indebido del sistema financiero internacional para facilitar el lavado de activos (con 36 Estados miembros y la participación de observadores como la ONU e Interpol, el GAFI promueve reglas y prácticas operativas para fortalecer los regímenes normativos). Además, sus subdivisiones o “miembros asociados”, como el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) adaptan sus propuestas a los contextos regionales específicos, manteniendo cada Estado la facultad de ajustarlas a sus prioridades y necesidades, ya que se trata de recomendaciones de *soft-law* que pueden dar lugar a soluciones propias para cada país (si bien, pueden llegar también a generar, en ocasiones, reformas normativas de *hard-law*).

Las 40 recomendaciones del GAFI, publicadas inicialmente en 1990 y revisadas en 1996, 2001, 2003, 2012 y 2023²⁶, se dividen en tres categorías principales según su objeto. En primer lugar se encuentran las recomendaciones que abordan el marco legal con el fin de dar un tratamiento integral al lavado de activos mediante su prohibición y sanción a través de normas que: (a) definen las conductas ilícitas como delitos graves y tipifican el lavado de activos según lo previsto en las Convenciones de Viena (1988) y Palermo (2000) (recomendación 3); (b) diseñan medidas cautelares para embargar

²⁶ Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se modificaron en marzo de 2023 para adaptarse a las necesidades de la economía y las organizaciones actuales.

o decomisar bienes ilícitos, habilitando su identificación, bloqueo y decomiso incluso sin necesidad de sentencias penales condenatorias (recomendación 4); (c) consagran excepciones al secreto bancario en relación con las investigaciones relativas al lavado de activos y los delitos conexos (recomendación 9); y (d) establecen sanciones de distinta naturaleza (civiles, penales y administrativas) para las IFs que no cumplan con los estándares (recomendación 35) o violen las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) (recomendaciones 6 y 7).

En segundo lugar, están las recomendaciones que abordan el marco institucional, así como las funciones propias de las IFs y sus reguladores, como la evaluación de riesgos, la cooperación doméstica, el cumplimiento de la ley y la cooperación internacional (recomendaciones 1, 2, 26 y 27).

En tercer lugar, se encuentran las recomendaciones relativas a ciertas prácticas restrictivas, que incluyen, entre otras, las siguientes:

1. Imponer a las IFs la obligación de aplicar las medidas de diligencia debida y el mantenimiento de registros contables dirigidos a recopilar, ordenar y mantener la información sobre sus clientes, y la naturaleza y el origen de sus relaciones con la respectiva IF (esto con el fin de que puedan evaluar los riesgos y descubrir a los beneficiarios finales o efectivos de las transacciones financieras, para así estar en posición de identificar las operaciones sospechosas y tomar decisiones informadas al respecto) (recomendaciones 10 y 11).

2. Imponer a las IFs el deber de adoptar medidas especiales en relación con los clientes y las actividades que generan un mayor riesgo, como las PEPs, la banca corresponsal, las transferencias internacionales de dinero o valores, las nuevas tecnologías y las operaciones electrónicas cada vez más frecuentes (destacando la importancia de un monitoreo permanente y efectivo sobre las transacciones financieras) (recomendaciones 12 a 15).

3. Regular la delegación de las tareas de diligencia debida a terceros, la implementación de las medidas preventivas en las empresas subsidiarias, filiales y sucursales, y el incremento de las medidas respecto de las transacciones con personas de países considerados de alto riesgo por el GAFI (recomendaciones 17 a 19).

4. Imponer a las IFs el deber de reportar las transacciones sospechosas y proteger a estas instituciones, sus directores y sus administradores frente a posibles responsabilidades penales y civiles derivada de la divulgación de información restringida, si se realiza de buena fe en el marco de las investigaciones contra el lavado de activos (recomendaciones 20 y 21).

5. Imponer a las IFs la obligación de identificar a los beneficiarios finales o efectivos de cualquier persona jurídica o fideicomiso, de modo que se conozca la titularidad real que tiene el control efectivo de las personas jurídicas (incluidos, los vehículos *offshore*), lo cual es esencial para prevenir el uso de este tipo de estructuras en el lavado de activos y los delitos conexos (recomendaciones 24 y 25).

6. Regular el monitoreo de las profesiones y negocios no financieros, de manera que las recomendaciones sobre la diligencia debida y los registros contables sean también aplicables, dado su alto riesgo para el lavado de activos, a las actividades y profesiones no financieras designadas, incluyendo, entre otros, asesores fiscales, agentes inmobiliarios, casinos, comerciantes de metales preciosos, abogados, notarios, contadores, agentes fiduciarios y proveedores de servicios postales o de domicilios (Recomendación 28).

Todas las recomendaciones son hechas conforme a un enfoque basado en riesgos (EBR), lo que permite a los países adoptarlas de manera flexible según los riesgos detectados en un cierto periodo. Por ejemplo, las recomendaciones sobre la identificación de los beneficiarios finales o efectivos y sobre los reportes de distintos tipos de transacciones no deben extenderse a la totalidad de las operaciones del sistema, sino únicamente a un grupo de alto riesgo identificado conforme a un modelo de gestión de riesgos. No obstante, como señalan Varela y Serrano, en América Latina se han enfrentado grandes desafíos para aplicar las recomendaciones en un plazo razonable, adoptando, con relativa frecuencia, enfoques excesivamente restrictivos, que desaprovechan la flexibilidad propuesta por el GAFI.

En cuanto al ámbito regional, destaca la importancia del GAFILAT, establecido en el año 2000 en Cartagena (Colombia) como un subgrupo del GAFI surgido de un acuerdo entre nueve países de América del Sur, por lo que se denominó inicialmente GAFISUD. En la actu-

alidad cuenta con la participación de 17 países de la región, y, a diferencia del GAFI, se centra en asesorar a los gobiernos de cada país, adaptando las políticas y estándares del GAFI a sus particularidades.

El GAFILAT, que emite también informes periódicos sobre el grado de aplicación de las recomendaciones dadas en los tres ejes propuestos por el GAFI (legal, institucional y prácticas restrictivas), enfrenta desafíos considerables en la región, donde la prevención de delitos como el lavado de activos presenta retos significativos, como muestra, por ejemplo, el escándalo de los *Panama Papers* (2016), que reveló la existencia de más de 214.000 vehículos *offshore* en Panamá (algunos de los cuales involucraban a prominentes líderes políticos de la región y eran utilizados en esquemas de lavado de activos y evasión de impuestos).

Como Varela y Serrano subrayan, en la mayoría de los informes analizados sobre Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú (Estados seleccionados por su especial relevancia en la región debido a su tamaño, población y peso político y económico), estos países reciben una calificación de “parcialmente cumplida”, indicando que no se ha avanzado lo suficiente en su aplicación, lo que afecta a aspectos tan importantes como la regulación de las nuevas tecnologías y la supervisión de los profesionales del derecho, los contadores y los servicios postales (cabe destacar cómo, la falta de desarrollos legislativos o reglamentarios en estas áreas, limita la eficacia de las autoridades de vigilancia para identificar a tiempo las prácticas prohibidas de lavado de activos)²⁷.

²⁷ Para ello, como Varela y Serrano explican, han utilizado una metodología comparativo-normativa, que les permite evaluar la aplicación de las recomendaciones en cada país, comparando el estado de avance y los resultados obtenidos. Esta información se basa en los Reportes de Evaluación Mutua del GAFI/GAFILAT (MERs) y Seguimiento (FURs) elaborados por el GAFI, que analizan el nivel de cumplimiento de las recomendaciones en cada jurisdicción. Como los autores explican, el GAFI elabora los MERs y FURs basándose en la información proporcionada por los entes de control de cada jurisdicción. Las evaluaciones siguen una metodología que incorpora materiales proporcionados por el país evaluado, incluyendo leyes y reglamentos, y reportes desarrollados por equipos que visitan el país para reunirse con funcionarios y representantes del sector privado durante apro-

Además, los puntajes del GAFILAT son significativamente inferiores en comparación con los de la mayoría de los países de Europa y Asia, que han implementado medidas más efectivas contra el lavado de activos y los delitos conexos. De hecho, llama la atención como las economías consideradas “más avanzadas” en América Latina, como la chilena, presentan menores niveles de aplicación de las recomendaciones del GAFI que ciertas economías menos consolidadas como la colombiana.

6.1.2. Los resultados de las evaluaciones de cumplimiento del GAFILAT en relación con las recomendaciones del GAFI sobre el marco legal, el marco institucional y las prácticas restrictivas

6.1.2.1. Resultados relativos a las recomendaciones sobre el marco legal

Como Varela y Serrano señalan, el marco jurídico que proscribe el lavado de activos en América Latina está consolidado. Así, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú han adoptado leyes y regulaciones que castigan estas conductas desde hace varias décadas. Sin embargo, como reflejan los informes del GAFILAT, su nivel de aplicación efectiva varía notablemente entre países y a lo largo del tiempo, destacando, en particular, las diferencias existentes en el tratamiento judicial, administrativo y policial de estas conductas en los países mencionados.

ximadamente una semana. El GAFI aplica calificaciones resumidas en una tabla, donde se evalúa el grado de cumplimiento de cada recomendación en el país: (a) cumplida (C), lo que quiere decir que la recomendación se observa completamente respecto a todos los criterios esenciales; (b) mayormente cumplida (MC), donde se evidencia la existencia de diferencias menores, con la gran mayoría de criterios esenciales cumplidos totalmente; (c) parcialmente cumplida (PC), donde el país ha tomado algunas medidas sustantivas y cumple con algunos de los criterios esenciales; (d) no cumplida (NC), donde se evidencian deficiencias importantes, sin cumplimiento de la gran mayoría de los criterios esenciales; y (e) no aplicable (NA), donde no se aplica un requisito debido a características estructurales, legales o institucionales del país.

Así, por ejemplo, en Chile, no se distingue entre procesos penales ordinarios y casos de lavado de activos a la hora de solicitar medidas cautelares, mientras que, en Colombia, los activos asociados al lavado pueden ser objeto de un proceso de extinción de dominio desde el inicio de la investigación, con el fin de que su propiedad pase al Estado y puedan ser así utilizados en la reparación de las víctimas o en la aplicación de las medidas de prevención de las actividades criminales. Por su parte, Brasil y Argentina, que no cuentan con instituciones similares, atribuyen una amplia discrecionalidad a sus jueces para adoptar las medidas cautelares, lo que genera un alto riesgo de falta de coherencia en su aplicación.

Respecto al secreto bancario, los países latinoamericanos difieren también en su enfoque. Así, por ejemplo, la Ley 20697 de Argentina señala que no se puede invocar el secreto bancario para ocultar una operación que sea calificada como sospechosa. Esto significa que las IFs son las llamadas a identificar las situaciones de riesgo de lavado de activos y determinar si son o no sospechosas, lo que en la práctica puede conducir a un cumplimiento parcial de la recomendación, debido a la imposibilidad de tener información sobre aquellas operaciones que no sean calificadas como sospechosas y, por consiguiente, no estén sujetas a reporte ante las autoridades responsables.

Algo similar ocurre en Brasil, donde las IFs solo tienen el deber de reportar las operaciones calificadas como sospechosas (Ley 105 (2011)), mientras que el secreto bancario, que tiene protección constitucional, solo puede levantarse cuando se abra una investigación (si bien, a diferencia de Argentina, dichas entidades han suscrito también convenios para compartir información bancaria sobre cualquier transacción que pueda ser fraudulenta). En contraposición, México ha facultado a todas las entidades gubernamentales encargadas de investigar operaciones sospechosas para levantar el secreto bancario, lo que le ha llevado a liderar este tipo de acciones en la región.

En materia de sanciones, no existe un estándar único en la región para castigar conductas relacionadas con lavado de activos: las sanciones penales o administrativas varían significativamente entre los países, lo que plantea importantes desafíos en términos de armonización. Así, en el ámbito penal, los máximos y mínimos de

las penas privativas de libertad son diferentes en cada país, lo cual es fruto en gran medida de: (a) el tratamiento del concurso con otros delitos; (b) los topes máximos para este tipo de penas en la legislación nacional; y (c) las medidas de reducción de pena o prisión domiciliaria.

Por su parte, en el ámbito administrativo las variaciones son incluso mayores. Así, por ejemplo, en Brasil, el Banco Central (BACEN) puede imponer cancelaciones de matrícula, suspensiones, prohibiciones y multas, mientras que, en Colombia, se puede solicitar un embargo patrimonial en los registros públicos. Por su parte, en México es posible adelantar procesos rápidos que conduzcan al decomiso.

En definitiva, los informes del GAFILAT revelan que, en la región, solo se cumplen parcialmente las recomendaciones relativas a la previsión de tipos penales lo suficientemente amplios. A lo que hay que sumar su escasa disuasión cuando no incluyen penas suficientemente graves, así como las notables dificultades existentes en el desarrollo de las investigaciones y enjuiciamiento penales por lavado de activos.

El régimen de las medidas cautelares presenta también problemas similares porque en varios de los países analizados no se brindan facultades suficientemente amplias a los funcionarios para su aplicación, y, cuando se hace, no se aplican de manera eficiente.

De esta manera, a pesar de que todos los países analizados han suscrito las Convenciones de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003), la cuales establecen un marco jurídico adecuado para poder colaborar en el desarrollo de investigaciones conjuntas, no se ha podido materializar en la práctica todavía una cooperación efectiva entre los países de la región (lo que se refleja en la ausencia de un flujo suficiente de información entre los mismos), debido, en gran medida, a la heterogeneidad con la que han implementado lo previsto en las mencionadas Convenciones en materia de tipos penales, medidas cautelares y sanciones penales y administrativas.

6.1.2.2. *Resultados relativos a las recomendaciones sobre el marco institucional*

Como Varela y Serrano indican, los informes del GAFILAT relativos al marco institucional²⁸ reflejan que existe en los países analizados una notable confusión en la distribución de funciones y responsabilidades en materia de prevención del lavado de activos, especialmente en lo que se refiere al registro de información, las obligaciones de reporte y las medidas que frente a las actividades sospechosas pueden aplicar las distintas entidades competentes. Además, la multiplicidad de instituciones oficiales responsables exacerba el problema, generando desafíos de coordinación entre entidades autónomas que se resisten a compartir información o a tomar medidas conjuntas.

Junto a lo anterior, se han detectado también problemas importantes a la hora de aplicar las siguientes recomendaciones: (a) la obligación de mantener registros de información sobre las IFs y el derecho a solicitar acceso a los mismos; (b) la eliminación de las limitaciones a la adopción y aplicación de las medidas preventivas; y (c) la necesidad de garantizar una comunicación y un flujo de información eficientes entre las distintas entidades para facilitar la cooperación al evaluar los riesgos y tomar las decisiones.

Estos problemas se extienden también a la cooperación internacional, donde sigue siendo insuficiente el nivel de cooperación entre las autoridades de los países de la región analizados, con el fin de aplicar las medidas necesarias para detectar las actividades sospechosas o, cuando son detectadas, tomar acciones conjuntas en instancias de cambio de divisas o transacciones internacionales (que, cada vez con más frecuencia, tienen lugar por medios electrónicos). Como resultado, en muchos casos, las medidas resultan insuficientes o pasan por alto los parámetros establecidos en las recomendaciones

²⁸ En la evaluación de las recomendaciones institucionales, los MERs utilizan registros de actividades de las autoridades estatales, normativas que asignan funciones y el grado de eficiencia en la distribución de funciones y la cooperación entre autoridades.

6.1.2.3. Resultados relativos a las recomendaciones en materia de prácticas restrictivas

Como Varela y Serrano subrayan, en materia de prácticas restrictivas, los informes del GAFILAT muestran que estas constituyen un desafío esencial al impedir una adecuada aplicación de las recomendaciones antilavado, lo que puede generar barreras prácticas y operativas que impidan desde su inicio cualquier intento por perseguir la criminalidad financiera en una determinada jurisdicción nacional.

Así, en primer lugar, en materia de recopilación de la información sobre los clientes, se reflejan diferencias muy significativas entre los países objeto de análisis. De este modo, mientras en Argentina la legislación asigna a las IFs la carga de conservar la documentación que ha permitido la identificación, sin que sea claro el procedimiento para su revelación y entrega a las autoridades, en Brasil, donde las IFs tienen un deber de conservación similar a Argentina, es el Banco Central (BACEN) quien determina en qué circunstancias se debe revelar la información recogida sobre los consumidores financieros. Por su parte, en Chile y Colombia existe una prohibición expresa para que las IFs no coloquen sus productos sin antes verificar los datos de los consumidores, lo que debe permitir que la entidad conozca desde el principio con quienes trata (*know your client*). Finalmente, en México, se permite que cuentas con pocos fondos sean abiertas y administradas sin obtener mayor información sobre los clientes, lo que incrementa los riesgos para las IFs y sus actividades.

En segundo lugar, en materia de estudios previos o diligencia debida, estos constituyen todavía una práctica restrictiva que sigue generando gran recelo en la región. Así, subsisten dudas sobre su utilidad y aplicación, y los países no están de acuerdo sobre si su tercerización es conveniente o deseable (en particular, si la tercerización se realiza con entidades ubicadas en el extranjero). Como resultado, mientras en Argentina no existe una prohibición expresa para delegar este tipo de actividades siempre que sus resultados sean compartidos con las autoridades, en Brasil las IFs no pueden delegar esta tarea y debe existir un comisario o administrador que sea parte de la estructura corporativa de cada institución financiera y supervise el desarrollo de estas actividades.

Algo similar ocurre en Chile donde, en el caso de negocios de cierta cuantía o que involucren a grupos empresariales, la institución debe designar un funcionario de alto nivel que analice la información suministrada antes de tomar una decisión sobre los mismos. Finalmente, en Colombia se ha adoptado una solución mixta, según la cual las IFs deben adelantar sus propios procesos de diligencia debida (para lo cual pueden utilizar también la información recogida en las bases de datos públicas), pero los encargados dentro de la institución pueden capacitarse internacionalmente.

En tercer lugar, es sin duda en el monitoreo de las actividades y profesiones no financieras designadas donde se observa la tasa más baja de cumplimiento de las recomendaciones GAFI en la región. De esta manera, mientras Argentina carece de regulación al respecto, Brasil reconoce que algunas profesiones pueden ser instrumentales en el lavado de activos (abogados, notarios, contadores, agentes empresariales e inmobiliarios o comerciantes de joyas, entre otros), pero en la práctica no se les aplican las normas antilavado. Por su parte, Chile y Colombia han centrado su atención en los riesgos de las actividades de los casinos y los juegos de azar (habiendo establecido ciertas restricciones, como los permisos de operación y el estudio previo de los antecedentes de los administradores y los accionistas), pero han descuidado otras actividades y profesiones que implican riesgos igualmente altos, como las inmobiliarias y de compraventa de joyas, a las que no se aplican estas restricciones.

Como resultado, es evidente la falta de compromiso para ampliar la normativa antilavado a profesiones y actividades que resultan indispensables para el desarrollo de las operaciones de lavado de activos. Los desafíos son, ciertamente, muy grandes, dado el alto número de profesionales y la baja capacidad de regulación estatal o de autorregulación donde existe la colegiatura obligatoria de ciertas profesiones. Así mismo, la dispersión territorial de ciertas actividades como la compraventa de joyas y las operaciones inmobiliarias dificulta todavía más su control. Además, por si esto fuera poco, existen también disposiciones sobre secreto profesional que pueden terminar protegiendo a los abogados o contadores involucrados en las actividades ilícitas.

Desafortunadamente, como Varela y Serrano señalan, las actuaciones en esta materia se limitan a responder a escándalos o crisis específicas como consecuencia de la presión de los medios de comunicación o de las redes sociales, pero está muy lejos de reflejar una aproximación coherente al problema. De ahí, la necesidad de que el GAFILAT y sus Estados miembros hagan mucho más énfasis sobre esta cuestión.

6.1.3. Reflexiones críticas sobre el proceso de elaboración e implementación de los informes del GAFILAT: especial atención a la falta de claridad en la metodología de recopilación y análisis de datos en sus evaluaciones y al incumplimiento del principio de proporcionalidad

El análisis de los informes del GAFILAT revela un cumplimiento parcial de las recomendaciones por los países analizados. Así, mientras la falta de voluntad política no parece ser un obstáculo significativo (ya que todos los gobiernos han ratificado su compromiso con el GAFI), son, más bien, las barreras jurídicas y/o institucionales locales las que parecen estar generando mayores obstáculos (si bien algunos países han logrado superarlas gradualmente con reformas cuya consolidación ha llevado tiempo).

Sin embargo, como Varela y Serrano señalan, no puede dejar de mencionarse que la rigidez y la burocracia en la metodología de los informes de seguimiento continúa siendo un problema importante, porque estos informes, redactados después de las visitas por funcionarios del GAFILAT, se basan principalmente en la información proporcionada por los organismos gubernamentales de enlace, limitando la capacidad del propio GAFILAT para examinar otras fuentes valiosas. Además, la metodología actual no parece adaptarse a la realidad regional, lo que afecta a la efectividad de los informes y a la comprensión integral de los desafíos en materia de lavado de activos. Esta falta de conexión entre una realidad regional dinámica y una metodología excesivamente rígida muestra la necesidad de enfoques más flexibles y contextualizados.

En este sentido, cabe destacar que la asimetría entre los resultados de los países latinoamericanos, por un lado, y europeos y asiáticos, por otro, en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones del GAFI es el resultado, al menos parcialmente, de la falta de claridad en la metodología de recolección y análisis de datos utilizada en las evaluaciones. Esta falta de uniformidad metodológica se refleja en la disparidad de las calificaciones dadas a un mismo país con respecto al grado de cumplimiento de las distintas recomendaciones. Así, por ejemplo, llama la atención la diferencia en las calificaciones de Perú y Colombia en relación con la recomendación sobre reportes de operaciones sospechosas (ROS) (mientras Perú recibió una calificación de «cumplida», Colombia fue calificada como «mayoritariamente cumplida»), cuando la única diferencia reflejada en los informes del GAFILAT se limita a la diversa naturaleza (legislativa o administrativa) de las fuentes de las obligaciones establecidas en esta materia en ambos países (afectando con ello a la aplicación uniforme de los criterios de evaluación).

Esto puede generar confusión sobre la aplicación efectiva de las recomendaciones del GAFI en los distintos países y sus avances en las políticas antilavado. Además, ante la falta de coherencia en la evaluación de un mismo país, es necesario dotarse de criterios preestablecidos que se apliquen de manera más uniforme en la evaluación del nivel de cumplimiento. Estos problemas metodológicos y el gran margen de autonomía frente a las recomendaciones del GAFILAT generan dudas sobre la implementación efectiva de las recomendaciones, sobre todo ante la ausencia de puntos de referencia claros para su ejecución.

Por ello, parece necesaria una revisión de la metodología actual en la elaboración de los informes para poder incluir elementos que reflejen la complejidad regional, y permitan una evaluación más precisa, actualizada y coherente, aprovechando las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Además, si bien los organismos intergubernamentales que proponen políticas internacionales a menudo se basan en las experiencias de los países industrializados con sistemas más complejos, el principio de proporcionalidad destaca la importancia de adaptar estas sugerencias a los contextos específicos. Este principio es especial-

mente importante en materia de regulación financiera, donde el recurso a normas internacionales más flexibles, como las de *soft-law* (en lugar de normas más estrictas y con mayor fuerza vinculante como las de *hard-law*), constituye una herramienta esencial para influir en la formulación de las políticas públicas domésticas.

En este contexto, el principio de proporcionalidad implica que la regulación debe ajustarse al entorno institucional y a la capacidad de supervisión de cada país, evitando intervenciones excesivas que generen costos de cumplimiento muy altos, lo que, a su vez, pueda redundar en la aplicación de normas arbitrarias, reforzando, de esta manera, la incapacidad institucional para implementar políticas públicas (todo ello fruto de desconocer el principio de proporcionalidad). De hecho, no son pocos los autores y profesionales que atribuyen las deficiencias en el cumplimiento por los países latinoamericanos de las recomendaciones del GAFI a la falta de aplicación de este principio, ya que las mismas podrían no estar adecuadamente adaptadas al nivel institucional y a la capacidad real de cumplimiento de los países de la región.

En contraste, como Varela y Serrano exponen, una parte importante de la doctrina norteamericana y europea considera que las causas del incumplimiento de las recomendaciones del GAFI en América Latina no se limitan a una inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad. De hecho, uno de los problemas que señalan es que los encargados de desarrollar estas recomendaciones carecen, con relativa frecuencia, del conocimiento y la experiencia necesarios con los métodos de lavado de activos (asimismo, la aplicación de las normas carece de una relación simbiótica con los reguladores, dificultando con ello todavía más su implementación).

Así mismo, autores como Manning afirman que los bajos niveles de cumplimiento pueden deberse a las incoherencias en el desarrollo de las políticas, o a un menor nivel de seguimiento que el que se observa en los países cumplidores, mientras que otros como Koster abogan por implementar mecanismos más fuertes para mejorar la supervisión y la cooperación internacional. Además, no faltan quienes, como Cassara, argumentan que el verdadero problema radica en la falta de capacidad para tratar la información de las actividades sospechosas, haciendo ineficientes las medidas desplegadas.

Junto a lo anterior, Varela y Serrano subrayan la existencia de un factor adicional que explica, en buena medida, el relativamente alto nivel de incumplimiento de las recomendaciones del GAFI en América Latina, y que tienen que ver con la falta de recursos para financiar adecuadamente la coordinación y aplicación de las acciones recomendadas (de ahí, la importancia de la cooperación internacional de terceros países para fortalecer las articulaciones institucionales y las relaciones entre reguladores e IFs).

En definitiva, a la luz de lo expuesto, no se puede sino afirmar que las causas del relativamente bajo nivel de cumplimiento actual de los países latinoamericanos con las recomendaciones del GAFI son múltiples y variadas, y que, por tanto, requieren ser abordadas a través de una estrategia multidimensional.

En todo caso, cabe señalar que, a pesar de las dificultades y problemas observados, las propuestas del GAFI y del GAFILAT han sido útiles para abordar varios de los aspectos relativos al lavado de activos, permitiendo a los reguladores y a las IFs enfrentar estas amenazas de maneras más coherente y colaborativa (los casos Montesinos en Perú y Odebrecht en Brasil, donde se bloquearon activos y se lograron decomisar fondos asociados a actividades ilícitas, son un buen ejemplo).

Sin embargo, como los autores apuntan, los desafíos son todavía muy grandes, destacando sobre todo los persistentes en las actividades y profesiones no financieras designadas, como refleja el caso *Panamá Papers*. Además, el crecimiento de los activos y los canales digitales supone un nuevo desafío, exigiendo que el GAFI refuerce sus mecanismos para desarrollar «alertas tempranas», ya que, a pesar de sus más de 30 años de existencia, la relación entre el diseño y la aplicación de las recomendaciones (y sobre todo el respeto al principio de proporcionalidad arriba mencionado) continúa siendo una asignatura pendiente, que dificulta la aplicación de los sistemas de gestión del riesgo en los países de la región.

De hecho, si consideramos que este tipo de sistemas, como el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo (SARLAFT) y el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del

Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (SAGRILAFI), han sido más útiles que los códigos penales en algunos de los países latinoamericanos para proteger sus sectores real y financiero (debido a su capacidad para adaptarse a la rápida evolución de los esquemas de lavado de activos), es evidente la importancia de resolver las cuestiones arriba planteadas. De lo contrario, su disfuncionalidad en América Latina continuará afectando a la integridad y eficacia de estos sistemas a nivel mundial, obstaculizando los esfuerzos por dismantelar las organizaciones criminales detrás de las actividades de lavado (con independencia de las actuaciones penales que pueda haber en curso).

6.2. El sistema de la Convención de Mérida y el papel central de la cooperación internacional en materia de identificación, embargo, decomiso y restitución de activos robados mediante prácticas corruptas

6.2.1. El sistema de la Convención de Mérida: desarrollos y desafíos

Como Messick señala en el capítulo 6, la Convención de Mérida ofrece una serie de respuestas a la tradicional lentitud e ineficacia del proceso de identificación, decomiso y restitución de los activos robados mediante prácticas de corrupción. Además, establece que la Conferencia de Estados Parte (COSP), en cuanto que órgano rector de la Convención y de la que son miembros los 187 Estados parte, es responsable de supervisar su aplicación y de adoptar las medidas necesarias para mejorar las capacidades de los Estados parte y fortalecer su nivel de cooperación.

A estos efectos, en su primera reunión, celebrada en diciembre de 2006, la COSP estableció el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, cuyo mandato es ayudarla a aplicar las disposiciones de la Convención en esta materia, facilitando el intercambio de información, buenas prácticas e ideas entre los Estados parte. Desde entonces, el Grupo de Trabajo se ha reunido periódicamente y sus recomendaciones han sido especialmente relevantes.

La Convención de Mérida atribuye a los Estados que sufrieron el robo de los activos (Estados víctima) la responsabilidad principal por su búsqueda e identificación, así como por la solicitud de decomiso y restitución a los Estados en cuyo territorio se encuentren (Estados requeridos). No obstante, exige también a todos los Estados parte que colaboren con los Estados víctima para facilitar el desarrollo de estas actividades.

En particular, el art. 46 exige que todos los Estados parte se “presten mutuamente la más amplia asistencia jurídica mutua en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales” encaminadas a restituir activos. Además, les insta a proporcionar espontáneamente cualquier información que tengan y que pueda ayudar a los Estados víctima a localizar y recuperar los activos robados (en lugar de esperar a que estos últimos se la soliciten).

Así mismo, el art. 52 requiere a todos los Estados parte que exijan a los bancos y otras IFs que operen en su territorio que conozcan a las personas físicas y a los beneficiarios finales o efectivos de cualquier cuenta que tenga fondos depositados por encima de un cierto umbral. Además, afirma expresamente la importancia para facilitar la identificación, decomiso y restitución de los activos robados de que cuando los clientes sean, o hayan sido, autoridades o funcionarios públicos o familiares o personas cercanas, las IFs tengan un cuidado especial en asegurarse de que las cuentas tengan fines legítimos, para lo que deben realizar un “examen minucioso” de sus operaciones.

Por su parte, el art. 48 alienta a los Estados parte a establecer redes de organismos encargados de hacer cumplir la ley para facilitar el suministro espontáneo de información a los Estados víctima, mientras que el art. 56 les recomienda también que transmitan espontáneamente a estos últimos la información y materiales relevantes que identifiquen en sus propias investigaciones o procedimientos judiciales. Así mismo, el art. 58 requiere a los Estados parte que consideren la posibilidad de establecer una unidad de inteligencia financiera (UIF) para recopilar y analizar transacciones financieras sospechosas y compartir cualquier análisis que pueda ayudar a los Estados víctima a recuperar los activos robados.

Como Messick subraya, además de estas medidas, el amplio deber de asistencia que la Convención de Mérida impone a todos los Estados parte en favor de los Estados víctima incluye también las siguientes obligaciones:

1. El desarrollo por los Estados requeridos de las actuaciones previstas en el art. 53, el cual les impone el deber de: (a) otorgar a los Estados víctima el derecho a presentar acciones civiles (legitimación activa) ante sus tribunales para que se confisquen y restituyan los activos que se encuentren en su territorio y hayan sido robados mediante cualquiera de los delitos previstos en la Convención; (b) establecer procedimientos que permitan a sus tribunales “ordenar” a quienes hayan cometido dichos delitos que paguen “una indemnización o daños” a los Estados víctima; y (c) tener en cuenta las reclamaciones de propiedad presentadas por estos últimos en relación con los procedimientos de decomiso que se estén adelantando.

2. La restitución cooperativa basada en un acuerdo mutuamente aceptable entre los Estados víctima y requerido (art. 57.5). Estos acuerdos se pueden concertar caso por caso en relación con los activos que se vayan decomisando a lo largo del tiempo (esta disposición es la que se invoca con más frecuencia para la devolución de activos).

3. La restitución obligatoria en virtud del art. 57(3), conforme a la cual, cuando el Estado requerido ha procedido al decomiso de los activos robados con arreglo a lo dispuesto en el art. 55, tiene la obligación de restituirlos al Estado parte víctima cuando:

A) Sean fruto de malversación o peculado de bienes públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados (arts. 17 y 23) y la solicitud del Estado víctima se base en una sentencia firme dictada por sus tribunales (si bien el Estado requerido puede renunciar a este último requisito) (art. 57.3.a).

B) Se trate del producto de cualquier otro delito recogido en la Convención, siempre que: (a) haya una sentencia firme dictada en el Estado víctima (a la que también puede renunciar el Estado requerido); y (b) el Estado víctima acredite razonablemente en su solicitud su previa propiedad sobre los bienes decomisados o el Estado requerido decida reconocer los daños que le han sido causados (art. 57.3.b).

En todos los demás casos (como, por ejemplo, los sobornos a funcionarios del Estado víctima, en los que este último, a pesar de haber sido perjudicado, no tiene, según su legislación interna, un título jurídico sobre el producto del soborno), el Estado requerido tiene la obligación de “considerar prioritariamente” la restitución de los bienes decomisados al Estado víctima o a sus legítimos propietarios, o, alternativamente, la posibilidad de indemnizar a las víctimas de las prácticas de corrupción (art. 57.3.c).

La Guía legislativa de la Convención de Mérida explica que este último escenario se aplica en los casos en los que no se dan las condiciones mencionadas en los dos supuestos anteriores, incluyendo cuando: (a) el Estado víctima no es capaz de probar su previa propiedad sobre los activos; (b) otras personas o entidades han sido también perjudicadas por los delitos de corrupción; (c) el Estado requerido no ha renunciado (o no ha podido renunciar porque se lo impide su normativa interna) al requisito de la sentencia definitiva; o (d) los activos han sido decomisados a iniciativa del Estado requerido o fruto de un acuerdo con el Estado víctima.

Finalmente, es importante tener también en consideración que los tratados de derechos humanos exigen que todos estos procedimientos sean respetuosos de los derechos de quienes tienen reclamaciones sobre los activos robados, sin importar cuán infundadas puedan ser²⁹. El incumplimiento de estas disposiciones por los Estados parte

²⁹ La disposición más amplia aparece en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual obliga a los Estados a garantizar que, en cualquier procedimiento, penal o civil, todas las partes gocen de “una audiencia justa y pública”. Así mismo, el art. 1 del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos habla directamente sobre la equidad de los procedimientos de embargo y decomiso. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), esto significa que cualquier acción judicial para decomisar bienes debe ser compatible con el estado de derecho y ofrecer garantías contra la arbitrariedad. Por su parte, leídos en conjunto, las disposiciones sobre el derecho a un juicio justo y a la propiedad de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 7, 14) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8, 21) exigen también que los procedimientos judiciales de decomiso de bienes respeten los derechos de su titular.

de la Convención de Mérida frustra los esfuerzos de restitución de los activos, e incluso puede impedir la transmisión de información sobre su localización³⁰. Además, al igual que en la asignación de todos los recursos estatales, los tratados de derechos humanos exigen que los activos restituidos se distribuyan de manera responsable, transparente y participativa. Este requisito es también aplicable cuando la restitución se lleva a cabo en virtud de un acuerdo entre los Estados víctima y requerido.

A la luz de todo lo anterior, se puede afirmar, como hace Messick, que la Convención de Mérida, además de destacar la importancia de la cooperación jurídica internacional, atribuye a los tribunales nacionales de los Estados requeridos un papel central en el proceso de identificación, decomiso y restitución de los activos robados mediante prácticas de corrupción, incluyendo la resolución de todas las solicitudes de AME recibidas de los Estados víctima.

6.2.2. Medidas para fortalecer el sistema de cooperación internacional previsto en la Convención de Mérida con el fin de identificar, embargar, decomisar y restituir los activos robados a través de prácticas corruptas

La aplicación de las medidas recogidas en la Convención de Mérida han permitido restituir, en algo menos de veinte años, unos 3.500 millones de dólares en activos robados por funcionarios corruptos en países en desarrollo, tal y como señala la única fuente completa de información en esta materia: la base de datos elaborada por la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) del Banco Mundial (BM) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga

³⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Saccoccia v. Austria* (2013), el TEDH sostuvo que los tribunales austriacos no podían ejecutar una orden de decomiso de activos de los EE.UU. hasta que determinaran de forma independiente si el titular de los activos había sufrido una “flagrante denegación de justicia” en el proceso estadounidense. Del mismo modo, como señala Messick, una solicitud rusa a Suiza para obtener información sobre los activos mantenidos en bancos suizos fue denegada porque se habían violado los derechos humanos del titular de los bienes mientras se encontraba bajo custodia rusa, y también se anuló una orden de congelamiento de esos activos suizos que se habían encontrado.

y el Delito (ONUDD), que recopila información sobre los casos internacionales de recuperación de activos que han sido iniciados con posterioridad a 1980³¹, clasificando la información sobre el inicio de las actuaciones, las víctimas, las cantidades implicadas, la situación de los activos y las disposiciones aplicables de la Convención de Mérida. Según el StAR, las principales recuperaciones incluyen la devolución de activos a países como Angola, Brasil, Guinea Ecuatorial, Kazajstán, Libia, Malasia, Nigeria, Pakistán, Taiwán, Túnez, Uzbekistán y Zambia.

Sin embargo, como Messick subraya, persisten obstáculos muy importantes que afectan de forma muy significativa a la eficacia del proceso de identificación, decomiso y restitución de activos, y que se pueden clasificar en tres categorías principales: (a) las defensas jurídicas empleadas por los funcionarios corruptos para evitar la restitución de los activos robados; (b) el tiempo y los altos costos involucrados para quienes buscan activamente su devolución; y (c) la limitada cooperación y asistencia internacional para su restitución a los Estados víctima.

Para superar estos obstáculos es necesario adoptar toda una serie de medidas dirigidas a agilizar dicho proceso. Entre ellas, y además de abordar el problema de los intermediarios o facilitadores que ha sido analizado en las secciones precedentes, es recomendable la adopción de tres tipos de medidas que, como Messick explica, han sido ya propuestas por uno o más organismos o grupos internacionales.

³¹ La StAR se basa en las presentaciones de los Estados parte, complementadas con información procedente de decisiones judiciales, informes de los medios de comunicación e información recopilada por el personal de la ONUDD y el Banco Mundial (BM). Para cada caso, se solicita información sobre: (a) la fecha en que se inició; (b) la identidad del Estado víctima y del Estado o Estados de posesión; (c) la cantidad recuperada o que se pretende recuperar; (d) si los activos fueron o han sido embargados, decomisados o devueltos; (e) las disposiciones de la Convención que rigen los procedimientos de recuperación; y, si los casos han sido concluidos (f) el texto de cualquier acuerdo sobre la devolución. En cualquier caso, la StAR depende, en gran medida, de que los Estados parte de la Convención proporcionen datos sobre la recuperación de activos, por lo que los datos son tan precisos y completos como la información que proporcionan.

les de expertos en la identificación, decomiso y recuperación de activos: el Grupo de Trabajo de la COSP, la ONUDC, la StAR, las Reuniones Internacionales de Expertos de Addis Abeba sobre la Devolución de Activos Robados, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos, el Grupo de Expertos de la COSP sobre Corrupción que Involucra Grandes Cantidades de Activos, el Foro Global sobre Recuperación de Activos (GFAR) y los Seminarios de Lausana.

6.2.2.1. Medidas para reducir el tiempo y los esfuerzos necesarios para obtener información a través de la cooperación internacional

En primer lugar, es necesario fortalecer los procedimientos de intercambio de información, al tratarse de un elemento esencial en cualquier proceso de identificación, decomiso y restitución de activos robados. Estos no pueden ser restituidos a los Estados víctima a menos que se pueda descubrir dónde están escondidos. Localizarlos requiere a menudo una investigación larga y minuciosa que involucra a múltiples jurisdicciones. Parte de la investigación puede llevarse a cabo de manera rápida y económica a través de mecanismos informales. Sin embargo, ciertos hechos no pueden determinarse por esos medios informales, siendo entonces necesario que los Estados víctima presenten a los Estados requeridos una solicitud formal de AME. Aunque los Estados parte de la Convención de Mérida han logrado avances significativos, aún es posible adoptar, como Messick señala, las siguientes medidas para reducir los esfuerzos necesarios para obtener información mediante solicitudes de cooperación internacional (ya sean formales de AME o informales):

1. Mejorar las oportunidades de intercambios informales. La falta de confianza es la principal barrera para el intercambio informal de información. La existencia de investigaciones, la identidad de los sospechosos y los lugares donde pueden estar ocultos los activos son cuestiones sumamente sensibles porque, si se filtra esta información, los activos y las personas investigadas probablemente desaparecerían. Por ello, el personal encargado de hacer cumplir la ley mantiene un estricto control sobre esta información y solo si está seguro de que puede confiar en que los demás no la revelarán, la compartirá con terceros. La confianza se construye entre este tipo de profesionales

creando oportunidades para que se conozcan entre sí en entornos laborales, y se fortalezcan las interacciones sociales allí generadas³². Para ello, los cursos o seminarios de capacitación para investigadores y fiscales de diversos países son un mecanismo especialmente eficaz³³.

-
- ³² Como Messick expone, existen muchas redes mundiales y regionales de organismos encargados de hacer cumplir la ley, entre las que cabe mencionar las siguientes: *Association of Caribbean Commissioners of Police*, *Association of Southeast Asian Nations Chiefs of Police*, *Camden Assets Recovery Inter-Agency Network*, *Eastern Africa Police Chiefs Cooperation Organization*, *Eurojust*, *European Judicial Network*, *Europol*, *Global Legal Information Network*, *Global Focal Point Network on Asset Recovery* (Interpol-Star), *Hemispheric Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition of the Organization of American States*, *Pacific Transnational Crime Coordination Centre*, *Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional*, *Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa*, *Southeast European Law Enforcement Centre*, *Southern African Regional Police Chiefs Cooperation Organization* y *Sahel Judicial Platform*. Además, el Grupo de Trabajo sobre Recuperación de Activos de la COSP celebra numerosas reuniones cada año y es responsabilidad de los Estados parte promover que el personal responsable de la recuperación de activos asista. Además, deberían también apoyar la creación de más redes regionales y mundiales, así como asegurarse de que el personal pertinente de sus organismos participe en las mismas y se le conceda el tiempo y los recursos necesarios para asistir a las reuniones. Por su parte, los organismos donantes deberían apoyar la creación de redes informales en las que el personal de los organismos anticorrupción y de los departamentos de cooperación jurídica internacional, así como las autoridades penales competentes, de los Estados víctima y de los posibles Estados que albergan a los acusados puedan debatir cuestiones comunes y compartir información (así, por ejemplo, la Agencia Noruega de Ayuda ha financiado la Red de Cazadores de la Corrupción durante más de una década, y sus miembros brasileños atribuyen la recuperación de varios cientos de millones de dólares en el escándalo de Petrobras a las relaciones fomentadas en las reuniones extraoficiales que el grupo celebra dos veces al año).
- ³³ Así, el StAR, la ONUDD y ONGs, como el Centro Internacional para la Recuperación de Activos del Instituto de Basilea y la Academia Internacional Anticorrupción de Viena, ofrecen programas de capacitación abiertos a personal de diferentes países. Se deberían financiar estos y otros esfuerzos similares, dirigidos a desarrollar las relaciones de confianza entre las contrapartes. De manera que fortalecer la confianza sea considerado como una medida de su eficacia en las evaluaciones de los programas.

2. Divulgar información y estadísticas sobre las solicitudes de AME, puesto que no existen atajos en este tipo de procesos (se debe redactar una solicitud y transmitirla al Estado requerido, y este, a su vez, debe recopilar la información y devolverla). Además, las solicitudes deben cumplir con los requisitos del Estado requerido, lo que significa que: (a) deben traducirse a uno de sus idiomas oficiales; (b) tienen que recoger una motivación jurídica suficiente para requerir la información; y (c) deben proporcionar suficiente detalle para que el Estado requerido sepa dónde buscar la información solicitada.

Con la práctica, los Estados han encontrado formas de reducir el tiempo necesario para responder a este tipo de solicitudes. Así, por ejemplo, para garantizar que una solicitud cumpla con su legislación y que no es necesario devolverla por incumplimiento de sus requisitos formales, muchos Estados publican en internet guías sobre su legislación en materia de AME. Además, algunos Estados han ido un paso más allá y revisan y comentan todo borrador de solicitud antes de su presentación formal. Sin embargo, si bien estos esfuerzos son importantes, y deberían ser seguidos por todos los Estados parte de la Convención de Mérida donde se puedan ocultar los activos robados, las demoras en la respuesta a las solicitudes de AME siguen siendo muy frecuentes (según la ONUDD se tarda una media de 6 meses en dar cumplimiento a una solicitud, demorándose en algunos casos hasta más de un año).

Para abordar este problema, los Estados parte deberían publicar estadísticas sobre las solicitudes de AME recibidas, el número de solicitudes devueltas por incumplimiento, el motivo de la devolución y el tiempo medio necesario para dar cumplimiento a una solicitud. Estos datos (que los Estados que reciben gran volumen de solicitudes deberían automatizar), alertarían a los Estados víctima sobre las áreas a las que deben prestar especial atención al redactar sus solicitudes de AME y proporcionarían una clara idea sobre cuánto tiempo puede llevar recibir la información solicitada.

Estos datos también permitirían conocer a los legisladores, los medios de comunicación y la sociedad civil sobre si sus respectivos gobiernos están cooperando plenamente con los Estados víctima en la lucha contra la corrupción y, de no ser así, dónde están las demoras y qué recursos adicionales o enmiendas legislativas se requieren

para garantizar que sus países estén plenamente comprometidos con el proceso de identificación, decomiso y restitución de activos.

3. Designar un punto focal internacional para ayudar con las solicitudes de AME, porque, incluso en las mejores circunstancias, pueden surgir malentendidos y desacuerdos entre los Estados víctima y requerido. Hasta ahora, la ONUDD, el StAR, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos y otros organismos internacionales e intergubernamentales han recurrido a las relaciones personales para resolver las diferencias. Sin embargo, por muy valiosa que haya sido esta experiencia, la sociedad internacional no puede seguir dependiendo de la resolución *ad hoc* de este tipo de disputas, dado el continuo aumento del volumen de solicitudes de AME, razón por la cual es necesario designar un punto focal (ya sea un organismo internacional o intergubernamental existente o uno nuevo) para que sea formalmente responsable de ayudar a los Estados en todo lo relativo al proceso de preparación, presentación y respuesta a dichas solicitudes.

Este punto focal podría, entre otras cosas: (a) albergar un sitio web donde se puedan encontrar guías sobre las leyes de AME de los Estados parte, para que puedan ser consultadas al preparar las solicitudes; (b) recibir preguntas de los Estados víctima para que fueran contestadas por su personal; (c) poner en contacto a las personas responsables de los Estados víctima y requerido para que puedan comunicarse directamente (haciéndose énfasis en la urgencia que pueda tener la tramitación del proceso); (d) mediar en los desacuerdos que pueda haber entre Estados; (e) trabajar con los Estados parte de la Convención de Mérida para modernizar sus leyes de AME a fin de garantizar que puedan responder a las solicitudes de información (al margen de que se soliciten, o no, por una conducta que sea delictiva en el Estado requerido); y (f) promover la derogación en los Estados parte de las disposiciones obsoletas que obstaculizan la eficacia de la cooperación solicitada (por ejemplo, las normas que requieren notificar a los titulares de las cuentas bancarias cuando se solicitan registros de sus operaciones).

El Grupo de Trabajo de la COSP podría asumir esta responsabilidad (con personal de la Secretaría de la Convención de Mérida y de la ONUDD), si bien el StAR o la Oficina del Secretario General de la

ONU también podrían hacerlo, o incluso se podría crear una nueva agencia internacional a estos efectos. En todo caso, lo importante es que exista una entidad responsable de ayudar a los Estados víctima a obtener de manera rápida y sencilla la información y la asistencia que necesitan de los Estados requeridos, y que dicha entidad sea responsable de los resultados.

6.2.2.2. *Medidas para ayudar a los Estados víctima con capacidades limitadas*

En segundo lugar, se requiere ayudar a los Estados con capacidades limitadas para que puedan superar los obstáculos detectados en el proceso de identificación, decomiso y restitución de activos robados. Así, si bien la Convención de Mérida presupone que los Estados víctima tienen tanto la capacidad técnica como los medios políticos para emprender acciones de recuperación de activos contra exfuncionarios corruptos, la práctica internacional ofrece múltiples ejemplos en sentido contrario³⁴. Como resultado, cuando los Estados víctima no han desarrollado todavía plenamente sus capacidades de

³⁴ Como Messick indica, tras la muerte de Mobutu Sese Seko, gobernante de la República Democrática del Congo durante mucho tiempo, las autoridades suizas congelaron las cuentas bancarias de Mobutu para que el nuevo gobierno tuviera tiempo de iniciar los procedimientos de recuperación. Pero a pesar de las reiteradas solicitudes de los funcionarios suizos y de la prestación de asesoramiento experto sobre los procedimientos necesarios para recuperar los fondos, las autoridades de la República Democrática del Congo no pudieron hacerlo y el dinero acabó devolviéndose a la familia de Mobutu (Gobierno de Suiza, n. d.). Este mismo tipo de desafío frustraron los esfuerzos de recuperación de los gobiernos que llegaron al poder tras la Primavera Árabe en Egipto, Libia, Túnez y Yemen, que no pudieron desarrollar la base fáctica y cumplir con los procedimientos legales necesarios para recuperar los activos que sus líderes depuestos y sus familiares y personas cercanas robaron. Las dificultades fueron muchas: desde la falta de un organismo con el mandato o las competencias necesarias para reunir los hechos que demostraran que los bienes habían sido robados, hasta problemas de coordinación entre organismos y la falta de familiaridad con la forma de conseguir la cooperación internacional de los tribunales nacionales que no estaban dispuestos a emitir órdenes de decomiso.

actuación, los activos robados sólo serán identificados, decomisados y restituidos si los Estados en cuyo territorio se encuentran son más proactivos, para lo cual, como Messick señala, se deberían adoptar las siguientes medidas:

1. Promulgar legislaciones nacionales basadas en la *Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets* (2015) de Suiza, que permite a sus autoridades iniciar procedimientos para embargar, decomisar y restituir activos robados cuando el gobierno de un Estado víctima no puede hacerlo, y en particular cuando se cumplan las siguientes cuatro condiciones: (a) parece inevitable que el gobierno del Estado víctima al que pertenecen los funcionarios corruptos vaya a perder el poder, o ya lo ha hecho; (b) la corrupción en dicho gobierno ha sido notoriamente alta; (c) los activos probablemente se adquirieron mediante corrupción, mala administración u otros delitos graves; y (d) los intereses de Suiza requieren su embargo y decomiso.

Cuando el gobierno suizo determina que se cumplen estas condiciones, el Ministerio de Finanzas solicita al Tribunal Administrativo Federal una orden de embargo de los activos, y luego otra de decomiso. Este último no está sujeto a ninguna limitación temporal, y se lleva a cabo con base en la presunción del origen ilícito de los activos, la cual se aplica cuando el tribunal determina que la riqueza de la persona ha aumentado desmesuradamente y que el nivel de corrupción en el país era notoriamente alto durante su mandato³⁵. Esta

³⁵ Según Messick, los esfuerzos de la Unión Europea para ayudar a los gobiernos de Túnez y Egipto que llegaron al poder a raíz de la Primavera Árabe y al gobierno ucraniano que asumió el poder después del colapso del régimen de Yanukovich, muestran por qué otras jurisdicciones deberían promulgar una legislación similar. En ejercicio de su autoridad en virtud de la Política Exterior y de Seguridad Común, el Consejo Europeo ordenó a los Estados miembros embargar los activos de los ex líderes de estos países, sus familiares y asociados. Sin embargo, el poder de decomisar y restituir los activos recae en los Estados miembros de la UE, ninguno de los cuales tiene una ley como la suiza. El decomiso y la restitución dependían, por tanto, de la capacidad de los gobiernos siguientes de presentar pruebas suficientes a las autoridades de los Estados miembros que los justificaran. Cuando los nuevos gobiernos no pudieron, los tribunales nacionales europeos no tuvieron más remedio que ordenar que se levantaran los embargos de activos y que los activos se devolvieran a los corruptos o sus familias.

presunción solo puede ser desvirtuada si el titular demuestra que los activos fueron adquiridos legítimamente con una “probabilidad aplastante”. Una vez firme el decomiso, la normativa suiza requiere que los bienes decomisados sean restituidos al Estado víctima³⁶.

2. Autorizar, como hace la *Criminal Finances Act* (2017) del Reino Unido, la adopción de órdenes de decomiso con respecto a bienes cuya adquisición no puede ser justificada. Esta normativa prevé un régimen especial de decomiso para aquellos activos que se sospecha que provienen de sobornos, lavado de dinero y otros delitos graves. Según la misma, los organismos estatales encargados de hacer cumplir la ley pueden obtener órdenes dirigidas a los sospechosos para que presten declaración (escrita u oral) sobre su interés en los bienes, la manera cómo se adquirieron (incluyendo la forma de pago) y cualquier otra información necesaria para determinar la naturaleza lícita o ilícita de los fondos con los que se compraron. Si los afectados no transmiten la información solicitada, los organismos competentes pueden iniciar una acción civil conforme a la Parte 5 de la *Proceeds of Crime Act* para decomisar la propiedad³⁷. Esto significa la posibilidad de obtener del tribunal competente: (a) una orden de embargo si el origen de los bienes parece sospechoso; y (b) una

³⁶ En Canadá, la Propuesta de Ley S-259 (*Frozen Asset Repurposing Act*) busca ampliar el poder del gobierno federal más allá del que disfruta el ejecutivo suizo en virtud de la mencionada legislación. Al igual que la ley suiza, autoriza al ejecutivo canadiense a iniciar procedimientos para embargar y decomisar activos robados cuando el Estado víctima no puede hacerlo. Pero mientras que la normativa suiza solo prevé su restitución al Estado víctima, la Propuesta de Ley canadiense permite que se utilicen para cualquier causa “justa y apropiada”, incluyendo el uso de los activos en favor de refugiados expulsados de sus países por gobiernos corruptos. Esta última medida es, sin embargo, controvertida al permitir que los activos decomisados no sean restituidos al Estado víctima del que fueron robados.

³⁷ La ley fue invocada por primera vez para exigir a Zamira Hajiyeva que explicara la fuente de los fondos utilizados para comprar un apartamento en Londres de 15 millones de dólares y financiar un viaje de compras de 21 millones (*Zamira Hajiyeva v. National Crime Agency*, 2020). Hajiyeva era una ciudadana azerí que vivía en Londres. Aparentemente desempleada, su esposo, un ex ejecutivo del banco estatal de Azerbaiyán, fue condenado por defraudar masivamente al banco. La ley del Reino Unido establece que, si sus activos son decomisados con éxito, pueden ser devueltos a Azerbaiyán.

orden de decomiso si los bienes se obtuvieron por medios delictivos, la cual solo es emitida cuando el tribunal está convencido de que existen motivos razonables para creer que los afectados no podían permitirse los bienes de que se trate dadas sus fuentes conocidas de ingresos legales. Una vez decomisados, los bienes pueden ser restituidos al Estado víctima.

3. Establecer unidades dedicadas a cooperar con los Estados víctima para buscar, identificar, decomisar y restituir los activos robados, que podrían tener como modelo la unidad creada a estos efectos en 2006 en la Policía Metropolitana del Reino Unido³⁸. Del mismo modo, el Departamento de Justicia de EE.UU. tiene una unidad especial en la Sección Antilavado de su División Penal dedicada a ayudar a los Estados víctima a recuperar activos robados³⁹.

³⁸ En 2006, el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido (DfID) firmó un acuerdo con la Policía Metropolitana para financiar una unidad dentro de esta última para ayudar a los Estados en desarrollo a encontrar y repatriar los activos robados escondidos en el Reino Unido. En la actualidad, el Programa se extiende a través de varias agencias y cubre actividades que van desde inteligencia hasta investigación y presentación de procedimientos en los tribunales del Reino Unido para decomisar activos. El DfID proporciona aproximadamente 21 millones anuales de libras esterlinas para apoyar el programa y el resto proviene de los presupuestos de las agencias participantes. Las cifras de 2017 muestran que el programa congeló 114 libras por cada libra invertida en el mismo (Gobierno del Reino Unido, 2018).

³⁹ Como Messick explica, la Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia abre investigaciones y lleva casos en Estados Unidos para recuperar los ingresos de la corrupción de funcionarios extranjeros. Cuenta con 21 abogados a tiempo completo y fiscales adicionales que trabajan en la iniciativa a tiempo parcial. Recibe el apoyo del Departamento de Seguridad Nacional y del FBI, que estableció un escuadrón internacional contra la corrupción para enfrentar el soborno internacional y la cleptocracia en 2015. De 2011 a 2016, embargó varios miles de millones de dólares en fondos que se cree que son activos robados y confiscó y devolvió cientos de millones a los Estados víctima (Davis, 2016). Entre las restituciones más notables se incluyen 350 millones de dólares a Malasia y 308 millones a Nigeria (ambas en 2020), 115 millones a Kazajistán (lo que se hizo junto con Suiza) y 28 millones a la República de Corea. Además, varios millones de dólares procedentes del escándalo 1MDB están embargados a la espera del

6.2.2.3. *Medidas para reducir los costos en los que incurren los Estados víctima y superar ciertos obstáculos adicionales*

En tercer lugar, es necesario reducir los costos que los Estados víctima deben pagar para recuperar los activos robados porque, si bien los Estados requeridos están obligados por el derecho internacional de los derechos humanos a garantizar que los procedimientos de embargo, decomiso y restitución de activos sean justos, esto no significa que los procedimientos deban prolongarse o que tengan que ser excesivamente costosos⁴⁰. Para evitar estas situaciones, Mes-sick propone la adopción de las siguientes medidas:

1. Limitar el uso de activos embargados en los procedimientos para su decomiso y restitución porque una de las principales razones de la prolongación en estos últimos es que se permite a las autoridades o funcionarios corruptos utilizar los activos embargados para pagar a sus abogados (los cuales se dedican a retrasar las actuaciones)⁴¹. En este sentido, la StAR ha recomendado que: (a) solo cuando los demandados puedan demostrar que no disponen de otros fondos

procedimiento de restitución a Malasia, y se han inmovilizado 850 millones de dólares robados a Uzbekistán.

⁴⁰ Nigeria tardó 16 años en recuperar una parte de los miles de millones que su expresidente Sani Abacha robó mientras estuvo en el poder. Además, según la información pública existente, pagará a los abogados privados una “fortuna” para recuperar el dinero perdido en un reciente robo de ingresos petroleros.

⁴¹ Aunque Nigeria obtuvo un orden de embargo de 50 millones de libras de fondos robados por su expresidente Sani Abacha (quien los había ocultado en el Reino Unido), el tribunal británico permitió a sus herederos retirar más de 30 millones de libras para luchar contra los esfuerzos de restitución en el Reino Unido y en otros lugares. En dos ocasiones solicitaron la revisión judicial de las solicitudes de AME realizadas por Nigeria al Reino Unido. Además, apelaron regularmente las decisiones de tribunales inferiores en acciones de restitución en Suiza, Luxemburgo, Liechtenstein y las Islas del Canal de la Mancha. No importaba lo infundadas que fueran las reclamaciones, no tenían nada que perder, puesto que pagaban a los abogados con dinero que, en todo caso, perderían si la acción de restitución prosperaba. Por su parte, si alguna resolución judicial les fuera favorable, esto supondría que se levantaría el embargo sobre el resto de los fondos embargados y se les devolverían.

para hacer frente a los gastos de su defensa se les permita el uso de los activos embargados; y (b) se establezcan en estos casos límites apropiados para dicho uso, incluyendo la prohibición de honorarios exorbitantes y la inadmisibilidad de las impugnaciones hechas sin fundamento jurídico contra las resoluciones judiciales⁴².

2. Adoptar medidas para evitar que los Estados víctima tengan que aceptar acuerdos de honorarios exorbitantes con profesionales privados como consecuencia de que la identificación, embargo, decomiso y restitución de activos robados requiere de ciertos profesionales con habilidades que escasean en algunos Estados víctima (analistas capaces de rastrear los flujos internacionales de dinero, investigadores que sepan cómo utilizar los registros públicos para encontrar activos y abogados familiarizados con las leyes de AME).

Estas medidas se han adoptado, en particular, frente a los acuerdos consistentes en que las empresas privadas financien el coste de la identificación de los activos robados y de las actuaciones procesales tendentes a su devolución por el Estado requerido, a cambio de recibir un porcentaje de lo que se recupere. Como resultado, una restitución de decenas o cientos de millones de dólares significa que las empresas obtienen una cantidad enorme, que excede con creces un honorario razonable por su trabajo, incluso teniendo en cuenta el riesgo que corren de recibir poco o nada si no se recuperan los activos (tarifas tan elevadas no sólo suponen que los Estados víctima reciben menos, sino que pueden desacreditar estos procesos y alimentar las sospechas de los ciudadanos de que se encuentran también corrompidos).

Por ello, es importante adoptar las medidas necesarias para evitar que los Estados víctima tengan que aceptar pagar un porcentaje de lo que se recupere. Así mismo, para eliminar cualquier sospecha de un acuerdo “de favor” con la firma contratada, se ha de promover

⁴² Esta recomendación fue el resultado de la encuesta realizada por la StAR entre profesionales del derecho en 2011, quienes mostraron un amplio apoyo a la prohibición del uso de fondos embargados para pagar los honorarios legales, a menos que los demandados pudieran demostrar de manera convincente que no disponían de otros fondos para hacer frente a los mismos.

que los Estados víctima: (a) sigan los procedimientos de contratación estándar para cualquier consultor o firma de servicios profesionales (redactar una solicitud de propuestas, difundirla ampliamente y designar un comité técnico de expertos para evaluar las propuestas presentadas de acuerdo con métricas de selección divulgadas públicamente); y (b) el contrato resultante sea también publicado⁴³.

Junto a lo anterior, es importante también promover que los gobiernos que carezcan de personal preparado recurran a Estados u organizaciones que les puedan asesorar y ayudar de forma gratuita, como sucede con la StAR, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos, ciertos donantes (o entidades financiadas por donantes) o Estados en cuyo territorio se esconden activos robados y que cuentan con unidades creadas específicamente para ayudar en la recuperación de activos (este es el caso, por ejemplo, del Reino Unido y EE.UU.)

3. Procesar a los funcionarios corruptos en los Estados en los que son detenidos por lavado de activos en aplicación del art. 23 de la Convención de Mérida, que exige tipificar esta conducta. Además de las penas de multa y prisión, la sanción debería incluir el decomiso de los fondos lavados. En consecuencia, siempre que las autoridades o funcionarios corruptos, así como sus intermediarios o facilitadores, adquieran bienes o hagan depósitos en IFs de Estados parte utilizando activos robados, las autoridades de dichos Estados deberían iniciar procedimientos para embargar, decomisar y restituir los activos. Además, algunos países como Francia y Suiza conceden a los gobiernos de los Estados víctima la posición procesal de parte civil en los casos de lavado derivados del ocultamiento en su territorio de activos robados (lo que ha llevado en ocasiones a su restitución)⁴⁴.

⁴³ Por estas razones, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil que participaron en el Foro Global sobre Recuperación de Activos (GFAR) de 2017 recomendaron que los Estados víctima eviten “el uso de acuerdos de honorarios no especificados o contingentes”. Para garantizar que cualquier tarifa pagada por servicios de recuperación de activos sea razonable, los Estados víctima no deberían aceptar pagar un porcentaje de lo que se recupere.

⁴⁴ El art. 53(c) de la Convención de Mérida legitima al Estado víctima para interponer ante los tribunales del Estado requerido una reclamación sobre

En los países anglosajones, los estatutos de compensación a las víctimas tienden a producir el mismo resultado, si bien a través de un procedimiento diferente.

4. Eliminar ciertos obstáculos técnicos. Según el art. 54 de la Convención de Mérida, los procedimientos de embargo, decomiso y restitución de activos: (a) son únicamente aplicables a aquellos activos ilícitos adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado en la Convención; y (b) requieren que el Estado víctima los promueva según la legislación del Estado requerido. Cuando no se dan ambas condiciones, la legislación de este último puede impedir el embargo, el decomiso o la restitución. De ahí la importancia de adoptar las dos medidas siguientes:

4.1. Garantizar que las leyes de enriquecimiento ilícito cubran todos los activos adquiridos de manera corrupta, y que todas estas prácticas estén incluidas en la normativa sobre embargo, decomiso y restitución obligatorios de la Convención de Mérida, la cual, a su vez, está íntimamente relacionada con la disposición sobre enriquecimiento ilícito que insta a los Estados parte a considerar como delito tipificado en la Convención cualquier “aumento significativo de los activos de un funcionario público” que no pueda “razonablemente explicarse”.

De esta manera, todos los activos que las autoridades o funcionarios obtengan por medios corruptos se convierten, en virtud del art. 54, en activos involucrados en la comisión de delitos recogidos en la Convención. Por lo tanto, están sujetos a embargo, decomiso y restitución obligatorios por los Estados parte en cuyo territorio se encuentran. Así mismo, es importante tener en cuenta que los cargos de enriquecimiento ilícito pueden ser objeto de defensas prolongadas, situación que podría evitarse si se exige a los funcionarios públicos que presenten declaraciones de su situación financiera (los Estados parte podrían incluso reformar su normativa interna para

los activos embargados, alegando ser su titular legítimo (todo ello antes de que sean decomisados).

que los activos que los funcionarios no revelen automáticamente estén sujetos a embargo, decomiso y restitución inmediatos)⁴⁵.

4.2. Promulgar leyes de decomiso sin condena conforme a la tendencia surgida en los últimos años de permitir que los activos se puedan decomisar y restituir sin la existencia de una condena previa, al menos en los casos en que los corruptos hayan muerto, no puedan ser encontrados o los delitos hayan prescrito (tradicionalmente, los activos solo han estado sujetos a decomiso y restitución tras la condena penal de quienes los robaron a través de prácticas corruptas). A este respecto, la UNODC ha subrayado que la falta de leyes de decomiso sin condena ha impedido, con relativa frecuencia, el decomiso y restitución de los activos robados.

7. LA COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS Y PENALES A RAÍZ DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS FISCALES: AVANCES Y DESAFÍOS

Los Estados pueden adoptar medidas unilaterales de carácter tributario para responder a la corrupción desde el ámbito tributario, destacando en los últimos años las herramientas adoptadas frente a la planeación tributaria internacional agresiva (las cuales incluyen, entre otras, las cláusulas generales antiabuso, el test de propósito principal, las disposiciones sobre entidades extranjeras controladas, las cláusulas de limitación de beneficios y de beneficiario final o efectivo, la revisión de la naturaleza de ciertas transacciones y los ajustes en los precios de transferencia). Como se ha visto a lo largo de este capítulo, estas medidas ayudan a combatir la opacidad y el anonimato al establecer ciertos requisitos materiales y combatir las empresas fachada.

⁴⁵ Como Messick señala, en dos casos exitosos de restitución civil interpuestos por Nigeria contra el Reino Unido, los tribunales británicos se basaron en la falta de divulgación de los activos como prueba de que se obtuvieron de manera ilícita. En el mismo sentido, en Trinidad y Tobago, los tribunales han dictaminado que los activos no divulgados están sujetos a decomiso.

Además, los Estados pueden responder también a la corrupción mediante el recurso al derecho penal, tipificando las infracciones tributarias más graves. En este sentido, el Consejo Europeo y el Departamento de Política de la Dirección General para Políticas Internas de la UE han publicado a partir de 2016 varios estudios que reflejan la creciente interrelación entre los delitos tributarios, como la evasión fiscal, y los delitos de lavado de activos y corrupción.

Como Hernández y Buitrago (2021) señalan, los delitos tributarios destacan porque las conductas que son penalmente reprochables en la actualidad no se consideraban como tales hace solo algunos años. De hecho, sigue existiendo una tenue línea divisoria entre la planeación tributaria legítima (uso de los recursos previstos en la ley para optimizar la carga tributaria) y la elusión (recurso a vacíos normativos o a interpretaciones alejadas del propósito de la ley para reducir las obligaciones tributarias), afectando también, en ocasiones, a la evasión (impago de los impuestos previstos en la normativa aplicable mediante un acuerdo ilegal para esconder o ignorar la responsabilidad en el pago de los tributos) y al fraude (impago consciente y voluntario de los impuestos correspondientes a las rentas o al enriquecimiento obtenido en un periodo determinado). Esta frágil línea de separación queda todavía más difuminada en países como Colombia, donde el concepto de evasión se vincula con el de fraude fiscal, sobre la base de una infracción de la ley por acción u omisión, en la cual, a pesar de que el contribuyente está sujeto a una obligación tributaria, evita su pago de manera consciente (sentencia C-015 de 1993 de la Corte Constitucional).

Así mismo, a pesar de su progresiva consolidación, el alcance de los delitos tributarios sigue siendo limitado porque los Estados no suelen atribuir responsabilidad penal por el mero hecho de tener deudas de una cierta cuantía o incumplir ciertas obligaciones formales como la presentación de las declaraciones fiscales. Sin embargo, la situación cambia cuando dichas infracciones (y la consiguiente ausencia de pago) obstaculizan de forma importante el ejercicio de la función fiscalizadora de la administración tributaria o afectan notablemente a la recaudación del Erario (reduciendo los recursos disponibles para la aplicación de políticas públicas).

Además, quienes participan en prácticas de corrupción buscan evitar llamar la atención de las autoridades tributarias, lo que les hace incumplir, a su vez, con sus obligaciones fiscales. Por ello, sistemas que, como el peruano, permiten iniciar un proceso penal por fraude fiscal cuando la administración tributaria encuentra un desbalance patrimonial (diferencias no justificadas entre los ingresos y los gastos declarados), facilitan la detección de dichas prácticas, debido a la estrecha relación existente entre el fraude fiscal, el lavado de activos y los delitos de corrupción.

Los delitos tributarios tienen una doble función de prevención y represión. La primera busca generar la transparencia necesaria con respecto a los registros bancarios, el beneficiario final o efectivo y la contabilidad tributaria para evitar que se utilicen las IFs para lavar los beneficios de los delitos cometidos (incluyendo las prácticas de corrupción). Por otro lado, sancionan el lavado mediante el embargo y decomiso de activos y la imposición de otras penas de multa e, incluso, de prisión.

Es, por ello, que, el GAFI no solo recomienda la adopción de medidas de diligencia debida en la identificación de los clientes y de sus transacciones, así como la transmisión de información (incluidos los informes de operaciones sospechosas, inusuales o relativas a altas sumas en efectivo), sino que también plantea la tipificación de ciertas conductas y la imposición de distintos tipos de penas (embargo y decomiso de bienes, multas y prisión)⁴⁶.

De esta manera, se busca que las nuevas herramientas administrativas de las que dispone el derecho tributario para incrementar la transparencia y facilitar el rastreo de las operaciones financieras con activos ilícitos, puedan también contribuir, mediante la cooperación entre las autoridades fiscales y penales, a la persecución penal de

⁴⁶ A nivel de prevención, las sanciones aplicadas en los países de la UE varían, siendo normalmente de naturaleza administrativa (se avanza progresivamente en su armonización para que sean más efectivas, proporcionadas y disuasorias). Por su parte, a nivel represivo lo más novedoso está en la consideración del delito de evasión fiscal entre aquellos problemas que afectan la seguridad y protección nacional e internacional.

quienes buscan la opacidad y el anonimato ocultándose tras vehículos *offshore* en jurisdicciones no cooperantes.

Sin embargo, existen dos problemas fundamentales que pueden restar eficacia a esta cooperación:

1. Las autoridades tributarias no siempre tienen acceso a la información de las investigaciones penales en materia de corrupción. Así, como Hernández y Buitrago (2021) señalan:

Las autoridades tributarias no siempre tienen acceso a la información de investigaciones sobre corrupción. Según el estudio, solo en Noruega y Estonia las autoridades tributarias tienen acceso a la información que maneja la entidad que investiga el delito. En Austria, la República Checa, Alemania, Israel, Suecia y Suiza las autoridades que investigan el delito tienen la obligación de proveer la información a las autoridades tributarias, aunque en la República Checa eso puede ser distinto si el intercambio puede poner en peligro la investigación del delito de corrupción u otro crimen. En otros países podría compartirse la información, pero no es obligatorio y en algunos opera a pedido. También se analiza cuando las autoridades que investigan la corrupción pueden alertar a las tributarias de la comisión de delitos tributarios. Mientras que en algunos países existe la obligación de informar (p. ej. Austria, Bélgica, Chile, Ecuador, Finlandia, Países Bajos y Perú), en otros podrían hacerlo, aunque no existe dicha obligación (Canadá, Costa Rica, Irlanda, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos). En relación con otras variables, remitimos al estudio realizado por la OCDE en el 2017 (OECD, 2017).

2. Existen importantes diferencias a nivel nacional a la hora de tipificar los delitos tributarios, siendo el tratamiento del fraude fiscal un buen ejemplo en este sentido porque: (a) en algunos países no es delito; (b) en otros es tipificado mediante definiciones restrictivas limitadas a la omisión de activos y pasivos o a no declarar las retenciones en la fuente o el impuesto sobre el valor añadido (diversos países latinoamericanos, incluyendo Colombia); y (c) en un tercer grupo lo definen de manera muy amplia, extendiendo el tipo penal a la no realización de las declaraciones tributarias y al impago del impuesto debido, con independencia del monto evadido (EE. UU.). Además, en países como España, si bien dan lugar a frecuentes condenas penales que son ampliamente recogidas por los medios de

comunicación, se castigan con penas no tan graves, que se aplican también a los asesores fiscales (España)⁴⁷.

Como Goena (2024) expone con todo detalle en su trabajo sobre los delitos tributarios recogido en el Volumen 36 de la Colección *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*, esto demuestra como las asimetrías no solo se dan con respecto a la definición de los tipos penales, sino también en relación con la definición del sujeto activo (así como de sus autores y partícipes) y la naturaleza de las penas (en particular, respecto a la pena privativa de libertad no conmutable por multa, y a su mayor o menor extensión).

8. REFLEXIONES FINALES

La exhaustiva exploración de los aspectos financieros, tributarios y de cooperación internacional en materia fiscal, antilavado y de recuperación de activos relacionados con la corrupción transnacional en América Latina revela la profundidad de este fenómeno como un factor pernicioso que permea las diversas capas de la sociedad y desencadena consecuencias desestabilizadoras en la economía, evidenciando la urgente necesidad de abordarlo como un problema sistémico que afecta la salud económica de las naciones.

La realidad iberoamericana se ve afectada de altos niveles de corrupción. Hemos sufrido —y en algunos países siguen existiendo— extendidos mecanismos de corrupción. Podemos incluso hablar de la generalización de esta situación frente a la escasa y débil respuesta estatal. La violación de las normas por parte de funcionarios públicos en beneficio propio o de su sector se ha tornado una práctica más o menos común en todos los niveles de las administraciones públicas, desde sus escalones más bajos hasta los más altos. Desde aquellos agentes que tratan directamente con la población hasta los responsables de conducir los propios organismos e, incluso, los destinos de

⁴⁷ Vid.: Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo Español, Sentencia 970, de 21 de diciembre de 2016. En ella se condena a un abogado por asesorar a su cliente sobre cómo ocultar sus activos ilícitos, y ayudarle a través de su firma.

un país. Desde simples exacciones oportunistas que aprovechan la relación de poder y la escasa vigilancia de los agentes públicos, hasta complejos y vastos esquemas de lo que la literatura especializada llama “gran corrupción”. Han sido numerosos los procesos judiciales en la región que dan cuenta de ello, mediante el dictado de severas condenas de prisión.

Este problema estrechamente vinculado, entre otros factores, a una inadecuada regulación y a la falta de capacidad de cumplimiento de la ley por parte de los Estados nacionales, es, sin duda, uno de los grandes desafíos de la región en términos de institucionalidad y desarrollo.

En este sentido, cabe subrayar como el concepto del “capitalismo de compadres” ha sido aplicado a América Latina para identificar un fenómeno que distorsiona la toma de decisiones gubernamentales en favor de intereses particulares, generando desigualdad y afectando la competencia. Una regulación equivocada, promovida por el cabildeo de los grupos de interés, exacerba, como se ejemplifica en el oligopolio en el sector del crédito colombiano, los problemas económicos, aumentando los costos financieros y disminuyendo la competitividad empresarial.

La corrupción fiscal presenta, a su vez, su impacto negativo en la pérdida de fondos destinados a proyectos públicos, limitando la inversión en áreas críticas para el desarrollo. Así mismo, la falta de equidad en el sistema tributario y la evasión de impuestos agravan aún más la situación, limitando la capacidad de los gobiernos para financiar servicios esenciales y contribuyendo a la falta de inversión en infraestructura. Además, la corrupción ha actuado en el ámbito de la inversión como un agente desestabilizador, generando mercados ineficientes, encarecimiento de tarifas y reducción de la competitividad empresarial, lo que a su vez ha resultado en menos ventas, producción y empleo. A todo ello se une el hecho de que la falta de incentivos para invertir en tecnología y maquinaria ha contribuido a la disminución de la productividad, creando así un ciclo de subdesarrollo económico que incrementa los niveles de pobreza e inequidad social en la región.

Por ello, es urgente resaltar la necesidad de abordar la corrupción de manera integral y sistémica, reconociendo su impacto multifacético.

Ante esta situación, los autores de la obra presentan toda una serie de respuestas a la corrupción desde los ámbitos financiero y tributario y la cooperación internacional en materia fiscal, antilavado y de recuperación de activos ilícitos. No se centran, por tanto, en el habitual enfoque penal (que es objeto de otras publicaciones de la Red de Investigación sobre Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional (la Red)) y se inclinan a otros abordajes que resultan de gran importancia a la hora de enfrentar este fenómeno que acompaña a la civilización desde sus orígenes.

Adoptando enfoques diversos, pero complementarios, los distintos capítulos analizan cuestiones que generalmente se omiten, ignoran o menosprecian a la hora de enunciar políticas y estrategias destinadas a prevenir y combatir la corrupción. Se trata, en definitiva, de un esfuerzo coordinado que se dirige a estudiar distintas herramientas disponibles fuera del sistema de justicia penal, incluyendo la generación de información, el cumplimiento de las regulaciones de los organismos especializados y la adopción de marcos regulatorios e incentivos adecuados.

En esta línea, la información sobre los flujos de dinero permite identificar a los beneficiarios finales de los vehículos societarios tanto locales como *offshore* y permiten afrontar la corrupción desde su causa más profunda que es la captura del dinero y beneficios a costa del Estado y de los ciudadanos.

Se trata de cuestiones áridas para los abogados más habituados al derecho que a la problemática económica, financiera y especialmente tributaria, pero que, sin duda, son claves para prevenir y perseguir judicialmente a la corrupción. Y para desarmar las estructuras permanentes o semipermanentes que la facilitan y benefician.

La corrupción pública y privada, como los delitos contra la propiedad en general, tiene por finalidad central obtener lucrativos ingresos indebidos. Pero tal vez ningún otro grupo de ilícitos como aquellos que habitualmente denominamos “corrupción” pone en evidencia de un modo tan nítido el ánimo de lucro o de poder para in-

crementar los beneficios que motivan a sus autores y partícipes. Esta característica común a todos los casos y regiones orienta un abordaje que resulta clave a la hora de estudiar el fenómeno y, más importante, planificar políticas y estrategias de prevención, mitigación y persecución.

La comisión de ilícitos para obtener beneficios presenta un componente racional, relacionada con incentivos, riesgos y costos para generar esas ganancias. Así, según Becker, este tipo de criminales realizan un análisis racional, analizando los costos en términos de la posibilidad de ser identificado, atrapado y de cumplir una pena de prisión. Por ello, los altos niveles de impunidad existentes en América Latina (los cuales no se limitan, ni mucho menos, a nuestra región) presentan una indudable oportunidad para el desarrollo de la corrupción. Es decir, el bajo costo medido en términos de las escasas posibilidades de ser enjuiciado y detenido, y las altas ganancias que se obtienen, han establecido un contexto adecuado para tener altos niveles de corrupción pública y privada.

Como se ha señalado reiteradamente, en algunos de los capítulos que integran esta publicación, los fondos detraídos de las arcas públicas o no ingresados en ella generan una pérdida significativa para la sociedad, pues incluso excede al dinero en sí mismo, y la afecta en sus raíces más profundas. Lo mismo se observa con las dinámicas de clientelismo y búsqueda de rentas de no competencia en el sector privado. La llamada seguridad jurídica o previsibilidad y la propia institucionalidad de una nación se ven afectadas y socavadas por este fenómeno, que en nuestra región alcanzó por momentos niveles escandalosos. El caso Odebrecht y el proceso judicial desarrollado en Brasil, se expandió rápidamente con fuertes ramificaciones por todo el continente y motivó la investigación y condena de los más altos funcionarios en varios otros países de la región.

A las importantes sumas de dinero desviadas, malversadas y utilizadas para sobornos en toda la región, se sumó el perjuicio sufrido en la actividad económica y la incertidumbre derivada de las consecuencias políticas, extendidas horizontal y verticalmente por muchos de nuestros países y en todos los niveles políticos. Pérdida económica directa, perjuicio económico indirecto, e incertidumbre política, que

a su vez se manifiesta ante el ciudadano en un nuevo detrimento de su bienestar y sus oportunidades de desarrollo.

Y se trata solo de un ejemplo entre muchos otros, como nos muestra Messick (capítulo 6), al traer ante nuestros ojos varios casos paradigmáticos recientes en los que los fondos descubiertos fueron la prueba evidente de la corrupción, y que reflejan la gravedad del fenómeno, su multicausalidad y la dificultad de su prevención, identificación y juzgamiento.

La situación se vuelve, si cabe, todavía más compleja al observar dos factores adicionales.

Por un lado, los alcances o implicancias políticas de la corrupción, que han llevado, incluso, a defensas ideológicas para justificar en la arena política y pública el avance de los procesos criminales contra políticos y empresarios involucrados en este tipo de delitos, banalizando el fenómeno y desvalorizando las instituciones encargadas de prevenirla, perseguirla y juzgarla.

Por otro lado, el papel fundamental que, además de las entidades financieras o de intermediación del crédito (que no se limitan, ni mucho menos a los bancos), juegan los intermediarios o “facilitares” (abogados, contables, asesores financieros y tributarios o agentes inmobiliarios, por solo mencionar algunos) que contribuyen a la ocultación de la riqueza ilícita.

A partir de esta compleja realidad y los desafíos que tienen nuestros países, en este libro se presentan abordajes novedosos, no en sí mismos, pero sí en relación con este fenómeno, que analizados en su conjunto nos permiten avanzar una serie de recomendaciones integrales y novedosas sobre lo que debería suceder antes de que la corrupción ocurra, para prevenirla; y luego de los hechos, para identificar el dinero producto de la aquella y procurar recuperarlo.

Este es un tema central para prevenir la corrupción y combatirla, porque supone, en última instancia, reconocer la importancia para ser más efectivos de aumentar sus costos y dificultar el provecho de los bienes obtenidos ilegalmente. Para ello y más allá de las responsabilidades penales, el camino es el dinero, el flujo de fondos ilícitos.

En esta dimensión aparecen, por un lado, las cuestiones tributarias, pero a la vez, por otro, la circunstancia de que esos fondos fluyen entre vehículos societarios o jurídicos más o menos anónimos y traspasan fronteras para estar seguros y ocultos.

En esta línea, y como bien señalan algunos de los autores de este volumen, debe valorarse los esfuerzos de los países y las organizaciones multilaterales como la ONU, la Unión Europea o la OCDE, entre otras, que han desarrollado acuerdos y acciones y han delineado estándares y estrategias que, originariamente pensadas para combatir la corrupción, están cada vez más orientadas a supervisar los flujos de fondos, combatir el lavado de dinero proveniente de ilícitos y finalmente recuperar los fondos o bienes que sean producto de estos.

Las convenciones de las Naciones Unidas y la OEA para combatir la corrupción y sus mecanismos de implementación, las acciones de la OCDE para favorecer estándares comunes e intercambios de información tributaria y el rol del GAFI respecto del lavado de dinero, constituyen evidencias de esa evolución tendiente a centrar las acciones y esfuerzos en los fondos que se obtienen de la corrupción y que sostienen las estructuras que la facilitan. Si es costoso lograr los beneficios, las prácticas de corrupción serán menos atractivas.

Los estándares adoptados y las recomendaciones realizadas han dado lugar a diversas iniciativas específicas como el PACcTO (Unión Europea) o el GELAVEX (OEA) para la identificación y recuperación de activos provenientes del delito, con el fin de facilitar herramientas concretas y cooperación material que permitan ser eficientes a la hora de identificar los bienes producto de la corrupción.

En este sentido, hay que destacar los esfuerzos de EUROJUST y la COMJIB con su Tratado de Medellín para la IBERED, así como de la Asociación Ibero-Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), con su Redes de Fiscales Anticorrupción y de Recuperación de activos, cuyo objetivo es lograr mecanismos ágiles de cooperación jurídica internacional para identificar, embargar, decomisar y restituir bienes provenientes de la corrupción.

Sin embargo, como Varela y Serrano (capítulo 5) nos recuerdan en su trabajo sobre el GAFI, el GAFILAT y las dificultades que han experimentado los países de la región para aplicar sus recomenda-

ciones frente al lavado de dinero, especialmente las contenidas en los informes de seguimiento del GAFILAT, es necesario abordar los dos problemas principales detectados en estos últimos (los cuales son también extrapolables, en buena medida, a otras organizaciones internacionales):

1. La rigidez y burocracia en la metodología de los informes de seguimiento continúa (los cuales están redactados después de las visitas por funcionarios del GAFILAT y se basan principalmente en la información proporcionada por los organismos gubernamentales de enlace, limitando así su capacidad para examinar otras fuentes valiosas).

2. La falta de adaptación de esta metodología excesivamente rígida a una realidad regional dinámica, lo que afecta a la comprensión integral de los desafíos en materia de lavado de activos y a la efectividad de los informes, y refleja al mismo tiempo la necesidad de enfoques más flexibles y contextualizados.

Esto pone sobre la mesa un aspecto fundamental, con frecuencia desconocido por las organizaciones internacionales de ámbito universal, como es la importancia de ajustar los estándares y recomendaciones que elaboran (así como sus informes de seguimiento) a las realidades específicas de cada región y país, porque una aplicación rígida de los mismos, sin tener en cuenta dichas realidades, así como el entorno institucional y la capacidad de supervisión de los respectivos países, es la mejor receta para su ineficacia debido a los altos costes de cumplimiento (lo que, a su vez, es probable que redunde en la aplicación de normas arbitrarias, reforzando así la incapacidad institucional para implementar políticas públicas).

De esta manera, aunque los organismos intergubernamentales que proponen políticas internacionales a menudo se basan en las experiencias de los países industrializados con sistemas más complejos, el principio de proporcionalidad destaca la importancia de adaptar estas sugerencias a los contextos específicos, lo que en el ámbito de la regulación financiera es especialmente importante, como refleja la incidencia que las normas de *soft-law* pueden tener en la formulación de las políticas públicas internas.

A la luz de lo anterior, los trabajos incorporados en este volumen avanzan en la descripción de herramientas concretas de cooperación jurídica internacional más allá de los procesos penales, las cuales son muy relevantes para hacer frente a este fenómeno delictivo, el cual, junto con la criminalidad organizada, constituyen los dos flagelos más importantes que sufre nuestra región por el impacto que tienen en la comunidad.

Del mismo modo, los análisis incorporados sobre los instrumentos tributarios tendientes a compartir información resultan de gran relevancia para diseñar políticas de prevención de la corrupción y el lavado de dinero, a la vez que buscan evitar la evasión fiscal. Igual trascendencia debe asignarse a las cuestiones vinculadas con los paraísos fiscales o los países no cooperantes de baja o nula tributación.

Los debates en relación con el secreto fiscal y las restricciones (opacidad) de la información fiscal que se comparte constituyen también piezas claves de este rompecabezas, como también lo son los relativos a la tributación de los ingresos derivados de prácticas corruptas, la no deducibilidad de los gastos originados en ella, los alcances de las regulaciones sobre sociedades extranjeras, los beneficiarios finales, las personas expuestas políticamente (PEPs) y la evaluación de los riesgos de lavado (otras cuestiones también relevantes, como los conflictos de interés de los funcionarios públicos, son objeto de otras publicaciones de la Red).

Pero, sin duda, merece un lugar principal, la problemática generada por los intermediarios del crédito no convencionales (los bancos están hoy en día mucho más regulados), las actividades y profesiones no designadas y el secreto profesional que ampara a muchos de ellos (en particular, abogados y contables), generando fuertes resistencias a la hora de regular sus obligaciones de transmisión de información (sobre todo en relación con operaciones sospechosas de sus clientes) a los entes reguladores y/o a las unidades de investigación o análisis financiero.

De hecho, hoy día existe una fuerte discusión especialmente acerca de los alcances de la obligación de los abogados en la materia y cómo lograr que los requisitos en este punto —por ejemplo, del

GAFI o la OCDE— sean compatibles con los derechos constitucionales consagrados en la mayoría de los países de América Latina. En todo caso, es necesario avanzar en la determinación de las obligaciones y responsabilidad des de reporte, porque de lo contrario se consolida uno de los principales “boquetes”, sino el principal, a través de los cuales dinero, activos y bienes fluyen transnacionalmente sin mayores dificultades.

En definitiva, y como resultado de todo lo anterior, la obra ofrece al lector una amplia mirada, con base en distintos enfoques complementarios, que recoge las posibilidades que tienen los Estados, el valor de adoptar estrategias integrales contra la corrupción, y los desafíos concretos y reales que implica su implementación.

Y concluye con la presentación en el próximo capítulo de recomendaciones de una serie de líneas concretas de acción para el diseño de políticas públicas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción estructural que asola nuestros países y a contribuir de esta manera a que las sociedades latinoamericanas se desenvuelvan en el marco de la transparencia y la previsibilidad necesarias para entrar en la senda de desarrollo económico sostenible. Todo ello, teniendo en cuenta que hemos recorrido un largo camino a través de esfuerzos aislados y limitados, cuya eficacia ha sido, como no podía ser de otra manera, menor, si reconocemos finalmente que nos encontramos ante un fenómeno que está lejos estar conformado por las conductas individuales de un pequeño grupo de “manzanas podridas”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Buitrago, E. & Hernández Rivera, D.A. (2021). “Corrupción y derecho tributario: ¿una solución bajo estándares internacionales y regionales?”. En: Olasolo, H., Buitrago, E., Mané Granados, C.S. & Sánchez Sarmiento, A. (coordinadores). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 545-595.
- Castro Arango, J.M. (2025). “Respuestas desde el derecho tributario: el caso colombiano”. En: Olasolo, H., Garavano, G.C. & Varela D.F. (directores académicos). *Las respuestas a la corrupción desde los ámbitos financiero y tributario y la cooperación internacional en materia fiscal. especial atención a la*

corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú. Valencia: Tirant lo Blanch. Capítulo 2.

Goena Vives, B. (2024). “El delito tributario”. En: Olasolo, H., & Hernández Jiménez, N. (directores académicos). *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia.* Capítulo 2.

Navarro-Schiappacasse, M.P. (2025). “Respuestas desde la lucha contra el lavado de activos: el fortalecimiento de la Unidad de Análisis Financiero y la limitación del secreto bancario y profesional en el caso chileno”. En: Olasolo, H., Garavano, G.C. & Varela D.F. (directores académicos). *Las respuestas a la corrupción desde los ámbitos financiero y tributario y la cooperación internacional en materia fiscal. especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú.* Valencia: Tirant lo Blanch. Capítulo 3.

Capítulo 8

Recomendaciones

HÉCTOR OLASOLO*
DAVID FERNANDO VARELA*
GERMÁN C. GARAVANO*

-
- * Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.
- * Profesor de planta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctor en Asuntos Internacionales de la Universidad Johns Hopkins, *School of Advanced International Studies* [SAIS] (Washington, DC) y Máster en Leyes de la Universidad de McGill (Montreal, Canadá). Investigador del Proyecto 71848, el cual hace parte del Programa 70593 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.
- * Investigador de Unidos por la Justicia (Argentina). Fue ministro de justicia y derechos humanos de la Argentina (diciembre 2015-diciembre 2019) y ha sido reconocido por el presidente de la República de Italia como “*cavaliere de gran croce*” de la “*ordine della stella de Italia*” (Roma, febrero de 2018). Se ha desempeñado también como Fiscal General de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2007-2014) y ha sido vicepresidente y miembro del Centro de Justicia de las Américas (CEJA), elegido por la Asamblea de los Estados Americanos (OEA), 2005-2007. Ha sido también consejero del consejo de la magistratura de la CABA (2004/2006), juez de la ciudad autónoma de Buenos Aires (2003-2007) y profesor en Agosto de 2010 del curso internacional de capacitación en reformas al sistema de justicia penal en América

1. INTRODUCCIÓN

En el complejo tablero de la lucha contra la corrupción en América Latina, se alza la imperiosa necesidad de estrategias comprensivas y coordinadas desde los ámbitos financiero y tributario, así como desde la cooperación internacional en materia fiscal. El objetivo es realizar recomendaciones desde estos ámbitos que: (a) aborden las raíces estructurales que favorecen el desarrollo sistémico de las prácticas corruptas; (b) permitan cubrir las lagunas legislativas; (c) fortalezcan las capacidades locales; y (d) fomenten la colaboración internacional como pilares fundamentales en la lucha contra la corrupción.

A la luz de lo anterior, se presentan de manera sistemática en este último capítulo, las principales recomendaciones realizadas para los países latinoamericanos (en los casos puntuales en los que se realizan recomendaciones para otros actores se indica expresamente esta circunstancia), con base en el capítulo de conclusiones (Olasolo, Varela, Garavano, Garavito & Romero) y en el análisis previamente realizado sobre: (a) los efectos económicos de la corrupción en los recaudos fiscales, la inversión pública y privada, la productividad, la infraestructura, el desarrollo económico, la desigualdad y la pobreza (Ferrari); (b) la función que la regulación del riesgo de conducta en el sistema financiero puede desempeñar en la lucha contra la corrupción (Arias); (c) el aporte de los instrumentos bilaterales de cooperación internacional en materia fiscal (De Castro & Yumi) y de

Latina (Instituto para Asia y El Lejano Oriente de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, la Agencia de cooperación internacional del Japón (JICA) y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD, Costa Rica). Ha fungido además como coordinador académico y profesor del programa en administración y modernización judicial, organizado por la Fundación Carolina de Argentina, dictado con el Instituto Universitario de Derecho y Economía, el Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigio de la universidad Carlos III de Madrid y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido autor, coautor y/o director académico de numerosos libros entre ellos: “Poder Judicial, Competitividad y Desarrollo Económico” (libro resultado de investigación del Proyecto UBACYT/CONICET, programación científica trienal 1998/2001).

los Estándares Comunes de Reporte (CRS) (Andrade); (e) la contribución del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a la lucha contra el lavado de activos y las prácticas asociadas de corrupción y evasión y elusión fiscales (Varela & Serrano); y (f) la importancia de la cooperación internacional para acelerar y agilizar la recuperación y devolución de los activos robados mediante prácticas corruptas (Messick).

Todo ello, teniendo en cuenta que una parte de las recomendaciones han sido propuestas directamente por los autores en sus respectivos capítulos, y el resto, que complementan las anteriores, han sido formuladas por: (a) los directores académicos de la obra (Olaso, Garavano & Varela) a la luz del análisis realizado en dichos capítulos y en las conclusiones del volumen; y (b) algunos de los autores (en particular, Castro Arango y Navarro-Schiappacasse) cuyos textos se recogen en la Parte II del trabajo del Grupo de Investigación en Derecho Financiero, Tributario y Cooperación Internacional no Judicial de la Red sobre Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional, el cual será próximamente publicado por la Editorial Tirant lo Blanch como volumen 39 de la Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*.

En todo caso, es importante subrayar que las recomendaciones aquí presentadas tienen un carácter transversal para los distintos países de América Latina y son, por tanto, complementarias de las recomendaciones específicas realizadas para cada uno de los países de la región objeto de estudio (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú)¹ en el mencionado volumen 39 de la Colección.

¹ Estos países han sido elegidos debido, por un lado, a su relevancia en América Latina por su tamaño, población y peso político y económico, y, por otro, a que, al hacer énfasis en distintas herramientas de las estudiadas en el volumen 38 de la Colección *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*, cada uno de ellos presenta un enfoque propio en el tratamiento del fenómeno de la corrupción: (a) ámbito financiero (Perú); (b) ámbito tributario (Colombia); (c) lucha contra el lavado de activos (Chile); (d) cooperación internacional (Brasil); y (e) reforma y fortalecimiento institucionales (Argentina).

Finalmente, es importante subrayar que las recomendaciones transversales aquí presentadas han de ser contextualizadas a la luz de las tradiciones jurídicas, concepciones políticas, características socio-económicas y cultura de la legalidad de cada país de América Latina. Es por ello que, si bien para que la cooperación internacional pueda operar con mayor eficacia es necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, la inserción automática de las medidas recogidas en determinados estándares internacionales, o en los ordenamientos jurídicos de terceros países (sean o no latino-americanos), no siempre garantiza que se vayan a obtener mejores resultados.

2. RECOMENDACIONES EN RELACIÓN CON LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA CORRUPCIÓN Y EL LAVADO DE ACTIVOS

Con el fin de limitar los efectos económicos tan dañinos de la corrupción en relación con los recaudos fiscales, la inversión pública y privada, la productividad, las infraestructuras, el desarrollo económico, la desigualdad y la pobreza se recomienda a los Estados latino-americanos adoptar las medidas que se exponen a continuación.

2.1. Recomendaciones relativas al denominado “capitalismo de compadres” y a la existencia de una regulación inadecuada

1. Adoptar medidas integrales que aborden el denominado “capitalismo de compadres” como causa estructural de la corrupción (sistema clientelista-capitalista conforme al cual las decisiones de los distintos poderes del Estado, especialmente el Ejecutivo y el Legislativo, en casi todos sus niveles, son adoptadas por unos “compadres” que han capturado el poder gracias al apoyo de otros, para favorecerse todos ellos, y en el que la mayoría de las decisiones apunta a reforzar esta situación).

2. Adoptar estrategias de concienciación de la población de que los bienes públicos no son activos privados y que quienes detenen-

tan el poder no tienen “el derecho” de usufructuarlos como si les pertenecieran.

3. Adoptar medidas para limitar las distorsiones de las que están plagados los mercados (en particular, los monopolios y los oligopolios), las cuales reducen la competencia haciendo que se conviertan en mecanismos para obtener “rentas de no competencia”.

4. Realizar las reformas regulatorias necesarias para limitar las distorsiones en los mercados básicos, que trasladan sus altos precios (fruto de aquellas) al resto de mercados (un ejemplo paradigmático de la necesidad de reforma es la regulación del mercado del crédito, y en particular de los sectores del crédito a la vivienda y al consumo, allí donde operan en forma de monopolio u oligopolio, lo que hace que los tipos de interés sean mucho más altos de lo que debería ser).

5. Limitar la capacidad de influencia del cabildeo activo que desarrollan quienes se benefician de las numerosas distorsiones que sufren los mercados para impedir la aplicación efectiva de medidas que puedan transformar esta situación.

6. Aplicar las sanciones administrativas y penales existentes cuando las prácticas clientelares constituyan modalidades de corrupción castigadas penal y/o administrativamente.

2.2. Recomendaciones relativas a la política monetaria y a otras políticas que agravan el problema

1. Reevaluar la conveniencia de una política monetaria sistemáticamente contractiva, que, en países como Colombia, ha generado una tasa de cambio continuamente revaluada, que ha reducido la rentabilidad y la competitividad de las empresas que producen bienes y servicios, de manera que las únicas empresas que no se han visto afectadas son las que producen materias primas cuando los precios internacionales han sido altos.

2. Poner fin a las políticas que promueven un consumo excesivo que, junto a un bajo nivel de ingresos, genera niveles de ahorro mínimos que repercuten en la ausencia de crecimiento de activos y de capacidad de producción.

3. Revisar las políticas de inversiones centradas en desarrollar una estructura de producción intensiva en capital (propia de los sectores de la minería, la construcción, el agua, el gas y la electricidad), que no tiene la capacidad de generar puestos de trabajo suficientes, en detrimento de las inversiones en agricultura y manufacturas que son intensivas en mano de obra (esto se ha debido a las altas rentabilidades generadas por las grandes empresas que venden materias primas y que pueden financiarse en mercados internacionales en condiciones mucho más favorables).

2.3. Otras recomendaciones

1. Fomentar la colaboración regional mediante: (a) el intercambio entre los países latinoamericanos de buenas prácticas, experiencias, estrategias e información tributaria; y (b) la creación de mecanismos regionales de cooperación, supervisión y evaluación que establezcan una red de control compartido y garanticen la aplicación consistente de medidas anticorrupción.

2. Adoptar y aplicar estándares regionales de transparencia y rendición de cuentas que permitan la ejecución de proyectos de cooperación y desarrollo que involucren múltiples países de la región.

3. Introducir auditorías internacionales independientes que evalúen la ejecución de proyectos regionales y recomienden medidas de prevención frente a las prácticas corruptas.

4. Fomentar la creación y el fortalecimiento de instituciones regionales de investigación y lucha contra la corrupción que estén dotadas de poderes y recursos adecuados para garantizar su operatividad efectiva.

5. Promover una cultura de la ética y la integridad mediante: (a) campañas educativas a nivel regional destinadas a la sociedad en su conjunto; y (b) la formación de líderes éticos en los distintos niveles de los sectores público y privado que puedan servir de catalizador para un cambio cultural orientado hacia la transparencia y la integridad en la región.

3. RECOMENDACIONES FRENTE A LA REGULACIÓN DEL RIESGO DE CONDUCTA EN EL SISTEMA FINANCIERO

La necesidad de un enfoque integral que abarque los ámbitos financiero y tributario para combatir eficazmente las prácticas corruptas que trascienden las fronteras es evidente. Ante esta situación, la aplicación efectiva en el sistema financiero de estrategias basadas en la evaluación y administración de riesgos (especialmente, aquellas centradas en la identificación y gestión de riesgos de conducta como la Regulación Basada en Riesgos (RBR)) busca prevenir las prácticas ilícitas y garantizar la igualdad de tratamiento, razón por la cual puede ser un elemento importante para prevenir y mitigar los comportamientos corruptos en este sector en América Latina. Con base en lo anterior, se realizan a los países latinoamericanos las recomendaciones que se exponen a continuación.

3.1. Recomendación preliminar

1. Promover un debate informado entre la población de los distintos países de la región sobre las ventajas e inconvenientes de introducir (o profundizar) la RBR en los sistemas financieros de América Latina como estrategia de lucha contra la corrupción, con base en una explicación clara y concreta de los siguientes aspectos:

1.1. La RBR aborda la concreción del riesgo de conducta de corrupción en el sistema financiero, reconociendo la limitación de recursos para anticipar riesgos y destacando, por tanto, la necesidad de promover el uso eficiente de los recursos mediante la priorización de los riesgos.

1.2. La RBR va más allá de las técnicas de análisis y administración de riesgos al prever el diseño de un marco de supervisión basado en el riesgo, que es, generalmente, adoptado por las autoridades regulatorias con el fin de determinar con mayor claridad donde se va a concentrar su actividad de supervisión y limitar de esta manera el ámbito de su responsabilidad.

1.3. La RBR requiere una definición clara por el regulador de los objetivos prioritarios que tiene su intervención en el sistema financiero y de la priorización de aquellos riesgos que afectan en mayor medida dichos objetivos (lo que supone concentrar la atención en ciertos riesgos y dejar los demás en un segundo plano).

1.4. El regulador selecciona sus objetivos prioritarios al intervenir en el sistema financiero y priorizar los riesgos de conducta generados por la actividad de las entidades reguladas (las instituciones financieras) que más gravemente pueden afectar a dichos objetivos, mediante un proceso de toma de decisiones basado en la información que las IFs transmiten al regulador sobre los riesgos de conducta que han identificado.

1.5. La RBR se basa, por tanto, en la cooperación entre el regulador y las IFs, tanto en lo que se refiere a la identificación de los riesgos de conducta que las IFs generan con su actividad, como en lo relativo a la gestión de aquellos riesgos que el regulador considera que afectan de manera más grave a sus objetivos prioritarios.

1.6. La cooperación entre el regulador y las IFs solo es un mecanismo efectivo para abordar el problema de la corrupción, el fraude fiscal y el lavado de activos en el sistema financiero, si existen sistemas de control interno adecuados y programas de cumplimiento normativo y de desarrollo ético y sostenible en las instituciones reguladas (con ellos se fortalece el sistema de autorregulación y se minimizan los recursos que es necesario utilizar para que el regulador lleve a cabo su monitoreo).

1.7. El juicio de los reguladores tiene siempre un componente muy importante de subjetividad y, por tanto, puede estar afectado tanto por sus propias percepciones, como por factores externos (la influencia política y las expectativas públicas son factores determinantes en la atención a ciertos riesgos en detrimento de otros).

1.8. En el proceso de identificación y evaluación de riesgos, se pueden producir dos tipos de errores de apreciación: (a) la consideración de ciertas situaciones como riesgosas cuando realmente no lo son; y (b) la subestimación de las consecuencias desfavorables de ciertas situaciones, ignorando la probabilidad de que se configuren como riesgos ciertos.

3.2. Recomendaciones generales en relación con la aplicación de la regulación basada en riesgo

1. Buscar nuevos criterios y políticas de responsabilidad del regulador del sistema financiero debido a que, en la actualidad, el alcance de su responsabilidad se ve limitado como consecuencia de su discrecionalidad política tanto al seleccionar los objetivos prioritarios de su intervención, como al priorizar los riesgos de conducta generados por la actividad de las IFs. Esto teniendo en cuenta los siguientes factores: (a) la RBR continúa enfrentando en la actualidad importantes desafíos, especialmente en relación con la distribución eficiente de los recursos cuando estos son limitados y con la justificación de ciertas decisiones; y (b) esta situación hace que la RBR deba implicar necesariamente la responsabilidad del regulador desde la doble perspectiva de la responsabilidad administrativa (relativa a su organización interna) y política (vinculada a la percepción pública).

2. Diseñar nuevas políticas de certidumbre y seguridad para que el regulador del sistema financiero pueda revisar sus evaluaciones de riesgos y considerar futuras categorías de riesgo. Esto teniendo en cuenta que: (a) la RBR limita también la responsabilidad de las IFs y sus actividades, por lo que, si el regulador elige ciertos riesgos como relevantes, las IFs no son responsables de otros riesgos no considerados importantes por aquel; (b) la definición de los parámetros de responsabilidad implica moldear las expectativas públicas y políticas, proporcionando claridad en las reglas de juego; y (c) los problemas surgen cuando ciertos riesgos son subestimados o sobrevalorados, afectando gravemente a la ciudadanía.

3.3. Recomendaciones relativas a la contribución a la lucha anticorrupción de la regulación del riesgo de conducta en el sistema financiero

3.3.1. Recomendaciones generales

1. Reconocer que la corrupción constituye un importante riesgo de conducta generado por la actividad de las IFs en el sistema financiero. Por ello, la gestión del riesgo de conducta, centrada en evitar

incumplimientos intencionados del principio de imparcialidad para promover beneficios para sí mismo o para personas cercanas, puede constituir una importante estrategia regulatoria en el sistema financiero (especialmente tras las numerosas crisis y escándalos sufridos).

2. Reconocer la incapacidad de la regulación para abordar completamente todos los problemas de las prácticas corruptas y la desigualdad de tratamiento que genera la actividad de las IFs en el sistema financiero.

3. Determinar por el regulador qué mecanismos regulatorios va a adoptar para hacer que las IFs identifiquen y controlen las fuentes de riesgo de conducta. Para ello, se recomienda que el regulador establezca: (a) estándares jurídicos, técnicos y éticos de conducta que deban ser aplicados por las IFs; y (b) requisitos de aprobación previa (licencias y autorizaciones) para que las IFs puedan actuar en el sistema financiero nacional y desarrollar ciertas actividades específicas.

4. Distinguir entre la regulación de la conducta en el sistema financiero en general y su regulación en relación con servicios, productos y transacciones financieras concretas, destacando, entre otros aspectos regulatorios, los siguientes: (a) la prohibición de manipular las condiciones del mercado; (b) la obligación de entregar información sobre el servicio, producto o transacción de que se trate antes de prestarlo; y (c) el deber de respetar las normas de mercadeo y publicidad, la regulación de los requisitos de entrega de información precontractual y las reglas por transacción o producto.

5. Reconocer la autonomía de cada país para diseñar estándares de riesgo de conducta propios que han de ser cumplidos por las IFs en materia de reglas de conducta en el mercado y en la relación con los clientes (transparencia en la publicidad, en la entrega de información y en la operación de productos y servicios financieros, entre otros), protección al consumidor, regímenes de responsabilidad individual y estándares éticos (incluyendo los deberes de actuar honesta, justa y profesionalmente, de entregar y no ocultar información y de abordar la cuestión de los incentivos de forma adecuada).

6. Promover la articulación por las organizaciones regionales competentes en la materia de ciertos modelos de estándares de riesgos de conducta en cada uno de estos ámbitos que puedan ser reco-

mendados para que los Estados latinoamericanos, voluntariamente, y en ejercicio de su autonomía, puedan decidir si los utilizan o no, con los ajustes que puedan ser necesarios dadas las especificidades de sus sistemas financieros y sus realidades sociopolíticas y económicas. Estos protocolos comunes para la identificación y gestión de riesgos de conducta en el ámbito financiero latinoamericano han de abordar, de manera específica, los desafíos y riesgos asociados con la corrupción, buscando obtener un nivel de armonización suficiente de las regulaciones entre los países de la región (esto con el fin de facilitar la cooperación internacional al proporcionar un conjunto compartido de principios y prácticas, y mejorar así la capacidad de los países para prevenir y abordar conjuntamente casos de corrupción transnacional).

3.3.2. Recomendaciones específicas en relación con el otorgamiento de licencias y autorizaciones

1. Reconocer la importancia de los procesos de concesión de licencias y autorizaciones para administrar el riesgo de conducta al exigir estándares específicos a las IFs y evaluar su estructura interna y su enfoque hacia el riesgo de conducta (incluyendo el compromiso del liderazgo, la participación de los ejecutivos en los comités sobre riesgo de conducta y la adopción de mecanismos educativos).

2. Condicionar la autorización para que las IFs puedan actuar en el sistema financiero nacional a la satisfacción de ciertos requisitos que buscan prevenir los riesgos sistémicos, asegurar suficiente capital y liquidez, y establecer estructuras internas para gestionar los riesgos operacionales. Esto se lleva a cabo a través de procesos de otorgamiento de licencias y autorizaciones que: (a) requieren el cumplimiento de dichos requisitos (estándares obligatorios) y la entrega de información al supervisor; (b) abordan diversos aspectos de la gestión del riesgo de conducta; y (c) buscan garantizar la protección de los inversionistas y los consumidores (razón por la cual, en algunos países se exime de las licencias a las instituciones que no ofrecen servicios al público general).

3. Identificar los riesgos de que los procesos de concesión de licencias y autorización puedan generar barreras de acceso que limiten

la competencia e incrementen el riesgo de captura regulatoria por parte de las IFs ya establecidas en los sistemas financieros nacionales (como sucede, por ejemplo, con los costos de dichos procesos). Una vez reconocidos estos riesgos, es recomendable adoptar las medidas necesarias para gestionarlos adecuadamente buscando su reducción.

4. Garantizar la transparencia e identificación de las motivaciones tras las regulaciones y el equilibrio entre los intereses regulados en los procesos de otorgamiento de licencias y autorizaciones (esto es esencial para prevenir la captura regulatoria por las IFs existentes, proteger los derechos de los consumidores y mantener la integridad de los procesos de autorización).

5. Valorar las ventajas e inconvenientes de que los *Designated Professional Bodies (DPBs)* puedan, o no, desempeñar algún tipo de función en los procesos de concesión de licencias y autorizaciones para evitar los problemas mencionados en las recomendaciones anteriores (esto teniendo en cuenta que hay sistemas en que son ellos mismos quienes las otorgan a las entidades interesadas en realizar actividades financieras, mientras que en otros sistemas esta competencia es exclusiva de los órganos reguladores, que establecen también los estándares de conducta a cumplir por las IFs).

3.3.3. Recomendaciones específicas sobre la construcción de regímenes de responsabilidad individual

1. Reconocer la necesidad de evaluar de manera más estricta la conducta de los administradores y los empleados de las IFs (lo que, a su vez, permitiría fortalecer las normas de conducta en el mercado financiero), a través regímenes que superen el nivel de especificidad de los deberes de los administradores en el derecho de sociedades (las IFs deben promover también los intereses de los consumidores y las expectativas del público en general). Esto es particularmente relevante tras las sucesivas crisis financieras y los frecuentes escándalos ocurridos en el sector bancario.

2. Reconocer la importancia para fortalecer el cumplimiento normativo en los sistemas financieros nacionales de los regímenes de responsabilidad individual, los cuales son considerados como instru-

mentos integrales de regulación de la conducta y permiten asignar con claridad responsabilidades a distintos órganos y personas dentro de las instituciones financieras, asegurando una supervisión más eficaz y una toma de decisiones estratégicas alineada con los objetivos y estándares regulatorios.

3. Evaluar a la luz de lo anterior, el alcance y limitaciones que presenta la actual regulación nacional del riesgo de conducta de los administradores y los empleados de las IFs, y la conveniencia, o no, de reforzar dicha regulación². En caso de que se llegue a una respuesta afirmativa, se podría tener como modelo alguno de los regímenes de responsabilidad individual que se han desarrollado en los últimos años en países como el Reino Unido³.

² En Colombia, por ejemplo, la regulación del riesgo de conducta de los administradores y los empleados de las IFs se limita a: (a) el control previo de la Superintendencia Financiera la responsabilidad de un control previo a la posesión de los directivos, los administradores y otros funcionarios (realizado por el Comité de Posiciones); (b) la definición por la propia Superintendencia de los requisitos para los directores y los representantes legales de las instituciones financieras, entre los que se encuentran el carácter correcto, la honestidad, la integridad, la buena reputación, el conocimiento, la experiencia y la solvencia; y (c) el proyecto de guía presentado recientemente por la Superintendencia, en el que caben destacar los principios y criterios a aplicar para evaluar la idoneidad (conocimiento, experiencia y profesionalismo), el carácter (las cualidades distintivas en el modo de obrar) y la responsabilidad (cumplimiento de las obligaciones con el Estado y la sociedad) de las personas postuladas para los cargos que requieren posesión ante la misma. A pesar del avance que este proyecto de guía puede suponer, existen serios cuestionamientos sobre su suficiencia y aplicación efectiva en el sector, porque es posible que las entidades financieras se limiten a un mero cumplimiento formal que no refleje un compromiso real con los estándares de conducta, lo que generaría una falsa sensación de seguridad en el mercado.

³ El Reino Unido ha sido líder en su desarrollo y aplicación, siendo ejemplos destacados el *Senior Managers and Certification Regime* (SM&CR) y el *Approved Persons Regime* (otro ejemplo destacado es el estándar *fit and proper*, que evalúa aspectos como la honestidad, la integridad, la reputación, la competencia y la capacidad financiera al autorizar a individuos para funciones clave en el mercado). Cabe destacar en particular, los tres pilares fundamentales del estándar SM&CR, que son los siguientes: (a) un régimen de administradores senior o Senior Persons Regime (SPR), que se enfoca en las personas

3.3.4. Recomendaciones relativas a la función que pueden desarrollar los programas de cumplimiento normativo en las entidades financieras reguladas

1. Evaluar las ventajas e inconvenientes que ofrece la relación entre los programas de cumplimiento normativo empresarial de las IFs y la gestión del riesgo de conducta de las IFs en materia anticorrupción, antifraude y antilavado⁴. Esto teniendo en cuenta que las últimas tendencias legislativas en el ámbito de la regulación del riesgo de conducta de las IFs incluyen normas anticorrupción (así como antifraude y antilavado en la Unión Europea) y hacen énfasis en la responsabilidad penal de las IFs y en la promoción de programas cumplimiento con diversas etapas que recojan una estructura interna

autorizadas para desempeñar funciones críticas en la administración de las entidades financieras (la evaluación de estas funciones se lleva a cabo de manera estricta, considerando el alto riesgo asociado); (b) un régimen de certificación, el cual es aplicable a todos los trabajadores cuyas acciones pueden afectar significativamente a las entidades financieras (requiere que las propias entidades declaren específicamente que quienes desempeñan estas funciones son adecuados para su ejercicio o, alternativamente, que las personas autorizadas en la institución adopten medidas para evitar las consecuencias desfavorables de quienes desempeñen dichas funciones); y (c) un conjunto de normas de conducta (Code of Practice for Approved Persons (APER)), que establecen estándares de comportamiento para todos los trabajadores de las instituciones financieras, independientemente de su nivel jerárquico. Además, el SM&CR exige a las instituciones financieras presentar documentos que describan sus acuerdos de administración y gobierno, ya que el objetivo es mantener una estructura organizacional clara y motivar a los directores y administradores senior para que asuman la responsabilidad derivada de dichos acuerdos internos de administración. Esto, a su vez, ayuda a los reguladores y supervisores en el cumplimiento de sus objetivos de intervención. Con ello, se busca que las instituciones financieras adopten procesos de administración acordes con los requisitos legales y eviten sanciones por su incumplimiento normativo.

⁴ Esta interrelación es fruto de que el cumplimiento normativo (promovido por dichos programas) se considera transversal a diversos problemas del régimen de conducta, siendo una función corporativa que responde a intereses regulatorios más amplios, pero cuya eficacia depende, en última instancia, de la estructura de gobierno adoptada y de su impacto positivo en el desempeño de las entidades financieras reguladas.

y líneas de reporte adaptadas a las IFs (la eficacia de los canales de denuncia es un elemento central para garantizar que los denunciantes puedan presentar quejas de manera confidencial).

2. En caso de las ventajas superen a los inconvenientes, promover la integración de los programas de cumplimiento normativo de las IFs con la gestión del riesgo de conducta (lo que podría facilitar la detección preventiva por las IFs de sus riesgos de incumplimiento, al promover el monitoreo, la evaluación, la disciplina, el control interno y la medición continua, siempre buscando identificar oportunidades de mejora), de manera que ambos se complementen para mantener la integridad, evitar los riesgos jurídicos y reputacionales y promover una conducta ética en las organizaciones.

3.3.5. Otras recomendaciones

1. Fortalecer la cooperación internacional, promoviendo la colaboración regional mediante la promoción de acuerdos y tratados que faciliten la cooperación entre las autoridades regulatorias y los cuerpos de aplicación de la ley.

2. Establecer plataformas de intercambio de información efectivas y mecanismos ágiles para la comunicación entre los países de la región, con el fin de facilitar la identificación y persecución de las prácticas corruptas que trascienden las fronteras.

4. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL ÁMBITO TRIBUTARIO

Ante el carácter estructural de las prácticas de evasión fiscal, corrupción y lavado de activos, el ámbito tributario ofrecer toda una serie de medidas para responder a estos fenómenos, cuya adopción (o al menos la consideración de su adopción en ciertos casos) se recomienda a los países de América Latina. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: (a) la tributación de las actividades ilícitas; (b) la consideración de los diversos tipos de incumplimiento de las normas tribu-

tarias como casos de corrupción fiscal, su monitoreo e identificación; (c) las medidas frente a los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición; (d) las medidas frente a los países de baja imposición y el establecimiento de un impuesto global mínimo como respuesta al problema de la baja tributación de las empresas multinacionales (especialmente en el sector del comercio digital); (e) la prohibición de las deducciones fiscales por los pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros; y (f) el fortalecimiento de la transparencia en el ámbito tributario (particularmente, en relación con el secreto bancario, los beneficiarios finales o efectivos, las personas expuestas políticamente y el secreto profesional).

4.1. Recomendaciones sobre la tributación de las actividades ilícitas

1. Establecer expresamente que tanto el producto del delito (*pecunia non olet*) como las transacciones prohibidas son gravables de la misma manera que las lícitas, porque al gravar la capacidad contributiva en un marco de neutralidad, no debe importar que la misma sea resultado de una actividad ilícita.

2. Considerar como ingreso todo incremento en los recursos económicos a lo largo del ejercicio (ya sea como entrada en el valor de los activos, ya sea como reducción de los pasivos), siempre y cuando: (a) origine un mayor patrimonio neto; y (b) no esté relacionado con las contribuciones de los accionistas (con ello se busca tratar como ingreso gravable por el impuesto sobre la renta toda actividad ilícita que genere una entrada de recursos económicos en dinero o en especie).

3. Rechazar la posición que sostiene que el producto de ciertas actividades ilícitas, como la malversación de fondos, no puede ser gravado porque los delinquentes no pueden tener el control o dominio sobre los bienes malversados.

4. Reconocer expresamente que los términos “entrada” (utilizado para definir los ingresos) y “control” (usado para definir los activos), interpretados según el principio de primacía de la sustancia sobre las formas contables, supone, como regla general, que el producto de las actividades ilícitas es considerado como una entrada de recursos (y,

por tanto, un ingreso) que genera activos bajo el control de quienes delinquen, sin que esto afecte a sus obligaciones frente a las víctimas y al Estado (aunque en algún caso concreto se pueda afirmar que los ingresos derivados de las actividades ilícitas no se han devengado a efectos del impuesto sobre la renta, como regla general deberían entenderse como devengados, siendo, por tanto, obligatorio reflejarlos en la declaración de renta).

5. Reconocer expresamente: (a) la probabilidad de que los activos generados por la recepción de dádivas, sobornos u otras prácticas corruptas generarán un beneficio económico futuro; y (b) que es posible medir el valor de estos beneficios económicos futuros, sobre todo, teniendo en cuenta que, los ingresos pueden acabar siendo destinados a reparar a las víctimas o, como, por ejemplo, en Colombia, pueden ser objeto de extinción de dominio.

6. Evitar que los elementos del hecho generador del impuesto (como los conceptos de realización, causación y devengo del ingreso) puedan afectar al gravamen efectivo de los ingresos provenientes de actividades ilícitas, como sucede, por ejemplo, cuando: (a) se requiere que la renta provenga de un negocio o empresa, lo que excluye los ingresos provenientes de aquellas actividades ilícitas que no tienen esta consideración (como el robo de bienes); o (b) se establecen límites legales que impiden que quienes delinquen puedan tener la propiedad o la posesión de los bienes derivados del delito.

7. Evitar el uso de ciertos términos jurídicos propios del derecho privado que dejan por fuera la realización de ciertos productos económicos ilícitos, lo que sucede especialmente con los no obligados a llevar contabilidad (esto es contrario a los principios de generalidad de los impuestos y/o capacidad contributiva).

4.2. Recomendaciones sobre la consideración de los diversos tipos de incumplimiento de las normas tributarias como casos de corrupción fiscal, su monitoreo e identificación

1. Calificar como corrupción fiscal los distintos tipos de incumplimiento de las normas tributarias (evasión fiscal, simulación,

contrabando, fraude fiscal y abuso) porque buscan realizar intereses privados desconociendo los deberes tributarios.

2. Determinar qué casos de elusión fiscal han deberían ser también calificados como corrupción fiscal.

3. Monitorear de manera constante y minuciosa las prácticas tributarias internacionales (especialmente, las tendencias y comportamientos de las cuentas reportables) para anticipar y abordar posibles prácticas de elusión y evasión fiscales (esto con el fin de dotar a las autoridades tributarias de herramientas efectivas para identificar irregularidades y adoptar medidas preventivas).

4. Utilizar para este monitoreo tecnologías de análisis de datos avanzadas para monitorear en tiempo real las transacciones financieras internacionales.

5. Desarrollar protocolos de actuación ante alertas tempranas, asegurando una respuesta rápida y eficaz a posibles irregularidades.

6. Establecer colaboraciones con organismos internacionales especializados (tanto de ámbito regional como universal) en la detección de prácticas fiscales indebidas

7. Adoptar medidas coordinadas entre el derecho fiscal y otras áreas del derecho para abordar de manera más eficaz los distintos tipos de incumplimiento de las normas tributarias.

4.3. Recomendaciones relativas a los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición

1. Aplicar los criterios previstos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para definir los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición (JNCBNI)

2. Asegurarse que el régimen aplicable a las JNCBNI es el mismo que el aplicable a los paraísos fiscales.

3. Aplicar, como recomienda la OCDE, a todas las jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales o JNCBNI las siguientes medidas: (a) la exigencia de estudios de precios de transferencia para sus op-

eraciones; (b) la imposición de retenciones en la fuente a tarifas muy altas; y (c) la exclusión de toda deducibilidad por los pagos que les son realizados.

4. Considerar la posibilidad de adoptar medidas de restricción total para las jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales o JNCBNI.

5. Aplicar el régimen previsto para los paraísos fiscales y las JNCBNI a las jurisdicciones que rechacen sin justificación sustantiva compartir información con las autoridades tributarias o judiciales de terceros Estados sobre transacciones financieras, sus cuantías y características y las personas naturales o jurídicas que están involucradas.

4.4. Recomendaciones relativas a los países de baja imposición y al establecimiento de un impuesto global mínimo como respuesta al problema de la baja tributación de las empresas multinacionales: la situación en el sector del comercio digital

1. Distinguir el tratamiento de los paraísos fiscales y las JNCBNI, por un lado, y las jurisdicciones de baja imposición, por otro, en tanto en cuanto estas últimas no generen un problema de falta de cooperación con las administraciones tributarias de terceros países al no ocultar las transacciones de los no residentes en su territorio, sino que mantienen una política abierta, al colaborar y proporcionar la información que se les solicita sobre las operaciones realizadas hacia y desde su territorio (la espiral de competencia fiscal que genera este tipo de jurisdicciones, la cual reduce significativamente la recaudación fiscal de terceros Estados y su capacidad para aplicar medidas económicas, requiere de otro tipo de estrategias).

2. Abordar la controversia relativa al problema de la baja tributación de las empresas multinacionales (en particular, las que actúan en el sector del comercio digital) según la verdadera naturaleza del problema que causan: la generación de una espiral de competencia fiscal agravada por los desequilibrios empresariales generados a nivel global, el crecimiento de la economía digital en detrimento de la presencial y la consiguiente reducción de la recaudación tributaria.

3. Evaluar las externalidades positivas y negativas en sectores como el comercio, la migración, la transferencia de tecnología y el flujo de préstamos internacionales antes de aplicar iniciativas de política pública global como la “declaración sobre la solución de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía”, promovida por la OCDE, que busca abordar la competencia tributaria y regular el comercio digital, combinando dos elementos: (a) el establecimiento de un impuesto global mínimo del 15% sobre los beneficios de las empresas multinacionales en todas las jurisdicciones; y (b) la reasignación de los derechos de gravamen hacia los mercados donde operan, independientemente de su presencia física.

4. Introducir a nivel internacional los ajustes necesarios a los dos elementos de esta estrategia a la luz de la evaluación de sus externalidades positivas y negativas en sectores como el comercio, la migración, la transferencia de tecnología y el flujo de préstamos internacionales, con el fin de hacer más efectiva esta iniciativa de política pública global.

5. Implementar a nivel nacional en los países de América Latina, con los ajustes que puedan ser necesarios dada sus realidades concretas, dicha estrategia con sus elementos principales.

6. En caso de que en el corto plazo la mencionada solución de dos pilares no se pueda poner en marcha a nivel internacional de manera efectiva, valorar la posibilidad de que los países latinoamericanos puedan, como han realizado, entre otros, Reino Unido en 2020 y España en 2021, introducir temporalmente, de manera coordinada y garantizando un nivel suficiente de armonización, una reforma al régimen jurídico del impuesto sobre sociedades para gravar las utilidades obtenidas en el territorio del país latinoamericano de que se trate, independiente de su presencia física, utilizando para ello el concepto de “presencia fiscal representativa”, cuya aplicación se hace depender de criterios alternativos como el de superar un determinado volumen de negocio, tener un cierto número de usuarios o superar un umbral de contratos comerciales al año (todo ello con el compromiso de ajustar esta medida a los acuerdos que se pudieran alcanzar más adelante a nivel internacional).

4.5. Recomendaciones para abordar el problema de las deducciones fiscales por los pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros

1. Adoptar por los países latinoamericanos que no son miembros de la OCDE la Convención para Combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE), puesto que ello supone también aceptar las recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre su no deducibilidad.

2. Aprobar la legislación interna necesaria para prohibir la deducción de los sobornos pagados a particulares (lo que refleja cómo, en la actualidad, las prácticas de corrupción privada son consideradas parte integral del fenómeno de la corrupción).

3. Realizar informes sobre la situación en los países de América Latina que no han aceptado la Convención OCDE sobre el tratamiento que tienen en su legislación tributaria los pagos de sobornos (o similares) a funcionarios públicos extranjeros o a particulares de terceros países.

4. Adoptar las siguientes recomendaciones del Consejo de la OCDE:

4.1. Prohibir jurídicamente (preferentemente por vía legislativa) toda deducción tributaria relativa a los pagos de sobornos o a gastos realizados: (a) en favor de funcionarios públicos extranjeros; o (b) para promover conductas corruptas contrarias a la legislación penal del Estado de las empresas que realizan el pago o del Estado de nacionalidad de los sobornados.

4.2. No condicionar la aplicación de esta prohibición a la previa apertura de una investigación penal o administrativa por parte de las autoridades competentes.

4.3. Revisar constantemente la efectividad de las medidas adoptadas, poniendo especial atención a verificar que se está transmitiendo una información adecuada a los contribuyentes y a los funcionarios de la administración tributaria sobre: (a) los gastos que constituyen soborno; y (b) su detección efectiva.

4.4. Considerar incluir en los Convenios para Evitar la Doble Tributación (CDIs) y los Acuerdos Bilaterales para el Intercambio de Información Tributaria (ABIITs) suscritos por los Estados latino-americanos que son parte de la Convención OCDE, el intercambio de información tributaria con las entidades estatales, el Ministerio Público y las autoridades judiciales encargadas del cumplimiento de ley, en relación con materias altamente prioritarias, como la corrupción, el lavado de activos y la financiación del terrorismo (esta recomendación está en línea con las sugerencias recogidas en los Comentarios de la OCDE al art. 26 de su Modelo de CDI).

4.5. Establecer un marco legal y administrativo efectivo que permita desarrollar las líneas de acción precedentes y que oriente a los funcionarios tributarios nacionales sobre la presentación de informes a las autoridades locales y regionales competentes sobre las sospechas de soborno transnacional en relación con el desempeño de sus deberes.

4.6. Recomendaciones relativas a las medidas para fortalecer la transparencia en el ámbito tributario

4.6.1. Recomendaciones generales

1. Mejorar la transparencia institucional para poder construir una base sólida en la lucha contra la corrupción, lo que implica el impulso de iniciativas que garanticen la transparencia en las instituciones gubernamentales, asegurando la rendición de cuentas y facilitando la accesibilidad de la información financiera.

2. Establecer un marco normativo que obligue a las instituciones gubernamentales a: (a) divulgar de manera proactiva información financiera relevante; (b) aplicar tecnologías y plataformas digitales que faciliten el acceso público a datos financieros y decisiones gubernamentales; y (c) crear mecanismos independientes de auditoría y evaluación para asegurar la veracidad y objetividad de la información divulgada.

4.6.2. Recomendaciones sobre el secreto bancario

1. Fortalecer un cambio de paradigma en aras del intercambio automático de información como nuevo estándar uniforme de acción en la lucha contra la evasión fiscal, la corrupción y el lavado de activos, entre otros delitos transnacionales (esto es fruto de la declaración del fin del secreto bancario en la Cumbre de Londres del G-20 (2009), lo que se ha venido haciendo realidad en los años posteriores con la publicación y aplicación por la OCDE de los Estándares Comunes de Reporte (CRS) en 2014, la adopción en 2016 de la Convención Multilateral de la OCDE para la aplicación del Programa BEPS (2016) y la entrada en vigor de ciertas leyes nacionales como la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA).

2. Fortalecer la obligación impuesta a las IFs (incluidas las entidades bancarias, las bolsas de valores y los demás intermediarios financieros) de compartir información con las autoridades tributarias que antes no era revelada al encontrarse amparada por el secreto bancario (este es el caso, por ejemplo, de la determinación de en qué jurisdicción se encuentran sus clientes sujetos a tributación).

3. Adoptar medidas para proteger a quienes denuncian las infracciones a la normativa en esta materia, siguiendo el modelo de la Directiva Europea (EU) 2019/1937 (esto debido a la importancia que han tenido las denuncias para “destapar” los escándalos en que estaban involucradas las IFs).

4.6.3. Recomendaciones sobre la figura del beneficiario efectivo o final

1. Promover que los Estados latinoamericanos cumplan las recomendaciones del GAFI en materia de beneficiarios efectivos o finales, y en particular adopten las siguientes medidas: (a) exigir a quienes creen cualquier persona jurídica (independientemente de que tenga, o no, ánimo de lucro) que los identifiquen en la escritura de constitución y los revelen públicamente; (b) aplicar las medidas necesarias para enfrentar la práctica frecuente de recurrir a titulares nominales; (c) recoger sanciones lo suficientemente elevadas en caso de: (i) incumplimiento de la obligación de identificar de mane-

ra pública a dichos beneficiarios; y (ii) utilización de titulares nominales para evadir esta obligación; y (d) disponer de mecanismos de vigilancia, control y sanción suficientemente dotados en términos de personal y recursos para detectar las infracciones que puedan existir e imponer y aplicar de manera eficaz las correspondientes sanciones.

2. Fomentar que los Estados de América Latina sean prudentes a la hora de utilizar en materia tributaria la información sobre el beneficiario efectivo o final (que, sin embargo, es muy útil en la lucha contra la corrupción y el lavado de activos), sobre todo en aquellos países de la región, como Colombia, en los que se ha adoptado una misma definición del concepto de beneficiario efectivo o final en la normativa tributaria y antilavado⁵, de manera que se atribuye esta condición a todas las personas naturales que poseen o controlan, directa o indirectamente, a un cliente y/o a la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción, así como a quienes ejercen el control efectivo y/o final, directa o indirectamente, sobre una persona jurídica u otra estructura sin personería jurídica. Esto se debe al riesgo de caer en falsas alertas en materia tributaria porque: (a) las reglas de atribución a través de las que se determina la capacidad contributiva de un sujeto (concepto tributario de posesión entendido como aprovechamiento económico) no son compatibles con los criterios para identificar a quienes están detrás de las estructuras corporativas que incurren en prácticas delictivas (identificando a sujetos que no suelen tener aprovechamiento económico, como, por ejemplo, los representantes legales, las autoridades de mayor rango jerárquico, los miembros de los comités fiduciario, financiero o similares, o los beneficiarios condicionados); o (b) la información obtenida sobre el valor económico de los activos no se corresponde con los valores que deben reportarse en el patrimonio fiscal.

3. Reconocer que en las entidades ampliamente poseídas (como los fondos de pensiones o las sociedades cotizadas), el concepto de beneficiario efectivo o final tiene poca utilidad para efectos tributarios.

⁵ Esto es fruto de atribuir a las recomendaciones del GAFI un alcance en materia tributaria, sin tener en cuenta que su mandato no se extiende a este ámbito.

4.6.4. Recomendaciones sobre la publicidad de las declaraciones fiscales de las más altas autoridades y funcionarios del Estado y las medidas especiales de debida diligencia y conocimiento del cliente en casos de personas expuestas políticamente

1. Hacer públicos los incumplimientos totales o parciales de la normativa tributaria de los candidatos electorales y exigir el pago de las cuantías adeudadas.

2. Exigir que las declaraciones de impuestos de las Personas Expuestas Políticamente (PEP) sean públicas, lo que permite un control adicional sobre: (a) su participación, o no, en infracciones administrativas o actividades delictivas en contra del Erario; y (b) la posesión o disposición de los activos ilícitamente obtenidos.

3. Considerar la conveniencia, o no, de requerir que las declaraciones de todos sus ciudadanos sean publicadas en la página web del gobierno (como sucede en países como Noruega o Finlandia), a la luz de los numerosos cuestionamientos realizados a estas medidas por los efectos secundarios que presentan en relación con los ciudadanos con menos recursos.

4. Imponer a las IFs la obligación de aplicar medidas reforzadas de debida diligencia y conocimiento del cliente desde el momento de la vinculación inicial siempre que los beneficiarios efectivos o finales de las personas o estructuras jurídicas sean PEP. Esto debería incluir el deber de: (a) elaborar políticas y procedimientos de aceptación e identificación de clientes en los que se establezca que las PEP deben contar con la aprobación de la alta administración; (b) elaborar perfiles de clientes que permitan determinar aproximadamente el volumen y tipo de operaciones futuras; (c) registrar todas las operaciones en que PEP aparecen involucradas; y (d) informar a la mayor brevedad posible a las unidades especializadas de análisis financiero cuando se trate de operaciones sospechosas en las que se encuentren involucradas PEP.

4.6.5. Recomendaciones sobre la inclusión de intermediarios y facilitadores entre los sujetos obligados a informar y sobre el impacto en el secreto profesional de abogados y contadores

1. Definir quienes tienen la condición de intermediarios o facilitadores, para lo que se puede tomar como modelo, con los ajustes que puedan ser necesario a la luz de las realidades latinoamericanas, la Directiva 2018/822/UE de la Unión Europea (UE).

2. Superar la resistencia a la inclusión de los intermediarios o facilitadores entre los sujetos obligados, sobre todo en relación con los abogados y los contables, quienes afirman que la imposición del deber de informar supondría necesariamente la violación de sus obligaciones de secreto profesional para con sus clientes.

3. Incluir a los intermediarios o facilitadores de las operaciones de lavado de activos u ocultación de los fondos resultantes de las prácticas de corrupción entre los sujetos obligados a informar.

4. Considerar extender las obligaciones de debida diligencia reforzada de los profesionales que actúan como intermediarios o facilitadores para que investiguen cuidadosamente también a los accionistas y directivos o gerentes empresariales, así como a sus personas cercanas y familiares, en cuanto que, al igual que los funcionarios y las autoridades, entrañan también un alto riesgo de evasión fiscal, corrupción transnacional y lavado de activos.

5. Renegociar los CDIs y los ABIITs de los que los Estados latinoamericanos sean parte, y contengan cláusulas que protejan de manera excesivamente amplia el secreto profesional de los intermediarios o facilitadores. Esto con el fin de limitar su contenido según las recomendaciones del GAFI, pero sin renunciar a introducir los ajustes que puedan ser necesarios a la luz de las circunstancias específicas de dichos Estados.

6. Recoger en los CDIs y en los ABIITs que a partir de ahora suscriban los Estados latinoamericanos, cláusulas más limitadas de protección del secreto profesional de los intermediarios o facilitadores, según lo dispuesto en las recomendaciones del GAFI (con los ajustes que puedan ser necesarios a la luz de las realidades concretas de dichos Estados).

7. Someter a los intermediarios o facilitadores a las mismas leyes contra el lavado de activos que rigen para las IFs, porque, de lo contrario, es muy difícil poder detectar y procesar sus actividades ilegales (mientras todos los Estados parte de la Convención de Mérida no se adhieran a las recomendaciones del GAFI en esta materia, los funcionarios corruptos podrán siempre encontrar a alguien dispuesto a ser cómplice de su robo de activos gubernamentales actuando como intermediario o facilitador). Esta medida significa, en última instancia, exigir a los profesionales que investiguen cuidadosamente (“debidamente diligencia reforzada”) el origen de los fondos de que quienes se desempeñan, o se han desempeñado, como autoridades o funcionarios públicos, o sus familiares o personas cercanas (hacer que los profesionales examinen los activos de estas personas, evitaría que los intermediarios o facilitadores alegaran la defensa de ausencia de conocimiento porque la ley les exigiría que supieran de dónde provienen los fondos y se les sancionaría por no saberlo) (recomendación 22 del GAFI).

8. Imponer a los profesionales que actúan como intermediarios o facilitadores que controlen de forma continua las transacciones que realizan para terceras personas y denuncien cualquier transacción que parezca sospechosa (recomendación 23 del GAFI) (esto con el fin de que puedan ser imputados en caso de que incumplan con sus obligaciones).

9. Imponer sanciones por facilitar el ocultamiento de activos que reflejen la auténtica gravedad del delito, al dar lugar a la complicidad en su robo y merecer, por tanto, ser sometidos a fuertes multas e importantes penas de prisión (recomendaciones 22 y 23 del GAFI). Esto debido al constante desvío de activos de los países con menos recursos, privando con ello a sus gobiernos de los fondos necesarios para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos más vulnerables.

10. Reflejar en las legislaciones nacionales que las infracciones de las recomendaciones precedentes no son los únicos delitos que facilitan el lavado de activos y merecen, por tanto, altas multas y largas penas de prisión. Por el contrario, existen muchos otros comportamientos que facilitan la ocultación de activos, como es el caso, por ejemplo, de mentir sobre los beneficiarios efectivos o finales de corporaciones u otros vehículos *offshore*, o de no revelar la identidad de

sus directores o gestores (estos delitos merecen sanciones tan severas como las que se aplican por no cumplir las recomendaciones 22 y 23 del GAFI).

11. Imponer sanciones por ocultar los activos robados (y facilitar su acceso a quienes los robaron) que sean lo suficientemente elevadas como para reducir (o incluso eliminar) el poderoso incentivo que supone para los intermediarios o facilitadores el recibir grandes recompensas por el poco trabajo que les supone ocultar los activos.

12. Prohibir a los profesionales del derecho alegar el secreto profesional en relación con aquellas actividades rutinarias que pueden ser realizadas también por personas que no son abogados y no implican brindar asesoramiento jurídico, entre las que se encuentran las siguientes según las recomendaciones 22 y 23 del GAFI: (a) comprar bienes raíces; (b) realizar trabajos comerciales; (c) formar una corporación u otra persona jurídica; (d) actuar como director o secretario de una empresa, socio de una sociedad o un puesto similar en relación con cualquier otra persona jurídica; (e) desempeñarse como fiduciario de un fideicomiso expreso o realizar una función equivalente en otra forma de acuerdo legal; (f) actuar como accionista nominal para otra persona; (g) disponer que otra persona actúe en uno de los roles identificados anteriormente; y (h) proporcionar a una empresa, una sociedad o cualquier otra persona jurídica una oficina registrada, una dirección comercial, un apartado de correos o una dirección administrativa (las comunicaciones de los clientes con sus abogados, notarios u otros profesionales del derecho deben protegerse exclusivamente cuando estén relacionadas con procedimientos judiciales o con los aspectos jurídicos de las transacciones)⁶.

⁶ Los abogados facilitadores abusan con frecuencia de este privilegio profesional, afirmando que ciertas actividades rutinarias de carácter no jurídico (como crear una corporación o comprar bienes raíces) se encuentran también protegidas por el secreto profesional (lo que se ve favorecido por la ambigua redacción de las disposiciones estatutarias o de las decisiones jurisprudenciales que reconocen de manera muy amplia el secreto profesional). Los abusos del bufete panameño Mossack Fonseca, los abogados que respondieron positivamente a las indagaciones de los investigadores de lavado de dinero sobre esquemas de ocultamiento de activos y la presteza con la que numerosos abogados prestigiosos de Nueva York respondieron

13. Superar la tendencia en los países latinoamericanos de resistirse a la introducción de excepciones a la configuración del secreto profesional en su normativa interna (a pesar de que su adopción es fundamental porque hasta que no se adopten medidas eficaces frente a todos los cómplices de ocultar activos obtenidos de fuentes ilícitas, es muy probable que las prácticas de corrupción que generan se sigan produciendo). Para ello, se pueden tener como modelo los pasos dados en la dirección correcta en países como España y Uruguay, y en menor medida Argentina, si bien, es todavía necesario hacer mucho más, como afirma el GAFI en su recomendación 12 sobre actividades y profesiones no designadas.

5. RECOMENDACIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES MEDIANTE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA FISCAL

Realizadas las principales recomendaciones para responder desde el ámbito tributario a las prácticas estructurales de evasión fiscal, corrupción y lavado de activos identificadas, se presentan a continuación las recomendaciones realizadas a los países de América Latina para el fortalecimiento a nivel regional de las herramientas de cooperación internacional en materia de intercambio de información tributaria (lo cual es esencial en la lucha contra la evasión fiscal, la corrupción transnacional y el lavado de activos, y con ello limitar sus efectos y

a la artimaña de *Global Witness* hacen que la promulgación de una legislación que niegue el privilegio profesional para estas tareas y otros trabajos puramente financieros o administrativos sea un elemento crítico en la represión de los facilitadores. Por ello, solamente dejando claro que el secreto profesional no se extiende a estas actividades rutinarias, que pueden ser realizadas también por personas que no son abogados y no implican brindar asesoramiento jurídico, es posible garantizar un acceso oportuno y sin restricción a la información, lo cual, según señala la doctrina sobre recuperación de activos, es esencial para tener una mayor efectividad en su identificación y localización, con el fin de poderlos confiscar y restituir.

propiciar un entorno más equitativo y transparente en el ámbito de la fiscalidad en la región).

5.1. Recomendaciones preliminares

1. Alcanzar un nivel suficiente de armonización en América Latina adoptando y aplicando, con los ajustes necesarios, los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal e intercambio (automático, rogado y espontáneo) de información para abordar las brechas que podrían favorecer prácticas de evasión y elusión fiscales, corrupción transnacional y lavado de activos. Esto teniendo en cuenta que la falta de coherencia normativa crea oportunidades para eludir las obligaciones tributarias al permitir que los actores puedan aprovechar las divergencias en los marcos jurídicos.

2. Adoptar mecanismos eficaces que garanticen un nivel suficiente de homogeneidad en cuanto a la aplicación en la región de los mencionados estándares internacionales

3. Adoptar toda una serie de acciones dirigidas, en última instancia, a establecer un organismo regional encargado de: (a) coordinar la adopción y aplicación de estándares comunes; (b) desarrollar programas de capacitación para profesionales en finanzas y fiscalidad, enfocados en la comprensión y aplicación de los estándares armonizados; y (c) crear plataformas de colaboración entre autoridades fiscales de diferentes países para discutir y resolver posibles divergencias en la interpretación y aplicación de las normativas existentes.

4. Fortalecer la coordinación regional mediante la creación de canales de comunicación efectivos y la promoción de las pruebas prácticas en la lucha contra la evasión fiscal, la corrupción transnacional y el lavado de activos.

5. Fortalecer la cooperación regional en el intercambio automático, rogado y espontáneo de información, impulsando mecanismos existentes y asegurando que sean ágiles, eficientes y capaces de operar en tiempo real (esto con el fin de ofrecer respuestas inmediatas ante posibles irregularidades y fortalecer la capacidad de los países para actuar de manera coordinada frente a desafíos transnacionales).

6. Impulsar un nivel suficiente de convergencia entre los países de la región, estableciendo procedimientos estandarizados que reduzcan las trabas burocráticas en el intercambio eficiente de información. De esta manera, no solo se facilitaría la cooperación, sino que se crearía un marco más coherente y unificado para abordar la diversidad de las modalidades de evasión fiscal y corrupción.

7. Introducir mecanismos automáticos de intercambio de información como estrategia clave para agilizar los procesos y garantizar la confidencialidad de los datos compartidos (la adopción de tecnologías avanzadas y plataformas digitales seguras a nivel regional permitiría no solo una mayor eficiencia en la cooperación, sino también una reducción significativa de la carga administrativa asociada).

8. Promover la capacitación y el fortalecimiento técnico constante de las autoridades administrativas tributarias, con el fin de buscar una ejecución ágil y precisa de las operaciones de cooperación.

9. Diseñar programas de formación para los funcionarios encargados de liderar los procesos de intercambio de información, que sean adaptados a las necesidades cambiantes del panorama tributario internacional.

5.2. Recomendaciones sobre los Convenios para Evitar la Doble Imposición y los Acuerdos Bilaterales de Intercambio de Información Tributaria

1. Evaluar constantemente y fortalecer la colaboración interestatal para preservar la eficacia de los CDIs y los ABIITs en materia de intercambio de información tributaria en sus tres modalidades: automático, rogado o instancia de parte, y espontáneo. Esto teniendo en cuenta los siguientes factores: (a) sus evidentes limitaciones, destacando especialmente las interpretaciones dispares y las asimetrías que genera su aspiración de universalidad (lo que puede provocar desigualdades en las cargas tributarias); (b) los desafíos planteados a la pertinencia y capacidad de adaptación de este tipo de instrumentos internacionales ante la evolución constante del entorno empresarial y su aceleración a raíz de la digitalización y la globalización; (c) la preocupación por su uso estratégico para atraer inversiones medi-

ante ventajas fiscales selectivas, lo que puede resultar en una competencia fiscal perjudicial y afectar con ello a la recaudación tributaria global; y (d) el riesgo de generar arbitrajes tributarios nocivos.

2. Establecer protocolos estandarizados para el intercambio automático en tiempo real de información tributaria entre los Estados parte de los CDIs y los ABIITs, y aplicar tecnologías avanzadas que faciliten la transmisión segura de datos entre las autoridades fiscales.

3. Utilizar el Acuerdo Modelo de la OCDE sobre Intercambio de Información en materia Tributaria de la OCDE para adoptar ABIITs que permitan extender la cooperación fiscal internacional más allá de los modelos de CDI de la OCDE y de la ONU, con el fin de: (a) fortalecer la colaboración efectiva en la lucha contra la evasión, los paraísos fiscales, el lavado de activos y la corrupción; y (b) crear una red regional robusta de intercambio de información en materia tributaria.

4. Incluir en los nuevos ABIITs que suscriban los países latinoamericanos cláusulas que: (a) amplíen el alcance de la información que es objeto de intercambio automático, rogado y espontáneo, y reduzcan los obstáculos administrativos que puedan dificultar la cooperación con terceros países (para diseñar su contenido se pueden tomar como modelo además del Acuerdo Modelo de la OCDE, las prácticas internacionales que presentan una mayor eficacia e incorporarlas con los ajustes que sean necesarios dadas las realidades de los Estados parte); (b) eliminen el secreto bancario y el requisito del interés nacional para así maximizar la transparencia y eficacia en la lucha contra la corrupción, permitiendo un acceso sin restricciones a la información relevante y fortaleciendo la capacidad de las autoridades para investigar y combatir las prácticas corruptas; (c) introduzcan complejas formas de cooperación como las fiscalizaciones simultáneas y las auditorías conjuntas (estas son necesarias, entre otras cosas, para analizar las operaciones con paraísos fiscales y requieren un alto grado de cooperación entre los Estados involucrados); y (d) establezcan excepciones o limitaciones a los intercambios de información con los paraísos fiscales o las jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición (JNCBNI) con el fin de salvaguardar la integridad de los intercambios y evitar contribuir involuntariamente a prácticas corruptas.

5. Tratar de renegociar los CDIs y los ABIITs ya suscritos con el fin de incluir los distintos tipos de cláusulas recogidas en la recomendación anterior.

6. Considerar la posibilidad de: (a) incluir cláusulas de salvaguarda en los nuevos ABIITs (sobre todo cuando tienen un alcance multilateral); y (b) renegociar en los CDIs y ABIITs ya concluidos (esto con el fin de proteger a los contribuyentes de los Estados parte con residencia fiscal en jurisdicciones con cargas tributarias desproporcionadamente altas). En caso de que se estime conveniente su adopción, establecer criterios objetivos para determinar cuando existe una desproporción de las cargas tributarias en jurisdicciones extranjeras y facilitar la colaboración con organismos internacionales para monitorear y evaluar la aplicación efectiva de estas cláusulas.

7. Considerar la cuestión relativa a si los países que no alcanzan ciertos niveles de eficiencia deberían mostrar una mejoría en el uso de sus recursos como condición para acceder a los mecanismos de intercambio de información previstos en los CDIs y los ABIITs. En caso de que se llegue a una respuesta afirmativa, considerar así mismo: (a) la creación de organismos independientes encargados de evaluar la eficiencia del gasto público, estableciendo criterios transparentes y objetivos para medir la eficacia de los programas gubernamentales; y (b) condicionar el acceso a dichos mecanismos de intercambio de información a la aplicación efectiva de las sugerencias por evaluadores independientes.

8. Acordar entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) una estrategia de acción conjunta para celebrar CDIs (al menos, con otros países de América Latina, sean o no parte de la CAN) tomando como referencia los Modelos de CDI de la CAN (uno para los CDIs suscritos entre sus Estados miembros, y otro para los adoptados entre estos últimos y terceros Estados). Esto teniendo en cuenta que: (a) estos modelos tienen como principio que la renta solo puede ser gravada en el país donde se genera (siguiendo el criterio de la fuente generadora), pero contemplando, al mismo tiempo, ciertas excepciones para los beneficios de las empresas de transporte, las ganancias de capital y las utilidades de algunos servicios personales, a los que se aplica el criterio del domicilio; y (b) no han podido ser aplicados hasta el momento por los Estados miembros de

la CAN porque se han visto individualmente presionados a adoptar como referencia los Modelos de la OCDE y la ONU (más aceptados y utilizados internacionalmente), que se basan en el principio de imposición tributaria según la residencia fiscal de las personas gravadas (lo cual otorga una mayor relevancia a las autoridades tributarias nacionales de los países de residencia).

5.3. Recomendaciones en relación con la combinación de convenios bilaterales de intercambio automático de información tributaria con leyes nacionales para obtener información directamente de las instituciones financieras extranjeras

1. Evaluar cuidadosamente, a la luz de las circunstancias socio-políticas y económicas nacionales, la estrategia seguida por EE.UU. (consistente en la combinación de la firma de ABIITs, o la inclusión de cláusulas de intercambio automático de información tributaria en los CDIs, con la promulgación de leyes para obtener información directa y automáticamente de IFs extranjeras) para valorar si es, o no, conveniente introducir la misma, o una parte de la misma (con los correspondientes ajustes), en las legislaciones nacionales de los países de la región.

2. Tener en cuenta al realizar la evaluación recogida en la recomendación anterior los siguientes factores en relación con la promoción por EE.UU. de la firma de ABIITs con terceros países: (a) EE.UU. ha buscado suscribir la mayor cantidad posible de ABIITs para prevenir delitos tributarios, tratando también que algunos acuerdos bilaterales fueran más complejos e incluyesen obligaciones de cooperación para realizar fiscalizaciones simultáneas y auditorías conjuntas; y (b) EE.UU. ha reformado su legislación tributaria interna para permitir establecerse en su territorio, con ventajas fiscales, a las empresas de aquellos Estados que han accedido a suscribir ABIITs con EE.UU. (esto con el fin de promover el interés de terceros Estados en suscribir ABIITs).

3. Tener en cuenta al realizar la evaluación arriba propuesta los siguientes factores en relación con la FATCA (principal ley interna

promulgada por EE.UU. para promover el intercambio directo y automático con las IFs extranjeras):

3.1. La FATCA prevé la cooperación “forzada” de las IFs extranjeras (si no quieren verse sometidas a retenciones del 30% en las transferencias que reciban), para lo cual deben llegar a acuerdos con el Servicio de Impuestos Internos de EE.UU. (IRS), con el fin de informar sobre las cuentas a nombre de ciudadanos estadounidenses. Estos acuerdos exigen que las IFs extranjeras realicen procesos de diligencia debida, presenten informes anuales al IRS y cumplan con ciertos criterios adicionales. Además, prevén también excepciones a la normativa de sus países de origen y establecen determinados procesos internos (incluyendo una retención del 30% en todos los pagos a cuentas recalitrantes o a IFs extranjeras que no hayan suscrito acuerdos con el IRS).

3.2. La FATCA puede ser implementada a través de acuerdos directos entre EE.UU. y las IFs. extranjeras o mediante acuerdos bilaterales intergubernamentales (IGAs) con terceros Estados. EE.UU. ha concluido hasta el momento más de 100 IGAs, lo que ha facilitado, en gran medida, la aplicación de la FATCA y ha permitido resolver conflictos con las leyes de privacidad de terceros países.

3.3. Además de la FATCA, el gobierno de EE.UU. ha adoptado también las reglas de la Red de Ejecución de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro (FINCEN) y la Ley de Transparencia Corporativa (2021). A través de estos marcos normativos ha buscado establecer estándares federales para la constitución de sociedades, la protección de la seguridad nacional y el comercio, y el blindaje contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y otras actividades ilícitas.

3.4. La FATCA ha introducido un sistema extraterritorial de cumplimiento tributario y cooperación en la obtención e intercambio de información financiera entre EE.UU. y terceros países, que ha tenido un relativamente alto grado de eficacia.

3.5. La FATCA presenta, sin embargo, importantes debilidades debido a sus regulaciones y excepciones, y a las dificultades y altos costos que requiere su aplicación.

4. En caso de que los Estados latinoamericanos decidan aprobar leyes dirigidas a solicitar información a IFs extranjeras sobre los depósitos y demás activos que tienen en las mismas los sujetos obligados a tributar en sus respectivas jurisdicciones, tomar como punto de partida las leyes nacionales, como la FATCA, que han mostrado mayor nivel de eficacia en el ámbito internacional, y realizar los ajustes que se consideren necesarios a la luz de las respectivas realidades internas.

5.3. Recomendaciones específicas para la OCDE en relación con el diseño y funcionamiento del sistema de Estándares Comunes de Reporte

5.3.1. Recomendaciones específicas para la OCDE en relación con el diseño y funcionamiento del sistema de Estándares Comunes de Reporte

1. Evaluar cuidadosamente los siguientes aspectos de la aplicación del CRS (lo cual podría eventualmente justificar ciertos ajustes y/o limitaciones en la aplicación del CRS), porque su aplicación no solo implica beneficios en la lucha contra la evasión fiscal, sino también desafíos complejos que requieren un análisis y consideración profundos sobre la oportunidad de incluir ciertas cláusulas de salvaguarda para proteger los derechos de los contribuyentes y garantizar la eficacia de la iniciativa:

1.1. La existencia de una cierta falta de claridad respecto a las limitaciones a las obligaciones tributarias en el modelo de acuerdo de CDI de la OCDE, en los numerosos CDIs suscritos y en las disposiciones constitucionales, razón por la cual es especialmente importante prever criterios específicos y claros que definan el alcance de dichas obligaciones.

1.2. El mantenimiento del intercambio automático de información tributaria con países que: (a) presentan una presión tributaria excesiva (algunos autores llegan incluso a abogar por la inclusión de cláusulas de salvaguarda en el CRS para proteger a los contribuyentes residentes en jurisdicciones con elevadas cargas fiscales, como

aquellas que superan el 75% de carga tributaria); (b) aplican impuestos a los subsidios estatales; y/o (c) recogen sanciones tributarias desproporcionadas.

1.3. La falta de eficiencia (definida por la consecución de los objetivos propuestos y la utilización óptima de los recursos asignados) en el uso de los recursos fiscales de algunos de los países que participan en el CRS (algunos autores consideran conveniente plantearse la cuestión relativa a si los países que no alcanzan ciertos niveles de eficiencia deberían mostrar una mejoría en el uso de sus recursos como condición para acceder al CRS).

1.4. Las posibles consecuencias para el adecuado funcionamiento del CRS de la existencia de asimetrías en los efectos de los cambios de residencia fiscal, puesto que no todos los países mantienen una vinculación indefinida con sus nacionales después de este tipo de cambio.

2. Establecer una *task force* que, con la ayuda de sus mecanismos de cooperación internacional, se encargue de monitorear las tendencias y los comportamientos en las cuentas reportables y de analizar las posibles estrategias de evasión en la economía no formal, como las criptomonedas y los medios de pago alternos.

5.3.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

1. Proponer a la OCDE los ajustes necesarios al sistema del CRS a la luz de las estructuras gubernamentales y contextos socioeconómicos de América Latina y de sus respectivos países.

2. Aplicar *mutatis mutandis* en relación con este sistema las recomendaciones preliminares recogidas en la sección 5.3.1⁷.

⁷ Si bien no se ha abordado pormenorizadamente en esta obra, diversos trabajos, incluido el realizado por Buitrago & Hernández (2021) permiten realizar las siguientes recomendaciones en relación con el Programa *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), el cual fue iniciado por la OCDE en 2012 a petición del G20 y recoge toda una serie de acciones para prevenir el traslado de beneficios de una jurisdicción a otra y evitar así que se erosione la base imponible:

1. Promover la adopción por los Estados latinoamericanos de la Convención Multilateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales Destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (2016).

2. Continuar organizando foros internacionales con países latinoamericanos (miembros y no miembros de la OCDE) sobre el cumplimiento de los estándares mínimos recogidos en el Programa BEPS de lucha contra la erosión de las bases imponibles, el traslado de beneficios e, indirectamente, las prácticas corruptas que los facilitan.

3. Fortalecer en los países de la región las siguientes medidas con el fin de permitir un mejor rastreo de las operaciones financieras, las transacciones bancarias y los esquemas agresivos de planeación tributaria (lo cual facilita, a su vez, la identificación del origen de los recursos y sus beneficiarios finales o efectivos, la detección de los delitos relativos a las prácticas de corrupción, y la prevención y limitación de este tipo de prácticas):

3.1. La presentación a la OCDE por los Estados latinoamericanos miembros de informes sobre: (a) las decisiones administrativas que conceden tratamientos preferenciales en favor de ciertos contribuyentes en materia de régimen de precios de transferencia, establecimientos permanentes, u otros que puedan generar un traslado de beneficios ante la falta de un intercambio espontáneo de información; y (b) el régimen de los precios de transferencia para cada país.

3.2. La presentación por las empresas o grupos multinacionales ante las autoridades tributarias de los Estados latinoamericanos miembros de la OCDE donde tienen presencia (y estos últimos ante la OCDE), de información financiera sobre sus subsidiarias, facilitando así a las autoridades el rastreo de la trazabilidad de las operaciones y la identificación de cómo se han manejado y dispuesto los recursos, lo que favorece la lucha anticorrupción.

3.3. La presentación por las IFs y otros sujetos obligados ante las autoridades tributarias de los Estados latinoamericanos miembros de la OCDE (y, estos últimos, ante la propia OCDE) de informes sobre los esquemas de planeación tributaria agresiva desarrollados por los contribuyentes, explicando el funcionamiento del esquema e identificando a sus promotores (esta medida también puede ser una herramienta eficaz para detectar donde se ocultan los recursos obtenidos ilícitamente, al permitir el rastreo de los ingresos en el esquema).

4. Fortalecer las medidas adoptadas por los Estados latinoamericanos miembros de la OCDE para evitar el abuso de los CDIs a través, por ejemplo, de prestar declaración falsa sobre la residencia o recurrir al *treaty shopping* (en particular, adoptando las cláusulas generales antiabuso recogidas en el modelo de CDI de la OCDE y las denominadas cláusulas sobre el propósito

6. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ROBADOS MEDIANTE PRÁCTICAS CORRUPTAS

6.1. *Recomendaciones en relación con la aplicación de las acciones recomendadas por el GAFI y los informes de seguimiento del GAFILAT*

6.1.1. Recomendaciones relativas al marco legal

A pesar de que los países de América Latina son, por regla general, parte de las Convenciones de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003), las cuales establecen un marco jurídico para poder colaborar en el desarrollo de investigaciones conjuntas, no se ha podido todavía materializar en la práctica una cooperación efectiva entre los países de la región, lo que se refleja en la ausencia de un flujo suficiente de información entre los mismos⁸. Esto se debe, en gran medida, a la heterogeneidad con la que han implementado lo previsto en las mencionadas Convenciones en materia de tipos penales, medidas cautelares y sanciones penales y administrativas. Ante esta situación, se recomienda:

1. Establecer a través del Grupo de Acción Financiera Internacional para América Latina (GAFILAT) un grupo de trabajo a nivel

principal, que permiten excluir del ámbito de aplicación de los CDIs aquellas estrategias que buscan obtener un beneficio exclusivamente fiscal).

5. Fortalecer la exigencia de incurrir en ciertos costos y gastos asociados a la investigación y desarrollo para que los contribuyentes puedan beneficiarse en los Estados latinoamericanos miembros de la OCDE de los regímenes especiales de la propiedad intelectual.

⁸ Esta situación se evidencia, en particular, en los países latinoamericanos, que han sido específicamente analizados por el Grupo de Investigación en Derecho Financiero, Tributario y Cooperación Internacional no Judicial de la Red sobre Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú. Además, Varela & Serrano han incorporado también en su trabajo sobre la función del GAFI en la lucha contra el lavado de activos el análisis de un sexto país de la región: México.

regional que identifique las importantes asimetrías existentes entre los países de la región con respecto a: (a) la definición de los tipos penales de los delitos tributarios (los informes del GAFILAT revelan que, en la región, solo se cumplen parcialmente las recomendaciones relativas a la previsión de tipos penales lo suficientemente amplios); (b) la definición del sujeto activo (así como de sus autores y partícipes); (c) los tipos de penas previstas para tales delitos (en particular, respecto a la pena privativa de libertad no conmutable por multa, y a su mayor o menor extensión, teniendo en cuenta que cuando no se incluyen penas suficientemente graves se pierde la disuasión)⁹; (d) las medidas cautelares que se pueden imponer (poniendo especial énfasis en brindar facultades suficientemente amplias a los funcionarios para su aplicación)¹⁰; y (e) eliminación del secreto bancario¹¹.

⁹ Las sanciones penales o administrativas varían significativamente entre los países, lo que plantea importantes desafíos en términos de armonización. Así, en el ámbito penal, los máximos y mínimos de las penas privativas de libertad son diferentes en cada país, lo cual es fruto en gran medida de: (a) el tratamiento del concurso con otros delitos; (b) los topes máximos para este tipo de penas en la legislación nacional; y (c) las medidas de reducción de pena o prisión domiciliaria. Por su parte, en el ámbito administrativo las variaciones son incluso mayores. Así, por ejemplo, en Brasil, el Banco Central (BACEN) puede imponer cancelaciones de matrícula, suspensiones, prohibiciones y multas, mientras que, en Colombia, se puede solicitar un embargo patrimonial en los registros públicos. Por su parte, en México es posible adelantar procesos rápidos que conduzcan al decomiso.

¹⁰ En Chile, no se distingue entre procesos penales ordinarios y casos de lavado de activos a la hora de solicitar medidas cautelares, mientras que, en Colombia, los activos asociados al lavado pueden ser objeto de un proceso de extinción de dominio desde el inicio de la investigación, con el fin de que su propiedad pase al Estado y puedan ser así utilizados en la reparación de las víctimas o en la aplicación de las medidas de prevención de las actividades criminales. Por su parte, Brasil y Argentina, que no cuentan con instituciones similares, atribuyen una amplia discrecionalidad a sus jueces para adoptar las medidas cautelares, lo que genera un alto riesgo de falta de coherencia en su aplicación.

¹¹ Respecto al secreto bancario, los países latinoamericanos difieren también en su enfoque. Así, por ejemplo, la Ley 20697 de Argentina señala que no se puede invocar el secreto bancario para ocultar una operación que sea calificada como sospechosa. Esto significa que las IFs son las llamadas a identificar las situaciones de riesgo de lavado de activos y determinar si son

Este grupo de trabajo debería también realizar recomendaciones concretas a los países de la región para que implementen reformas que puedan ayudar a reducir las asimetrías existentes.

2. Seguir las recomendaciones del GAFILAT en materia de tipificación de conductas e imposición de distintos tipos de penas (embargos y decomisos de bienes, multas y prisión), de manera que las nuevas herramientas administrativas de las que dispone el derecho tributario para incrementar la transparencia y facilitar el rastreo de las operaciones financieras con activos ilícitos, puedan también contribuir, mediante la cooperación entre las autoridades fiscales y penales, a la persecución penal de quienes buscan la opacidad y el anonimato ocultándose tras vehículos *offshore* en jurisdicciones no cooperantes.

3. Permitir, como en el sistema peruano, la iniciación de un proceso penal por fraude fiscal cuando la administración tributaria encuentra un desbalance patrimonial debido a la existencia de diferencias no justificadas entre los ingresos y los gastos declarados (esto facilita la detección de prácticas como el fraude fiscal, el lavado de activos y los delitos de corrupción que se encuentran estrechamente relacionadas porque quienes participan en actividades de corrupción buscan evitar llamar la atención de las autoridades tributarias, lo que les hace incumplir con sus obligaciones fiscales).

o no sospechosas, lo que en la práctica puede conducir a un cumplimiento parcial de la recomendación, debido a la imposibilidad de tener información sobre aquellas operaciones que no sean calificadas como sospechosas y, por consiguiente, no estén sujetas a reporte ante las autoridades responsables. Algo similar ocurre en Brasil, donde las IFs solo tienen el deber de reportar las operaciones calificadas como sospechosas (Ley 105 (2011)), mientras que el secreto bancario, que tiene protección constitucional, solo puede levantarse cuando se abra una investigación (si bien, a diferencia de Argentina, dichas entidades han suscrito también convenios para compartir información bancaria sobre cualquier transacción que pueda ser fraudulenta). En contraposición, México ha facultado a todas las entidades gubernamentales encargadas de investigar operaciones sospechosas para levantar el secreto bancario, lo que le ha llevado a liderar este tipo de acciones en la región.

6.1.2. Recomendaciones relativas al marco institucional

1. Adoptar las medidas necesarias para abordar los siguientes problemas identificados por el GAFILAT en sus informes relativos al marco institucional: (a) existencia de una notable confusión en la distribución de funciones y responsabilidades en materia de prevención del lavado de activos, especialmente en lo que se refiere al registro de información, las obligaciones de reporte y las medidas que frente a las actividades sospechosas pueden aplicar las distintas entidades competentes; (b) excesivas instituciones oficiales responsables y falta de coordinación entre ellas (lo que hace que se resistan a compartir información o a tomar medidas conjuntas); (c) falta de comunicación y de un flujo de información eficiente entre las distintas entidades para facilitar la cooperación al evaluar los riesgos y tomar las decisiones; (d) dificultades para mantener registros de información sobre las IFs; (e) obstáculos al ejercicio efectivo del derecho a solicitar acceso a dichos registros; (f) limitaciones a la adopción y aplicación de las medidas preventivas; y (g) insuficiente nivel de cooperación entre las autoridades de los países de la región para aplicar las medidas necesarias para detectar las actividades sospechosas o, cuando son detectadas, tomar acciones conjuntas en instancias de cambio de divisas o transacciones internacionales, que, cada vez con más frecuencia, tienen lugar por medios electrónicos (las medidas resultan insuficientes o pasan por alto los parámetros establecidos en las recomendaciones del GAFI).

2. Garantizar que las autoridades tributarias tengan acceso a la información de las investigaciones penales en materia de corrupción, adoptando para ello las siguientes medidas: (a) imponer a las autoridades penales, siguiendo el modelo de Noruega, la obligación de transmitirles dicha información a iniciativa propia (en las legislaciones latinoamericanas este deber no existe o es rogado, lo que resta eficacia a la cooperación entre dichas autoridades); (b) establecer que la transmisión de la información se lleve a cabo a través de mecanismos adecuados; (b) establecer una excepción a la reserva del sumario con el fin de poder cumplir con este deber; y (c) asegurarse de que los mecanismos de transmisión de la información son adecuados.

6.1.3. Recomendaciones relativas a las prácticas restrictivas

Los informes del GAFILAT muestran que las prácticas restrictivas constituyen un desafío esencial al impedir una adecuada aplicación de las recomendaciones antilavado del GAFI, lo que puede generar barreras prácticas y operativas que impidan desde su inicio cualquier intento por perseguir la criminalidad financiera en una determinada jurisdicción nacional. Con el fin de abordar los principales problemas identificados por el GAFILAT en esta materia, se recomienda que los Estados latinoamericanos adopten las siguientes medidas:

1. Reducir las diferencias tan significativas existentes entre los países objeto de análisis en materia de recopilación de la información sobre los clientes¹².

2. Abordar las dudas existentes sobre: (a) la utilidad y aplicación de los estudios previos o diligencia debida (los cuales siguen generando gran recelo en la región); y (b) la conveniencia, o no, de su tercerización (en particular, si la tercerización se realiza con entidades ubicadas en el extranjero)¹³.

¹² Así, mientras en Argentina la legislación asigna a las IFs la carga de conservar la documentación que ha permitido la identificación, sin que sea claro el procedimiento para su revelación y entrega a las autoridades, en Brasil, donde las IFs tienen un deber de conservación similar a Argentina, es el Banco Central quien determina en qué circunstancias se debe revelar la información recogida sobre los consumidores financieros. Por su parte, en Chile y Colombia existe una prohibición expresa para que las IFs no coloquen sus productos sin antes verificar los datos de los consumidores, lo que debe permitir que la entidad conozca desde el principio con quienes trata (*know your client*). Finalmente, en México, se permite abrir y administrar cuentas con pocos fondos sin obtener información sobre los clientes, lo que incrementa los riesgos para las IFs y sus actividades.

¹³ De esta manera, mientras en Argentina no existe una prohibición expresa para delegar este tipo de actividades siempre que sus resultados sean compartidos con las autoridades, en Brasil las IFs no pueden delegar esta tarea y debe existir un comisario o administrador que sea parte de la estructura corporativa de cada institución financiera y supervise el desarrollo de estas actividades. Algo similar ocurre en Chile donde, en el caso de negocios de cierta cuantía o que involucren a grupos empresariales, la institución debe designar un funcionario de alto nivel que analice la información suministrada antes de tomar una decisión sobre los mismos. Finalmente, en

3. Fortalecer el monitoreo de las actividades y profesiones no financieras designadas (el hecho de que sea esta la recomendación del GAFI con un menor nivel de cumplimiento en la región, muestra la falta de compromiso para ampliar la normativa antilavado a este tipo de profesiones y actividades, las cuales resultan, sin embargo, indispensables para el desarrollo de las operaciones de lavado de activos)¹⁴.

4. Abordar los desafíos que suponen: (a) el alto número de profesionales y la baja capacidad de regulación estatal o de autorregulación donde existe la colegiatura obligatoria de ciertas profesiones; (b) la dispersión territorial de ciertas actividades como la compraventa de joyas y las operaciones inmobiliarias (lo que dificulta todavía más su control); y (c) la existencia de disposiciones sobre el secreto profesional que pueden terminar protegiendo a los abogados o contadores involucrados en las actividades ilícitas.

5. Poner fin a la política anticorrupción que consiste en limitarse a responder a escándalos o crisis específicas como consecuencia de la presión de los medios de comunicación o de las redes sociales, sin ofrecer una aproximación estructural y coherente al problema.

Colombia se ha adoptado una solución mixta, según la cual las IFs deben adelantar sus propios procesos de diligencia debida (para lo cual pueden utilizar también la información recogida en las bases de datos públicas), pero los encargados dentro de la institución pueden capacitarse internacionalmente.

¹⁴ Argentina carece de regulación en esta materia, mientras que Brasil reconoce que algunas profesiones pueden ser instrumentales en el lavado de activos (abogados, notarios, contadores, agentes empresariales e inmobiliarios o comerciantes de joyas, entre otros), pero en la práctica no se les aplican las normas antilavado. Por su parte, Chile y Colombia han centrado su atención en los riesgos de las actividades de los casinos y los juegos de azar (habiendo establecido ciertas restricciones, como los permisos de operación y el estudio previo de los antecedentes de los administradores y los accionistas), pero han descuidado otras actividades y profesiones que implican riesgos igualmente altos, como las inmobiliarias y de compraventa de joyas, a las que no se aplican estas restricciones.

6.1.4. Recomendaciones relativas al proceso de elaboración e implementación de los informes del GAFILAT

6.1.4.1. Recomendaciones para el GAFILAT

1. Abordar los siguientes problemas metodológicos identificados en la preparación de sus informes de seguimiento¹⁵, teniendo en cuenta que estos informes: (a) no solo buscan identificar deficiencias en el grado de implementación de las recomendaciones del GAFI por los países latinoamericanos, sino también proponer soluciones prácticas y adaptadas a las realidades específicas de cada país; y (b) deberían tener en consideración y utilizar en su elaboración las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones:

1.1. La rigidez y burocracia en la redacción de los informes, debido a que son redactados después de las visitas por funcionarios del GAFILAT con base en la información proporcionada por los organismos gubernamentales de enlace, limitando así la capacidad del propio GAFILAT para examinar otras fuentes valiosas.

1.2 La falta de adaptación de los informes a la realidad regional, lo que limita su efectividad y afecta la comprensión integral de los desafíos en materia de lavado de activos.

1.3. La falta de claridad en la metodología de recolección y análisis de datos utilizada en las evaluaciones, para lo cual es recomendable dotarse de criterios preestablecidos que se apliquen de manera más uniforme en la evaluación del nivel de cumplimiento¹⁶.

¹⁵ A pesar de las dificultades y problemas observados, las propuestas del GAFI y del GAFILAT han sido útiles para abordar varios de los aspectos relativos al lavado de activos, permitiendo a los reguladores y a las IFs enfrentar estas amenazas de maneras más coherente y colaborativa (los casos Montesinos en Perú y Odebrecht en Brasil, donde se bloquearon activos y se lograron incautar fondos asociados a actividades ilícitas, son un buen ejemplo).

¹⁶ La asimetría entre los resultados de los países latinoamericanos, por un lado, y europeos y asiáticos, por otro, en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones del GAFI es el resultado, al menos parcialmente, de la falta de claridad en la metodología de recolección y análisis de datos utilizada en las evaluaciones. Esta falta de uniformidad metodológica se refleja en la disparidad de las calificaciones dadas a un mismo país con respecto al gra-

2. Dar la importancia necesaria al principio de proporcionalidad, lo que implica que la regulación debe ajustarse al entorno institucional y a la capacidad de supervisión de cada país, evitando intervenciones excesivas que generen costos de cumplimiento muy altos (lo que, a su vez, pueda redundar en la aplicación de normas arbitrarias, reforzando, de esta manera, la incapacidad institucional para implementar políticas públicas, todo ello fruto de desconocer el principio de proporcionalidad)¹⁷.

3. Fortalecer los mecanismos del GAFILAT para desarrollar “alertas tempranas” ante el crecimiento de los activos y los canales digitales. A pesar de sus más de treinta años de existencia, la relación entre el diseño y la aplicación de las recomendaciones, así como el respeto al principio de proporcionalidad arriba mencionado, continúan siendo una asignatura pendiente que dificulta la aplicación de los sistemas de gestión del riesgo en los países de la región¹⁸.

do de cumplimiento de las distintas recomendaciones. Esto puede generar confusión sobre la aplicación efectiva de las recomendaciones del GAFI en los distintos países y sus avances en las políticas antilavado.

¹⁷ Si bien los organismos intergubernamentales que proponen políticas internacionales a menudo se basan en las experiencias de los países industrializados con sistemas más complejos, el principio de proporcionalidad destaca la importancia de adaptar estas sugerencias a los contextos específicos. Este principio es especialmente importante en materia de regulación financiera, donde el recurso a normas internacionales más flexibles, como las de *soft law* (en lugar de normas más estrictas y con mayor fuerza vinculante como las de *hard law*), constituye una herramienta esencial para influir en la formulación de las políticas públicas nacionales. Numerosos autores y profesionales atribuyen las deficiencias en el cumplimiento por los países latinoamericanos de las recomendaciones del GAFI a la falta de aplicación de este principio, ya que estas podrían no estar adecuadamente adaptadas al nivel institucional y a la capacidad real de cumplimiento de los países de la región.

¹⁸ Si consideramos que este tipo de sistemas, como el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo (SARLAFT) y el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (SAGRILAF), han sido más útiles que los códigos penales en algunos de los países latinoamericanos para proteger sus sectores real y financiero (debido a su capacidad para adaptarse

6.1.4.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

1. Asegurarse de que los encargados a nivel nacional de implementar las recomendaciones del GAFILAT tienen el conocimiento y la experiencia necesarios con los métodos de lavado de activos¹⁹.

2. Entender las causas subyacentes del cumplimiento parcial de las recomendaciones, distinguiendo entre: (a) las que tienen su raíz en los problemas que se han identificado en la metodología de evaluación utilizada por el GAFILAT; y (b) las que son consecuencia de su falta de integración efectiva en los ordenamientos jurídicos y en las estructuras institucionales nacionales.

3. Realizar un esfuerzo conjunto para: (a) realizar una revisión pormenorizada de la metodología que utilizar el GAFILAT para evaluar el nivel de cumplimiento de las recomendaciones del GAFI por los países latinoamericanos, identificar los cambios necesarios a la luz de la complejidad de las estructuras gubernamentales y contextos socioeconómicos de la región y de los respectivos países, y proponer su adopción por el GAFILAT; y (b) revisar y plantear periódicamente al GAFILAT los nuevos ajustes que se consideren necesarios en su metodología de evaluación con base en la evolución de las realidades regionales y nacionales.

4. Promover las reformas necesarias para: (a) el fortalecimiento del marco jurídico de los países de la región, incluyendo la aprobación de los reglamentos necesarios en la legislación interna para evitar los vacíos legales y derogar las trabas burocráticas que puedan obstaculizar la entrega eficiente de información a las instancias necesarias; y (b) el fortalecimiento institucional en los respectivos países.

a la rápida evolución de los esquemas de lavado de activos), es evidente la importancia de resolver las cuestiones arriba planteadas. De lo contrario, su disfuncionalidad en América Latina continuará afectando a la integridad y eficacia de estos sistemas a nivel mundial, obstaculizando los esfuerzos por dismantlar las organizaciones criminales detrás de las actividades de lavado (con independencia de las actuaciones penales que pueda haber en curso).

¹⁹ Esto es particularmente importante teniendo en cuenta que la aplicación de las normas carece de una relación simbiótica con los reguladores, dificultando con ello todavía más su implementación.

Todo ello con el fin de mejorar sus capacidades para asegurar una implementación más eficiente de las recomendaciones del GAFILAT con los ajustes que sean necesarios a la luz de las realidades regionales y nacionales.

5. Diseñar estrategias dirigidas a simplificar la complejidad de las estructuras gubernamentales encargadas aplicar las recomendaciones del GAFILAT.

6. Fortalecer la cooperación interinstitucional dentro de cada país para fomentar la colaboración entre el regulador, las IFs y las entidades gubernamentales en la supervisión y aplicación de las recomendaciones del GAFILAT.

7. Implementar mecanismos más sólidos y efectivos para: (a) mejorar el seguimiento y supervisión del grado de cumplimiento de las recomendaciones del GAFILAT; y (b) fortalecer la cooperación internacional a estos efectos (esto con el fin de promover un nivel suficiente de implementación de las recomendaciones del GAFILAT con los ajustes que puedan ser necesarios a la luz de la situación específica de la región latinoamericana y de sus respectivos países).

8. Incorporar y aprovechar al máximo las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar la efectividad de los mecanismos de evaluación y supervisión, con el fin de garantizar un seguimiento más rápido y preciso de las prácticas de las IFs y sus clientes.

9. Fortalecer la capacidad para tratar la información de las actividades sospechosas, dada la ineficiencia de las medidas desplegadas hasta el momento.

10. Abordar el problema de la falta de recursos para financiar adecuadamente la coordinación y aplicación de las acciones recomendadas (de ahí, la importancia de la cooperación internacional de terceros países para fortalecer las articulaciones institucionales y las relaciones entre reguladores e IFs).

11. Implementar sistemas de alerta temprana ante el crecimiento de los activos y los canales digitales.

6.2. Recomendaciones para fortalecer el sistema de cooperación internacional previsto en la Convención de Mérida con el fin de identificar, embargar, decomisar y restituir los activos robados a través de prácticas corruptas

A pesar de las medidas recogidas en la Convención de Mérida, persisten importantes obstáculos que afectan de forma muy significativa a la eficacia del proceso de identificación, embargo, decomiso y restitución de activos robados a través de prácticas de corrupción, los cuales se pueden clasificar en las tres categorías siguientes: (a) el tiempo y los altos costos involucrados para los Estados víctima que buscan activamente la restitución; (a) las defensas jurídicas empleadas por los funcionarios corruptos para evitar la devolución de los activos; y (c) la limitada cooperación y asistencia internacional para su devolución a los Estados víctima. Ante esta situación, se recomienda a los Estados parte de la Convención de Mérida (incluidos los Estados latinoamericanos) adoptar las siguientes medidas:

6.2.1. Recomendaciones para reducir el tiempo y los esfuerzos necesarios para obtener información a través de la cooperación internacional

1. Fortalecer los procedimientos de intercambio interestatal de información, al tratarse de un elemento esencial en cualquier proceso de identificación, embargo, decomiso y restitución de activos robados.

1.1. Mejorar las oportunidades de intercambios informales porque la falta de confianza es la principal barrera para el intercambio informal de información de naturaleza sensible.

1.2. Crear oportunidades para que los profesionales competentes de cada país se conozcan entre sí en entornos laborales, y se fortalezcan las interacciones sociales allí generadas²⁰.

²⁰ Existen muchas redes mundiales y regionales de organismos encargados de hacer cumplir la ley (*Association of Caribbean Commissioners of Police, Association of Southeast Asian Nations Chiefs of Police, Camden Assets Recovery In-*

1.3. Organizar cursos o seminarios de capacitación para que los investigadores y los fiscales de los distintos países se conozcan e interactúen²¹.

2. Divulgar la información y estadísticas sobre las solicitudes de asistencia mutua entre Estados (AME) recibidas.

ter-Agency Network, Eastern Africa Police Chiefs Cooperation Organization, Euro-just, European Judicial Network, Europol, Global Legal Information Network, Global Focal Point Network on Asset Recovery (Interpol-Star), Hemispheric Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition of the Organization of American States, Pacific Transnational Crime Coordination Centre, Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa, Southeast European Law Enforcement Centre, Southern African Regional Police Chiefs Cooperation Organization y Sahel Judicial Platform). El Grupo de Trabajo sobre Recuperación de Activos de la Conferencia de Estados Parte de la Convención de Mérida (COSP) celebra numerosas reuniones cada año, y los Estados parte tienen la obligación de alentar a que el personal responsable de la recuperación de activos asista. Los Estados parte deberían apoyar la creación de más redes regionales y mundiales, así como asegurarse de que el personal pertinente de sus organismos participe en las mismas y se le conceda el tiempo y los recursos necesarios para asistir a las reuniones. Los organismos donantes deberían apoyar la creación de redes informales en las que el personal de los organismos anticorrupción y las fiscalías de los Estados en desarrollo y sus homólogos en los posibles Estados que albergan a los acusados puedan debatir cuestiones comunes y compartir información. Así, por ejemplo, la Agencia Noruega de Ayuda ha financiado la Red de Cazadores de la Corrupción durante más de una década y sus miembros brasileños atribuyen la recuperación de varios cientos de millones de dólares en el escándalo de Petrobras a las relaciones fomentadas en las reuniones extraoficiales que el grupo celebra dos veces al año.

²¹ Así, la *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* (ONUDD), la *Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados* (StAR) del Banco Mundial y la ONUDD y ONGs como el Centro Internacional para la Recuperación de Activos del Instituto de Basilea y la Academia Internacional Anticorrupción de Viena ofrecen programas de capacitación abiertos a personal de diferentes países. Se deberían financiar estos y otros esfuerzos similares, dirigidos a desarrollar las relaciones de confianza entre las contrapartes. De manera, que fortalecer la confianza sea considerado como una medida de su eficacia en las evaluaciones de los programas.

2.1. Publicar en internet guías sobre la legislación nacional que regula los requisitos formales y materiales que han de cumplir las solicitudes de AME para ser procesadas, con el fin de reducir en la mayor medida posible las devoluciones por su incumplimiento.

2.2. Revisar y comentar todo borrador de solicitud de AME antes de su presentación formal por el Estado víctima, con el fin de garantizar que toda solicitud cumpla con la legislación nacional del Estado requerido y evitar así devolverla por incumplimiento de sus requisitos formales.

2.3. Publicar estadísticas sobre las solicitudes de AME recibidas, el número de solicitudes devueltas por incumplimiento, el motivo de la devolución y el tiempo medio necesario para dar cumplimiento a una solicitud. Estos datos, que los Estados que reciben gran volumen de solicitudes deberían automatizar, permitirían: (a) que los Estados víctima conozcan las áreas a las que deben prestar especial atención al redactar sus solicitudes de AME y proporcionarían una clara idea sobre cuánto tiempo puede llevar recibir la información solicitada; (b) que los legisladores, los medios de comunicación y la sociedad civil puedan tener un conocimiento más detallado sobre si sus respectivos gobiernos están cooperando plenamente con los Estados víctima en la lucha contra la corrupción y, de no ser así, dónde están las demoras y qué recursos adicionales o enmiendas legislativas se requieren para garantizar que sus países estén plenamente comprometidos con el proceso de identificación, decomiso y restitución de activos.

3. Designar un punto focal internacional para ayudar a todos los Estados parte de la Convención de Mérida con las solicitudes de AME, porque, incluso en las mejores circunstancias, pueden surgir malentendidos y desacuerdos entre los Estados víctima y los Estados requeridos²²). Este nuevo punto focal internacional podría ser un organismo internacional o intergubernamental ya existente (como,

²² La ONUDD, el StAR, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos y otros organismos internacionales e intergubernamentales han utilizado hasta ahora las relaciones personales para resolver las diferencias, pero el aumento del volumen de solicitudes de AME requiere designar un punto focal para que sea formalmente responsable de ayudar a los Estados

por ejemplo, el StAR, la Oficina del Secretario General de las Naciones Unidas o el Grupo de Trabajo sobre Recuperación de Activos de la COSP con el apoyo del personal de la propia Secretaría de la COSP y de la ONUDD), o incluso se podría crear una nueva agencia internacional a estos efectos (lo importante es que exista una entidad responsable de ayudar a los Estados víctima a obtener de manera rápida y sencilla la información y la asistencia que necesitan de los Estados requeridos, y que dicha entidad sea responsable de los resultados)²³.

6.2.2. Recomendaciones para ayudar a los Estados víctima con capacidades limitadas

1. Promover que los Estados parte de la Convención de Mérida en cuyo territorio se encuentran los activos sean más proactivos en ayudar a los Estados víctima que todavía no han desarrollado plenamente sus capacidades de actuación para que puedan superar los obstáculos identificados en el proceso de identificación, decomiso y restitución de activos robados.

en todo lo relativo al proceso de preparación, presentación y respuesta a dichas solicitudes.

²³ El nuevo punto focal internacional podría desempeñar, entre otras cosas, las siguientes funciones: (a) albergar un sitio web donde se puedan encontrar guías sobre las leyes de AME de los Estados parte, para que puedan ser consultadas al preparar las solicitudes; (b) recibir preguntas de los Estados víctima para que fueran contestadas por su personal; y (c) poner en contacto a las personas responsables de los Estados víctima y requerido para que puedan comunicarse directamente (haciéndose énfasis en la urgencia que pueda tener la tramitación del proceso); (d) mediar en los desacuerdos que pueda haber entre Estados; (e) trabajar con los Estados parte de la Convención de Mérida para modernizar sus leyes de AME a fin de garantizar que puedan responder a las solicitudes de información (al margen de que se soliciten, o no, por una conducta que sea delictiva en el Estado requerido); y (f) promover la derogación en los Estados parte de las disposiciones obsoletas que obstaculizan la eficacia de la cooperación solicitada (por ejemplo, notificar a los titulares de las cuentas bancarias cuando se solicitan registros de sus operaciones).

2. Autorizar a las autoridades nacionales, como hace la *Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets* (2015) de Suiza, para iniciar procedimientos para embargar, decomisar y devolver activos robados cuando los gobiernos de los Estados víctima no pueden hacerlo²⁴.

3. Autorizar, como hace la *Criminal Finances Act* (2017) del Reino Unido, la adopción de órdenes de decomiso con respecto a activos cuya adquisición no puede ser justificada y que se sospecha que provienen de sobornos, lavado de dinero y otros delitos graves²⁵.

²⁴ Esto se produce, en particular, cuando se cumplen las siguientes cuatro condiciones: (a) parece inevitable que el gobierno del Estado víctima al que pertenecen los funcionarios corruptos vaya a perder el poder, o ya lo ha hecho; (b) la corrupción en dicho gobierno ha sido notoriamente alta; (c) los activos probablemente se adquirieron mediante corrupción, mala administración u otros delitos graves; y (d) los intereses de Suiza requieren su embargo y decomiso. Cuando el gobierno suizo determina que se cumplen estas condiciones, el Ministerio de Finanzas solicita al Tribunal Administrativo Federal una orden de embargo de los activos, y luego otra de decomiso. Este último no está sujeto a ninguna limitación temporal, y se lleva a cabo con base en la presunción del origen ilícito de los activos, la cual se aplica cuando el tribunal determina que la riqueza de la persona ha aumentado desmesuradamente y que el nivel de corrupción en el país era notoriamente alto durante su mandato. Esta presunción solo puede ser desvirtuada si el titular demuestra que los activos fueron adquiridos legítimamente con una “probabilidad aplastante”. Una vez firme el decomiso, la normativa suiza requiere que los bienes decomisados sean restituidos al Estado víctima.

²⁵ La *Criminal Finances Act* (2017) permite a los organismos estatales del Reino Unido encargados de hacer cumplir la ley obtener órdenes dirigidas a los sospechosos para que presten declaración (escrita u oral) sobre su interés en los bienes, la manera cómo se adquirieron (incluyendo la forma de pago) y cualquier otra información necesaria para determinar la naturaleza lícita o ilícita de los fondos con los que se compraron. Si los afectados no transmiten la información solicitada, los organismos competentes pueden iniciar una acción civil conforme a la Parte 5 de la *Proceeds of Crime Act* para decomisar la propiedad. Esto significa la posibilidad de obtener del tribunal competente: (a) una orden de embargo si el origen de los bienes parece sospechoso; y (b) una orden de decomiso si los bienes se obtuvieron por medios delictivos. Esta última solo será emitida cuando el tribunal esté convencido de que existen motivos razonables para creer que los afectados no

4. Establecer unidades dedicadas a cooperar con los Estados víctima para buscar, identificar, decomisar y restituir los activos robados, que podrían tener como modelo las unidades especiales dedicadas a ayudar a los Estados víctima a recuperar activos robados que han sido establecidas en la Policía Metropolitana del Reino Unido o en la Sección Antilavado de la División Penal del Departamento de Justicia de EE.UU.

6.2.3. Recomendaciones para reducir los costos en los que incurren los Estados víctima y superar ciertos obstáculos adicionales²⁶

1. Requerir por los Estados requeridos el cumplimiento de las siguientes condiciones para permitir que las autoridades o funcionarios presuntamente corruptos puedan pagar con los activos embargados los honorarios de sus abogados en los procedimientos para su decomiso y restitución: (a) que los supuestos propietarios puedan demostrar de manera convincente que no disponen de otros fondos para hacer frente a los gastos de defensa; y (b) que se establezcan en estos casos límites apropiados al uso de estos fondos, incluyendo restricciones a los honorarios exorbitantes y a las impugnaciones sin fundamento contra las resoluciones judiciales²⁷ (con esto se busca un

podrían permitírseles dadas sus fuentes conocidas de ingresos legales. Una vez decomisados, los bienes pueden ser restituidos al Estado víctima.

²⁶ Así, por ejemplo, Nigeria tardó 16 años en recuperar una parte de los miles de millones que Sani Abacha robó mientras estuvo en el poder. Además, ha acordado pagar a los abogados privados una “fortuna” para recuperar el dinero perdido en un reciente robo de ingresos petroleros. Si bien los Estados requeridos están obligados por el derecho internacional de los derechos humanos a garantizar que los procedimientos de embargo, decomiso y restitución de activos sean justos, esto no significa que los procedimientos deban prolongarse o que tengan que ser excesivamente costosos.

²⁷ Esta recomendación fue el resultado de la encuesta realizada por la StAR entre profesionales del derecho en 2011, que mostró su amplio apoyo a la prohibición del uso de fondos embargados para pagarlos los honorarios legales, a menos que los supuestos propietarios puedan demostrar de manera convincente que no disponen de otros fondos para hacer frente a los mismos.

equilibrio entre los derechos de los supuestos propietarios con los de los Estados víctima a recuperar los activos robados, desincentivando al mismo tiempo las maniobras de los abogados para prolongar las actuaciones e incrementar sus honorarios).

2. Prohibir los acuerdos de honorarios exorbitantes entre los Estados víctima y los profesionales privados (esto sucede como resultado de la falta en los primeros de analistas capaces de rastrear los flujos internacionales de dinero, investigadores que sepan cómo utilizar los registros públicos para encontrar activos y abogados familiarizados con las leyes de AME)²⁸.

3. Prohibir los acuerdos de pago de un porcentaje de lo que se recupere (a los que los Estados víctima llegan normalmente a cambio de que los profesionales privados autofinancien los procesos).

4. Seguir en los Estados víctima los procedimientos de contratación estándar para cualquier consultor o firma de servicios profesionales (redactar una solicitud de propuestas, difundirla ampliamente y designar un comité técnico de expertos para evaluar las propuestas presentadas de acuerdo con métricas de selección divulgadas públicamente), con el fin de eliminar cualquier indicio de un acuerdo “de favor” con el despacho contratado.

5. Publicar en los Estados víctima los contratos de servicios profesionales en los procedimientos de embargo, decomiso y restitución²⁹.

²⁸ Estas malas prácticas generan que una devolución de decenas o cientos de millones de dólares signifique que las empresas obtengan remuneraciones que exceden con creces un honorario razonable por su trabajo, incluso teniendo en cuenta el riesgo que corren de recibir poco o nada si no se recuperan los activos (tarifas tan elevadas hacen que los Estados víctima reciban menos, desacreditan estos procesos y alimentan las sospechas de los ciudadanos de que se encuentran también corrompidos).

²⁹ Por estas razones, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil que participaron en el Foro Global sobre Recuperación de Activos de 2017 recomendaron que los Estados víctima eviten “el uso de acuerdos de honorarios no especificados o contingentes”. Para garantizar que cualquier tarifa pagada por servicios de recuperación de activos sea razonable, los Estados víctima no deberían nunca aceptar pagar un porcentaje de lo que se recupere.

6. Promover que los gobiernos de los Estados víctima que carezcan de personal preparado recurran a Estados u organizaciones que les pueden asesorar y ayudar de forma gratuita, como sucede con la StAR, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos, ciertos donantes (o entidades financiadas por donantes) o Estados (como EE.UU. y el Reino Unido) en cuyo territorio se esconden activos robados y que cuentan con unidades creadas específicamente para ayudar en la recuperación de activos.

7. Procesar a los funcionarios corruptos en los Estados en los que son detenidos por el delito de lavado de activos (en aplicación del art. 23 de la Convención de Mérida), lo que requiere que todos los Estados parte tipifiquen esta conducta.

8. Imponer a los funcionarios corruptos condenados la sanción de decomiso de los fondos lavados, además de las correspondientes penas de multa y prisión.

9. Iniciar procedimientos para confiscar los activos siempre que las autoridades o funcionarios corruptos, o bien sus intermediarios o facilitadores, adquieran bienes o hagan depósitos en bancos de Estados parte utilizando activos robados.

10. Conceder a los gobiernos de los Estados víctima la posición procesal de parte civil en los casos de lavado derivados del ocultamiento de activos robados en el territorio de Estados con sistemas de derecho civil (las legislaciones de Francia y Suiza pueden servir como modelo)³⁰.

11. Recurrir en los sistemas de derecho común (*Common Law*) a los estatutos de compensación a las víctimas para llegar al mismo

³⁰ El art. 53(c) de la Convención de Mérida otorga al Estado víctima el derecho de interponer su reclamación sobre los activos como su “legítimo propietario antes de que sean confiscados”. En los Estados cuyas leyes siguen la tradición del derecho civil, las víctimas de delitos generalmente pueden unirse a un proceso penal como “parte civil”. Los procedimientos de parte civil establecen que, tras una condena, se ordenará al acusado que indemnice a la víctima por los daños causados por el delito.

resultado que en la recomendación anterior, si bien a través de un procedimiento diferente³¹.

12. Eliminar ciertos obstáculos técnicos que pueden surgir en los procedimientos de decomiso y restitución de activos a raíz de la regulación recogida en el art. 54 de la Convención de Mérida³², adoptando para ello las siguientes medidas:

12.1. Garantizar que, según las leyes de enriquecimiento ilícito nacionales de los Estados parte, todos los activos que las autoridades o funcionarios obtengan mediante prácticas de corrupción se conviertan, en virtud del art. 54 de la Convención de Mérida, en activos involucrados en la comisión de delitos recogidos en la Convención, estando, por tanto, sujetos a decomiso y restitución obligatorios por los Estados en cuyo territorio se encuentren.

12.2. Exigir a los funcionarios públicos que presenten declaraciones de su situación financiera (los Estados parte pueden incluso reformar su normativa interna para que los activos que los funcionarios no revelen automáticamente estén sujetos a decomiso y restitución inmediatos)³³, con el fin evitar procesos penales prolongados por enriquecimiento ilícito.

12.3. Promulgar leyes de decomiso sin condena conforme a la tendencia surgida en los últimos años de permitir que los activos se pu-

³¹ En estos países, los estatutos de las víctimas del delito les permiten solicitar al tribunal, tras la condena de los acusados, la recuperación de los daños o de la propiedad robada. En todo caso, lo importante es que los Estados que tienen jurisdicción: (a) se aseguren que sus leyes incluyan disposiciones de parte civil o de compensación a las víctimas; y (b) las empleen para encontrar los activos robados y devolverlos a los Estados víctima.

³² Según el art. 54 de la Convención de Mérida, estos procedimientos: (a) son únicamente aplicables a aquellos activos ilícitos adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado en la Convención; y (b) requieren que el Estado víctima los promueva según la legislación del Estado requerido. Cuando no se dan ambas condiciones, la legislación del Estado requerido puede impedir el decomiso y restitución.

³³ En Trinidad y Tobago, los tribunales han dictaminado que los activos no divulgados están sujetos a confiscación. Lo mismo han hecho los tribunales británicos en relación con los procedimientos de embargo, decomiso y restitución allí interpuestos por Nigeria.

edan decomisar y restituir sin la existencia de una condena previa, al menos en aquellos casos en que las personas corruptas hayan muerto o no puedan ser encontradas o los delitos hayan prescrito³⁴.

³⁴ La UNODC ha subrayado que la falta de leyes de decomiso sin condena ha impedido el decomiso y la restitución de activos en varios casos porque no todos los Estados parte de la Convención de Mérida han promulgado leyes de decomiso sin condena.

ANEXOS

Anexos relativos al Capítulo 5

Anexo I

SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI EN AMÉRICA LATINA (GAFILAT) EN RELACIÓN CON EL MARCO LEGAL*

	Tipicidad en las Infracciones	Medidas cautelares	Secreto bancario	Sanciones internacionales
País	Deben estar tipificados los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo para permitir la investigación y el juzgamiento de esas conductas.	Las medidas cautelares son de vital importancia por cuanto exigen que el imputado demuestre el origen de sus bienes e ingresos (GAFI, Recomendaciones 4 y 38). Las medidas cautelares impiden que el imputado se vuelva ilíquido o se deshaga de sus bienes, todo esto sin importar que no exista una condena penal. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CI-CAD) recomendar medidas cautelares, administrativas y judiciales sobre la destinación de los bienes producto del lavado de activos y de actividades relacionadas, desde multas hasta extinción de dominio. El objeto de las medidas es el decomiso tanto de los instrumentos del delito, del producto y provecho del delito, de los activos reemplazados, sustituidos o transformados, como de los bienes producto o provecho del delito. También se tiene como objeto hacer efectiva la multa, la indemnización civil y la restitución.	La Recomendación 9 indica que las normas relativas al secreto de las instituciones financieras no deben impedir la aplicación del resto de las disposiciones dirigidas a combatir las prácticas de LA, FT y PADM.	Las Recomendaciones sobre sanciones se puede dividir en dos: En primer lugar, la Recomendación 35 propone que todas las jurisdicciones cuenten con una gama completa de sanciones eficaces y disuasivas de distinta naturaleza (civiles, penales y administrativas) para IFs y no financieras que incumplan con las recomendaciones. En segundo lugar, debe sancionarse el incumplimiento de las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) respecto a FT y PADM (Recomendaciones 6 y 7)

* Abreviaturas de uso frecuente en todos los Anexos: Lavado de Activos (LA); Banco Corresponsal (BC); Actividades y Profesiones no financieras Designadas (APNFD); Beneficiario Real (BR); Financiamiento del Terrorismo (FT); Institución Financiera (IF); Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (PADM); Persona Expuesta Públicamente (PEP); Reporte de Operación Sospechosa (ROS); Unidad de Información/Inteligencia Financiera (UIF).

	Tipicidad en las infracciones	Medidas cautelares	Secreto bancario	Sancciones internacionales
Argentina	Ley 25.246 Ley 23.737 Ley 26.087 Ley 26.119 Artículos 303 a 306 del Código Penal Resolución de la Procuración General de la Nación (PGN) 129/09	Entre las medidas cautelares contempladas en la ley se encuentran: el embargo, la clausura, el secuestro, la inhabilitación general del manejo de bienes con intervención judicial, la prohibición de novar y contratar, y la anotación de litis s. "El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes. En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico." – Art. 305 Código Penal.	Ley No. 20697. No se puede invocar el secreto bancario comercial o profesional o acuerdos de confidencialidad para no suministrar información a la Unidad de Información Financiera (UIF) en un ROS. Según el último reporte GAFI realizado en 2010, el país se encuentra en un nivel de cumplimiento parcial de las Recomendaciones GAFI: (i) La UIFUIF tiene poderes limitados para investigar prácticas de este tipo; (ii) La Comisión Nacional de Valores (CNV) no puede compartir información con la UIFUIF a menos que haya una autorización judicial lo que puede causar demoras en el acceso); (iii) el secreto financiero y profesional solo puede ser levantado por un requerimiento en el marco de un ROS originado en el país; (iv) en ausencia del ROS solo se podrá efectuar mediante autorización judicial, lo que puede demorar el proceso.	Aún no se conocen los criterios de aplicación de Recomendaciones sobre sanciones que fueron introducidos con posterioridad a la última evaluación. Sin embargo, las autoridades de supervisión sobre las instituciones financieras pueden imponer sanciones administrativas, aunque no estén específicamente previstas en las normativas sobre LA/FT.
Brasil	Lei 9613 Lei 12.683/12 Lei 9613 1998 En el reporte de seguimiento intensificado de 2015, GAFILAT reporta deficiencias en la redacción del tipo del delito de lavado de activos por falta de efectividad lo que ha ocasionado muy pocas sentencias por LA y por no tener un alcance lo suficientemente amplio para enlazar con otros tipos penales.	Existen medidas cautelares patrimoniales en el Código Procesal Penal y en la Lei 9.613/98, con las novedades incluidas por la Lei 12.683/12, que elimina una lista taxativa donde solo se podían aplicar a ciertos delitos; ahora se pueden aplicar a todos los delitos relacionados con LA, de tal manera que se puedan mitigar las consecuencias posteriores de las penas privativas de libertad y la comisión de otros delitos económicos.	El derecho a la privacidad y a la intimidad es inviolable, excepto en presencia de investigaciones sobre hechos criminales (Art. 5 Constitución). Las IFs tienen la obligación de reportar actividades o clientes sospechosos (Ley Complementaria 105 del 2001, art 1). El Banco Central (BACEN) y la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM) pueden compartir información confidencial sin autorización judicial (Ley 8249/1992). El secreto bancario no es impedimento para que BACEN y CMV realicen sus labores supervisión. El Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) UIF goza de las mismas prerrogativas conforme al Decreto 9.663 de 2019 y puede suscribir acuerdos tanto públicos como privados para ampliar sus fuentes de información. Tanto BACEN como CVM pueden suscribir acuerdos con organizaciones internacionales con el fin de brindar/recibir apoyo y colaboración	BACEN es la entidad encargada de asegurar el cumplimiento de los Recomendaciones sobre LA y FT e imponer sanciones cuando procedan. La CVM, la Superintendencia de Seguros Privados (SUSEP), el Servicio de Protección al Crédito Serviço SPC y COAF también tienen competencias para sancionar en esta materia. Las sanciones son aplicables tanto a la empresa como a sus administradores y dependen de la gravedad de la conducta; dentro de ellas se incluyen la cancelación, suspensión o prohibición de actividades financieras, al igual que multas. También existe la posibilidad de utilizar medidas preventivas y advertencias.

	Tipicidad en las infracciones	Medidas cautelares	Secreto bancario	Sanciones internacionales
Chile	Ley 19.913 Ley 20.818	En Chile no existe diferencia entre las medidas cautelares para LA y las de otros delitos, por lo que se pueden aplicar todas las disponibles en un proceso penal como la citación, la prisión preventiva, la privación de la libertad domiciliaria (sujeto a la vigilancia de una persona o institución), la prohibición de salir del país, etc. La Unidad de Análisis Financiero (UAF) tiene la facultad de recolectar información con el fin de identificar a las personas contra las que haya sospecha razonable de financiación del terrorismo. No obstante, el reporte de seguimiento de GAFI del 2015 determinó que subsisten deficiencias respecto a la forma de probar los criterios de razonabilidad, la aplicación de distintos regímenes y el alcance de las medidas de prevención como la congelación de los activos.	En el informe GAFI de 2010 se detectaron varias deficiencias que fueron en su mayoría resueltas de acuerdo con el reporte del 2021. Algunos de estas eran: (i) Art. 154 de la Ley General de Bancos (LGB) (sobre secreto bancario que solo podía ser revocado por juez ordinario); (ii) Art 2 Ley contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (Ley contra LA/FT) puede requerir información sobre transacciones y eliminar el secreto bancario; (iii) el Art 35 Ley LA/FT (permite solicitar divulgación de información para iniciar el proceso administrativo), (iv) Art. 5 de la Ley de Mercado de Capitales (LMC), Decreto Legislativo 3538 (la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) debe brindar apoyo a las investigaciones); y (v) Sub párrafo II de la Ley 21130 (12-ene-2019) (la IFS deben suministrar información sobre sus clientes).	Recomendaciones 6 y 7: En materia de PADM aún no existen procedimientos claros para hacer efectivas las obligaciones de personas naturales y jurídicas. Recomendación 35: Las sanciones no incluyen a abogados, contadores y comerciantes de piedras preciosas. No existen procedimientos claros para la suspensión o cancelación de transacciones, licencias o personalidad jurídica de estas profesiones.
Colombia	Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004 Artículo 323 de la ley 599 del 2000. Ley 1121 de 2006 Sentencia 23174, nov. 28/07 Ley 1708 de 2014 Se destaca el esfuerzo del legislador colombiano por agotar el listado de los posibles orígenes del activo en un conjunto de conductas que están tipificadas como delitos de manera individual pero que suelen involucrar un esfuerzo adicional para brindarles apariencia de legalidad única manera como los autores de dichas conductas puedan disfrutar de su producto. Con tipos penales similares la mayoría de los países busca perseguir actividades que cuentan con un poderoso incentivo económico (las ganancias extraordinarias derivadas de la ilicitud) mediante la frustración de dicho incentivo.	La medida cautelar principal para el lavado de activos es la iniciación de un proceso de extinción de dominio.	Las normas que regulan la divulgación de información por parte de las IFS no impiden que las autoridades tengan acceso a datos relevantes sobre clientes y transacciones. Si bien la Constitución protege el derecho a la privacidad y el habeas data, existen varios escenarios en los que las autoridades pueden conocer cierta información: (i) Art. 15 Constitución (para efectos tributarios o judiciales, casos de vigilancia e intervención); (ii) Art 27 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (CPACA) (divulgación para actuaciones de entidades administrativas), (iii) Art. 8, Ley 1121/06 (información requerida por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)); (iv) Art. 42 Ley 1621/13 (respecto de agencias de inteligencia); (v) Decreto 255/09 (facultades de la Superintendencia Financiera [SFCJ]), (vi) Decreto 4048/08 y Decreto 2245/11 (facultades de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN), (vii) Art. 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y art 45 de Ley 510/99 (facilita el intercambio de información con organizaciones internacionales o de otros países).	Recomendaciones 6 y 7: La ley 1121 de 2006 permite investigar a una persona en contra de quien existan sospechas razonables de FT y en ese caso optar por la congelación de sus activos. Las diversas autoridades involucradas en una investigación de ese tipo están en obligación de revisar sus bases de datos en busca de la información relevante. Sin embargo, las IFS y los APNFD no están en la obligación de congelar recursos durante las investigaciones. Varias medidas de prevención recomendadas por GAFI todavía no están previstas en la legislación. Respecto de la PADM existe la obligación de informar a las autoridades, pero no existen todavía medidas preventivas o de congelación de activos específicas. Recomendación 35: Si bien existe una gran gama de sanciones de naturaleza civil, administrativa y penal, la legislación aún no cubre todos los APNFD, y tampoco las transferencias internas o servicios postales.

	Tipicidad en las infracciones	Medidas cautelares	Secreto bancario	Sanciones internacionales
México	Art. 7 del Código Penal Federal Art. 12 del Código Penal Federal Art. 9 del Código Penal Federal Vigésimo tercer capítulo, Art. 400, del Código Penal Federal Código de Procedimiento Penal Federal	Las medidas cautelares no incluyen la extinción de dominio y pueden generar conflictos en su interpretación, al igual que vulneración de los derechos de los terceros. En materia de investigación penal, la prueba indiciaria recibe un tratamiento secundario. Según el reporte GAFI de 2018, las autoridades mexicanas pueden utilizar varias medidas cautelares, pero no lo hacen apropiadamente ya que su aplicación es demasiado demorada para lograr los efectos esperados. Solo se hace el uso debido de la lista de personas bloqueadas de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Estas medidas cautelares están diseñadas para facilitar la investigación de posibles actividades ilícitas.	En materia de LA y FT, todas las entidades sujetas al secreto bancario (excepto la Financiera de Desarrollo Nacional para la Agricultura, Rural, Bosques y Pesqueras, FND) están obligadas a proporcionar información sin violar medidas de seguridad y secreto.	Recomendación 6 y 7: Existen procesos claros para identificar criterios razonables sobre FT y proceder a la congelación de los activos. Las entidades responsables tienen acceso rápido a bases de datos y tienen la obligación de aportar información para una investigación. En materia de PADM, los criterios, procedimientos y obligaciones no difieren de los de FT. Recomendación 35: La Ley Federal de Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPRIPOI) permite una serie de acciones aplicables a personas jurídicas y los administradores de IFs. Las autoridades de supervisión cuentan con una amplia gama de sanciones a su disposición. Sin embargo, las penas máximas aun no son disuasivas, específicamente para grandes empresas.
Perú	Acuerdo Plenario N° 01 – 2017 Decreto Legislativo N° 957 Art. 10 del Decreto Legislativo N° 1106 Art. 316 del Decreto Legislativo N° 957	La autoridad competente sobre el delito puede presentar la acción penal. Si la conducta encuadra en el tipo de delito de LA, las medidas cautelares pueden ser la incautación de los bienes muebles e inmuebles, sin necesidad de una imputación formal.	(i) Art. 140 de Ley General del Sistema Financiero (LGSF) prohíbe la divulgación de información por parte de IFs pero no aplica en materia de LA/FT; (ii) Art 143 de LGSF prevé un procedimiento para el levantamiento del secreto bancario en presencia de múltiples delitos; (iii) la Resolución No. 1132/15 de SBS señala el procedimiento administrativo para el levantamiento del secreto bancario por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS); (iv) Art. 6 de Ley 29782 ordena el intercambio de información entre la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) y la SBS respecto a entidades vigiladas por la primera; (v) los Art. 3-A de Ley No. 27693; 7 Ley de Regulación No. 27693, y el Decreto Supremo 020-2017-JUS permiten el acceso directo a información por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF/UIF); (vi) el Art. 7 de la Resolución No. 0540-99 de SBS y los Arts. 140-143 de la LGSF determinan los casos de levantamiento del secreto bancario.	Recomendaciones 6 y 7: Las autoridades pueden requerir de información permanente sobre los individuos y las empresas sospechosos de FT. SBS debe examinar si existen criterios razonables y la UIF/UIF cuenta con facultades para ordenar el congelamiento de los activos. En materia de PADM, el proceso es claro, la IF recibe una orden de la UIF para congelar los activos, acción que debe efectuarse de manera expedita. Recomendación 35: Las sanciones por no cumplir los requerimientos de FT y PADM son variadas y aplicables para personas naturales y jurídicas, así como abogados y contadores. No obstante, las sanciones aplicables a administradores y empleados de empresas no cumplen con todas las recomendaciones GAFI.

Anexo II

SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES GAFI EN AMÉRICA LATINA (GAFILAT) RELATIVAS AL MARCO INSTITUCIONAL

	Evaluación de riesgos	Cooperación y evaluación interna	Regulación y supervisión	Cumplimiento de la ley	Cooperación internacional
País	El proceso de medición del riesgo y la elaboración y aplicación de diferentes estrategias para hacerle frente, en función de su gravedad y de las consecuencias que pueda tener dentro de un país.	Procesos internos por medio de los cuales se logra que los organismos nacionales responsables integren sus actividades.	Conjunto de labores inspección y vigilancia de la actividad financiera para asegurar el cumplimiento de las leyes	Normas de orden público en virtud de las cuales se establecen criterios generales de responsabilidad y estabilidad financiera en el manejo sostenible de las IFs.	Apoyo en materia de acciones conjuntas que generan entre autoridades de distintos países. Se materializa en transferencias de información, experiencias, recursos, etc.
Argentina	En Argentina la evaluación de riesgos la gestiona el Comité para la Prevención y Lucha contra el Lavado de Activos (CPLLA), el cual aprobó por primera vez la Evaluación Nacional de Riesgo de Lavado de Activos (ENRLA), la cual a partir del 29 de junio de 2022 se encarga de sistematizar y analizar las amenazas y vulnerabilidades del sistema financiero argentino. El Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos (MJS DH) apoya las actividades de la CPLLA.	Argentina cumple parcialmente con las recomendaciones GAFI sobre Cooperación y evaluación interna. La ley 25.246 del 2000 establece la tipificación del delito de LA y crea la Unidad de Información Financiera (UIF). En dicha ley también se establece y regula la obligación de informar de manera inmediata las actividades ilícitas asociadas con el lavado de activos contempladas en la misma ley. En 2006 se crea el organismo de coordinación nacional responsable de la representación nacional ante -GAFI), GAFISUD y la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (CICAD-OEA). Este organismo opera bajo el MJS DH. Su función es trabajar de manera conjunta con organizaciones federales argentinas para crear una agenda contra el LAVT.	Los responsables de la regulación y la supervisión del sistema financiero en este campo son la UIF junto con la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). De igual manera, en conjunto con el Ministerio de Economía, realizan análisis de la información de modo que se prevenga e impida el LA. El Banco Central de la República de Argentina (BCRA) supervisa de manera general las operaciones financieras y entidades bancarias en el cumplimiento de la regulación que le compete. La Comisión Nacional de Valores (CNV) supervisa los emisores de títulos valores, las bolsa y mercados mercantiles y los fondos de inversión. Sin embargo, en cuestiones relacionadas a LAVT no supervisa a bolsas de comercio sin mercado de valores adherido, ni a los agentes del mercado abierto. La SSN supervisa compañías de seguros.	La SSN es uno de los principales actores en la prevención y el control del LA; otra entidad que se encarga de combatirlo es el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) responsable de hacer cumplir las leyes respectivas sobre el sector cooperativo. En colaboración con la UIF estos organismos coordinan acciones para garantizar el cumplimiento de la normativa.	La prioridad de la cooperación internacional consiste en generar armonía entre la aplicación de las leyes de carácter nacional con las disposiciones internacionales de modo que las autoridades nacionales puedan hacer efectivos los preceptos internacionales. Por ello enfatiza que en el manejo de los procesos y la información la estructura nacional asimile la posible confluencia de jurisdicciones y no afecte de manera seria la efectiva administración de justicia en el combate contra el LA. Este mandato es administrado por la Comisión Nacional de Actividades Especiales (CNAE) responsable de la cooperación internacional para el rastreo de flujos financieros del LA. Argentina es parte de Convenio de Naciones Unidas contra el Tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (Convenio de Viena) y ha implementado la mayoría de sus disposiciones, con excepción de algunas descripciones de delitos relacionados con LA. También aprobó el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001 (Convenio de Palermo), con excepción de disposiciones sobre casos de "autolavado" y nuevos mecanismos de investigación.

	Evaluación de riesgos	Cooperación y evaluación interna	Regulación y supervisión	Cumplimiento de la ley	Cooperación internacional
Argentina (cont.)		A pesar de esto, el CP-LLA no tiene facultades para organizar reuniones de recolección de información con otras entidades gubernamentales y solo tiene contacto con organismos federales lo cual limita la capacidad de coordinación con organismos provinciales. El Ministerio Público coordina la cooperación con entidades estatales en la investigación de delitos de LA/FT para revisar la eficacia de las políticas establecidas por los organismos mencionados de manera regular.	La entidad encargada de supervisar el cumplimiento de la obligación de informar actividades sospechosas es la UIF. Cuenta con facultades para sancionar a la entidad que no informe, pero no tiene las de control sobre quienes recae el deber de informar lo que limita el uso de la primera. Según reporte de GAFILAT 2010, después de analizar la cantidad de sanciones impuestas y sus límites concluye que Argentina no cumple con las Recomendaciones. Las sanciones de los organismos mencionados anteriormente son poco claras en su regulación, muy bajas para disuadir el incumplimiento, o inexistentes.		Forma parte también del Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Convenio LFT), pero solo lo ha implementado parcialmente. Como base de cooperación ha celebrado tratados celebrados con otros países como Australia, Canadá, Colombia, El Salvador, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Paraguay, Perú, Portugal, España y Uruguay. La asistencia con países con los cuales no tiene convenio bilateral se regula por su Ley sobre Cooperación Internacional en materia penal, la ley 24 767 de 1997, la cual establece procesos de asistencia en investigaciones y en temas de extradición y cuenta con amplias opciones de cooperación. Sin embargo, el reporte GAFILAT 2010 afirma que el país no cuenta con un mecanismo para definir si la colaboración se brinda de manera efectiva u oportuna. Después de revisar el régimen jurídico, una lista de solicitudes de colaboración de otros países y su efectivo cumplimiento concluye que Argentina solo cumple parcialmente con las Recomendaciones GAFI sobre cooperación internacional.
Brasil	En Brasil, la evaluación de riesgos es efectuada por el sistema de prevención LA/FT, que aborda los siguientes temas: transparencia y titularidad de las personas jurídicas, evaluación del riesgo frente a diversos tipos de personas jurídicas, información registral, disponibilidad de la información, responsabilidades y sanciones,	En materia de cooperación interna, el BACEN dispone de funciones bastante amplias conforme a la ley Federal N.º 9.613/98. En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en 1991, el país definió el delito de LA en la Ley Federal N.º 9.613/98 aplicable a todas las actividades financieras y también creó el COAF en el Ministerio de Hacienda.	SISCOAF es el sistema que permite a los sujetos obligados enviar comunicaciones sobre operaciones financieras, consultar el listado de personas expuestas políticamente (PEP), así como el registro de personas obligadas, reguladas o supervisados por el COAF y UIF participan en las reuniones y actividades de los principales organismos multilaterales relacionados con la prevención y combate al LA/FT. La lista de entidades que deben reportar actividades sospechosas es muy completa.	Todas las personas naturales y jurídicas que realicen cualquiera de las actividades enumeradas en el artículo 9 de la Ley 9.613/98 y que no estén sujetas a su propio órgano regulador o de control, en los términos previstos en el artículo 10, fracción IV de la Ley 9.613/98, deberán registrarse en el COAF. Para aquellas personas que no cuenten con un organismo regulador/supervisor, en el momento de acceder por primera vez al SISCOAF, el propio sistema solicitará los	Los Convenios Internacionales son incorporados en el marco jurídico interno con rango de ley ordinaria, convirtiéndose así en norma de aplicación obligatoria en el país. Por este medio se han adoptado nuevos instrumentos de identificación de actividades y nuevas formas de sanción que contribuyen a aumentar el riesgo y, por tanto, a encarecer el delito de LA/FT. El país es parte de la Convención de Viena que promueve la cooperación internacional en el tratamiento del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, incluido el LA.

	Evaluación de riesgos	Cooperación y evaluación interna	Regulación y supervisión	Cumplimiento de la ley	Cooperación internacional
Brasil (cont.)	cooperación, control de ingreso de recursos en el país y sus medidas disuasorias, declaración de transporte de valores, comunicaciones a la UIF, coordinación y cooperación en el control aduanero, estructura, ingreso al país de otros recursos, estructura y percepción de efectividad en la transparencia de las personas jurídicas.	BACEN debe cooperar con COAF de tal manera que este último aplique los controles y supervise que las entidades financieras cumplan con las políticas que establecen los mínimos necesarios para proteger a los usuarios. Otra facultad importante de BACEN consiste en obligar a las Ifs a aplicar las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, conforme a lo establecido por la ley 13.810 de 2009	UAF recibe informes de operaciones sospechosas de bancos, cooperativas de ahorro y crédito, emisores de tarjetas de crédito, empresas de leasing y empresas de factoraje que sean filiales de bancos. Sin embargo, de la normativa no se concluye que se considere entre las actividades sospechosas todas las que pueden conllevar al FT. Las entidades bancarias están sujetas a la SBS que puede revisar el cumplimiento de los parámetros contra el LA. Esta entidad cuenta con un manual de seguimiento y monitoreo de las actividades de sus vigiladas.	datos e información de registro y, por lo tanto, el proceso de registro y calificación se realizará en forma simultánea.	Fue el primer instrumento legal internacional que definió el LA como un delito. Brasil ratificó la Convención de Viena en junio de 1991, a través del Decreto No. 157 del 26 de junio de 1991. Un sector en el que Brasil tiene quizás la mayor presencia internacional es la inteligencia financiera. El COAF es reconocido por la comunidad internacional como la UIF de Brasil y ha estado activo en foros relacionados con el tema, con énfasis en las reuniones de la Acción Financiera Internacional (AFT). Los principios que rigen su organización y estructura están contenidos en su Estatuto, promulgado por Decreto N° 2.799, del 08.10.98, y en la Ordenanza N° 330, del 18.12.98, que aprueba su Reglamento Interno y regulan su funcionamiento. Ya que el COAF tiene
Chile	En Chile la evaluación de riesgos se efectúa por medio de los sistemas de la Unidad de Análisis Financiero (UAF). La UAF analiza las amenazas y vulnerabilidades económicas y legales del país. Por ejemplo, su Evaluación Nacional de Riesgos (ENR) precisa que, si bien en Chile no se han detectado actividades de FT relacionadas con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, por su tipo de economía abierta, con altos flujos de transacciones financieras, multiplicidad de productos de inversión y un alto nivel de interconexión con terceros países, el riesgo de financiamiento del terrorismo es de nivel medio.	El país cuenta con un organismo encargado de la coordinación de acciones de evaluación de riesgos LA/FT, la UAF, que tiene como misión asesorar al Presidente de la República en la coordinación de planes de acción y programas en materia de persecución y detección.	La regulación y supervisión, es bastante similar a la de los demás países de Latinoamérica. Es responsabilidad de la Secretaría de Seguridad Multidimensional que debe fortalecer las acciones conjuntas para reducir la comisión de los "delitos precedentes" y atacar el motor financiero de las organizaciones criminales.	En el campo de LA/FT la entidad encargada del cumplimiento de la ley en el sector financiero es la UAF. Fue creada mediante la expedición de la ley 19.913 de 2004. Su objeto principal es el de proteger al sector financiero de la legitimación de ganancias ilícitas por medio de actividades económicas. La modificación expedida por ley 20.119 amplía el número de entidades que deben reportar frente a la UAF. La ley 20.818 actualiza los mecanismos de detección y prevención del LA.	La cooperación internacional busca metas comunes de desarrollo mutuo y consensuado. La entidad principal en esta materia es el Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, la Agencia de Cooperación Internacional (ACP) también busca y proyectar las capacidades del país hacia el exterior.

	Evaluación de riesgos	Cooperación y evaluación interna	Regulación y supervisión	Cumplimiento de la ley	Cooperación internacional
Colombia	En Colombia la evaluación de riesgos, la efectúa la SFC y la Superintendencia de la Economía Solidaria (SES). Utiliza los sistemas SARLAFT y SAGRILAFT	La UIF es la agencia responsable de coordinar y gestionar la cooperación internacional en el campo de LA/FT, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derecho (MJD) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).	La SFC es la encargada de controlar el sistema financiero; ejerce labores de supervisión, vigilancia y control. Junto con la SES vigila y regula las entidades que ejercen la actividad financiera en Colombia. La Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) realiza estudios sobre modificaciones a la regulación financiera.	FGN es responsable de investigar los delitos asociados a LA/FT. Desde el 2008 se expidió el SARLAFT, sistema de gestión del riesgo de LA. Un sistema similar y paralelo, el SAGRILAFT, se aplica por medio de la Superintendencia de Sociedades (SDS) a las entidades no financieras.	La cooperación internacional se maneja a través de varias entidades públicas como el Ministerio de Relaciones Exteriores, UIF y MJD lo cual requiere de una coordinación eficiente e integral. Busca una cooperación en pro de las necesidades identificadas de cada país para proponer soluciones mutuas.
México	En México la evaluación de riesgos para la prevención del LA es un sistema en virtud del cual la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) se encarga de combatir, también el FT y la PADM. La UIF Evalúa los riesgos posibles y plantea mecanismos de prevención y lucha.	El GAFILAT apoya a la implementación de las recomendaciones y en la creación de un sistema regional de prevención contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo. México cuenta con un régimen nacional de LA/FT cuyo objetivo es proteger el sistema financiero y la economía nacional a través de procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita.	Las autoridades gubernamentales que intervienen son: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), el Servicio de Administración Tributaria (SAT) y el Banco Central de México (BANXICO). Se debe destacar la importancia de la Vicepresidencia de Supervisión de Procesos Preventivos, de la CNBV que lidera la aplicación del régimen preventivo de los recursos de procedencia ilícita.	En las empresas el encargado de velar por la protección en contra del lavado de activos es el oficial de cumplimiento. Se trata de un ejecutivo que asume la responsabilidad y el compromiso contra el LA/FT. El puesto del oficial de cumplimiento es obligatorio por disposición legal; su designación es realizada de manera interna por las empresas, para que sea el responsable del cumplimiento de las Recomendaciones GAFI. Debe elaborar un plan de prevención y encargarse de su cumplimiento y correcta aplicación. También debe vigilar el cumplimiento del sistema de prevención del lavado de activos. Su responsabilidad en caso de incumplimiento es de carácter administrativo, civil, y penal.	

	Evaluación de riesgos	Cooperación y evaluación interna	Regulación y supervisión	Cumplimiento de la ley	Cooperación internacional
Perú	En Perú la evaluación de riesgos es realizada por la SBS. En el año 2011 se creó el primer Plan Nacional de Lucha contra el LA/FT en virtud del cual; a se gestionan estrategias de acuerdo con las 40 Recomendaciones GAFL. La Evaluación Nacional de Riesgos (ENR) 2021 es el resultado de la colaboración de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) con 51 entidades estatales adicionales.	En Perú existe la Evaluación Nacional de Riesgos (ENR) realizada por la SBS; en dicha evaluación se identifican y mitigan una amplia gama de riesgos de LA. La primera ENR se realizó en el 2010. La de 2021 identifica como principales amenazas de LA: la minería ilegal, los delitos contra la administración pública, el tráfico ilícito de drogas, los delitos tributarios y los delitos contra el patrimonio. En el mismo documento, las principales vulnerabilidades son: la falta de concientización social sobre las consecuencias del lavado de activos, la existencia de corrupción en los operadores de justicia y la existencia de condiciones que facilitan la corrupción pública, entre ellas la tolerancia ¹ .	La UIF se encarga de analizar y evaluar la información para la detección del LA. Sin embargo, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) también cuenta con normas específicas para la prevención del lavado de activos. La SMV adopta acciones internas y procedimientos de supervisión para el combate del LA.	La principal forma de verificar el cumplimiento de la ley es por medio de auditorías internas que también examinan las labores de órganos corporativos como el Directorio y el Gerente General que puedan ser sujetos activos del LA cómo responsables del cumplimiento de las normas correspondientes sobre prevención del LA/FT. Todos los empleados de s de los sujetos obligados a informar, sin perjuicio de la denominación de su cargo conforme a su estructura organizativa, deben aplicar el sistema de prevención del LA/FT de acuerdo con las funciones que se les asignen ² .	

¹ ¿Cuáles fueron los resultados de la ENR 2021 de Perú? (n.d.). Infolaft.Com. <https://www.infolaft.com/cuales-fueron-los-resultados-de-la-enr-2021-de-peru/>

² Normas para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Título I. Art. 3.

Anexo III

SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI EN AMÉRICA LATINA (GAFILAT) EN RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

	Debida diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
País	<p>Recomendaciones número 10 y 12 referidas a la recolección y mantenimiento de información respecto al beneficiario, naturaleza y fuentes de la relación que establece con la IF.</p> <p>Estas acciones se despliegan con el fin de calcular el riesgo e identificar las partes y los BR para decidir si se celebra el negocio, se continua en él o se efectúa un ROS en el marco de una relación comercial.</p>	<p>Recomendaciones 13 a 15 que incluyen temas relacionados a: (i) el tratamiento de PEP (incluidas personas extranjeras o nacionales que desarrollan una actividad política o pública de importancia, (ii) actividades de banca corresponsal o prestación de servicios financieros entre bancos, (iii) servicios de transferencia de dinero o valores; (iv) nuevas tecnologías; y (v) transferencias electrónicas. Se insiste en la importancia de mantener una debida diligencia y efectivo monitoreo sobre clientes y actividades.</p>	<p>Las Recomendaciones 17, 18 y 19 (9,21 y 15) tratan de la delegación de servicios de debida diligencia de las entidades bancarias a terceros, la implementación de medidas contra el LA/FT en todas las entidades subsidiarias y filiales del grupo financiero y la utilización de los instrumentos necesarios para contrarrestar estas problemáticas con ocasión de transacciones o negocios con personas procedentes de países que GAFI considera de mayor riesgo.</p>	<p>Las IFs deberán efectuar ROS si tienen motivos razonables para concluir que algunos fondos son producto de alguna actividad ilícita o sirven para financiar actividades de ese tipo. De la misma manera, estas instituciones, sus directores y administradores, deberán estar exentos de responsabilidad penal y civil derivada de la revelación de información restringida si el ROS se realiza de buena fe y ser protegidos con la confidencialidad de esa acción. Las recomendaciones 20 y 21 (13 y 14) tratan de los ROS.</p>	<p>Las Recomendaciones relativas a la Debida Diligencia del cliente y el mantenimiento de registros contables también deberán ser aplicadas a APNFD como casinos (en transacciones con un monto superior al umbral aplicable), los agentes inmobiliarios, comerciantes de metales preciosos, abogados, notarios, contadores, profesionales relacionados con actividades fiduciarias y los proveedores de servicio postal o a domicilio. Todo esto de acuerdo con las Recomendaciones 28 y 24.</p>	<p>Las Recomendaciones 24 y 25 son de suma importancia en la prevención del uso de vehículos corporativos para LA/FT. Las jurisdicciones GAFI deben tomar medidas para identificar a los BR de las personas jurídicas y de las transacciones o negocios fiduciarios celebrados, con el fin de establecer e identificar de manera concreta los esquemas de control real y titularidad de la persona jurídica.</p>

	Debida diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
Argentina	<p>La legislación hace énfasis en la preservación de la información y de los documentos de identificación sobre transacciones sospechosas. Aún existen discrepancias sobre la información que se debe divulgar y guardar debido a que las IFS cumplen sus propios estándares y no siempre con lo dispuesto por la UIFUIF. Las IFS deben establecer quien es el cliente y que actividad desarrolla; no obstante, estos requerimientos no son aplicables a transacciones que no cumplen con el monto mínimo. No existen procedimientos claros y medidas a tomar en caso de que haya dudas sobre el verdadero BR del servicio financiero. Existe un monitoreo sobre la relación o transacción, sin embargo, esto solo ocurre cuando se cumplen unos requisitos o se sospecha del cliente. No se establece cuando y en qué momentos se debe llevar a cabo la identificación y verificación del cliente. Y, por último, no se prohíbe el establecimiento de relaciones o celebración de transacciones cuando no se puede llevar a cabo el procedimiento de debida diligencia.</p>	<p>(i) PEPs: Más allá de los requerimientos normales respecto a la identificación del cliente, no existen normas que obliguen a las IFS a identificar a las PEP, aunque si existe una definición clara de los que se entiende por PEP; (ii) BC: No existen normas que regule este tipo de relación entre bancos; (iii) tampoco existen normas que regulen el uso de nuevas tecnologías por parte de las IFS.</p>	<p>No existen normas sobre la posibilidad de que terceros adelanten la debida diligencia. Tampoco sobre si esos terceros pueden ubicarse en el extranjero (Ni se permite, ni se prohíbe). La normativa no obliga a las IFS a adelantar procesos o tomar medidas específicas para administrar los riesgos de LA/FT y nombrar y capacitar personal para tal fin. Las IFS no tienen la obligación de dar a conocer dichos procedimientos a las autoridades. Tampoco existen normas que permitan el acceso rápido y adecuado a información relevante por parte del oficial de cumplimiento, ni normas específicas que traten las relaciones entre las IFS y las personas en jurisdicciones de alto riesgo.</p>	<p>No existen requisitos específicos para que las IFS y otras entidades efectúen ROS. La definición de transacción sospechosa no es suficiente y la UIFUIF tiene potestades limitadas para investigar esta situación. La lista de las personas exentas de responsabilidad aun no es clara y no incluye a administradores, colaboradores o terceros. No existen sanciones en contra de la entidad que no cumpla con las exigencias de divulgación de información</p>	<p>No existe un régimen de regulación y supervisión para que los casinos implementen políticas contra el LA/FT. Tampoco una autoridad competente que realice monitoreo sobre esta situación. Otras categorías de APNFD tampoco cuentan con un régimen o sistemas de monitoreo que aseguren el cumplimiento de las normativas sobre LA/FT.</p>	<p>El Decreto 62 del 2019 facilita la extinción de dominio de los bienes derivados del narcotráfico, lavado de activos, corrupción y trata de personas. La Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) será la encargada de administrar y disponer de los activos que se recuperen de estos delitos; adicionalmente, crea la Procuración de Extinción de Dominio para recuperar la totalidad de los bienes derivados de las actividades mencionadas.</p>

	Debita diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
Brasil	<p>En las circulares expedidas por BACEN se encuentran los requisitos sobre identificación de los clientes, donde se incluye; debida diligencia, BR, documentos, etc. Sin embargo, esta obligación no está en un instrumento jurídico como una ley o una regulación y están incluidos en documentos con fuerza vinculante distinta. Las IFS, dependiendo de las transacciones, están en la obligación de proveer información acerca de sus clientes y las transacciones. Esta información debe estar corroborada por documentos e información fidedigna e incluir una declaración suscrita sobre la legalidad de las operaciones.</p>	<p>(i) PEPs: Las IFS no tienen la obligación de conseguir la aprobación de un cargo superior para la ejecución de un negocio cuando un cliente antiguo se convierte en PEP. Tampoco se les exige determinar el origen de los fondos; No existe un marco normativo aplicable para que las IFS tomen medidas de prevención del mal uso de las nuevas tecnologías respecto al riesgo de LA/FT.</p>	<p>Se prohíbe que terceros lleven a cabo el proceso de debida diligencia. Las IFS están en la obligación de adelantar procesos internos para la administración de este riesgo y se debe nombrar a un administrador para que se asegure del cumplimiento de estos procesos, al igual que la capacitación de los empleados para su despliegue. El oficial de cumplimiento debe tener acceso rápido a la información relevante. Sin embargo, no todas las IFS realizan estos procesos o aplican estas políticas. No se exigen de manera específica medidas adicionales para las relaciones y transacciones con personas en países con un bajo nivel de cumplimiento de las recomendaciones GAFI. Solo para el sector bancario se establece que debe desplegar medidas mejoradas para jurisdicciones que no aplican GAFI. Para el mercado de valores y el sector asegurador no existen medidas específicas sobre esta materia.</p>	<p>Las IFS tienen la obligación de efectuar ROS dentro de las 24 horas siguientes a la aparición de serios indicios. Esto incluye el reporte de intentos de transacciones. Sin embargo, la norma solo habla de "delitos" lo que disminuye su campo de aplicación potencial. Esta situación no ha demostrado tener efectos negativos en la práctica. Los ROS de buena fe realizados por las IFS están exentos de responsabilidad civil y administrativa. Existe la prohibición de informar al cliente acerca del ROS. La UIF debe guardar reserva de la información compartida por las IFS. Sus servidores públicos no pueden divulgar información sujeta a reserva so pena de responsabilidad penal.</p>	<p>A varias APNFDs no le son aplicables las normas relativas al LA/FT, como es el caso de los abogados, notarios, contadores, prestadores de servicios empresariales, agentes inmobiliarios y del mercado de valores. Respecto a los comerciantes de piedras preciosas y los agentes inmobiliarios, la COAF no tiene suficientes poderes de supervisión. Se resaltan las limitaciones de las autoridades de supervisión por falta de personal y recursos.</p>	<p>Brasil aplica al BR de transacciones ilícitas sanciones penales. Desde el 2010 se contempla y utiliza la extinción de dominio. Las leyes que regulan esta medida extrema son las 11.483 y 9279. También puede usarse contra casos de corrupción.</p>

	Debita diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
Chile	<p>Las cuentas no pueden ser anónimas y solo pueden ser abiertas por entidades autorizadas. La regulación prudencial ofrece distintas medidas para distintos clientes y distintas IFS. Información y documentos de soporte le son exigidos a todos los clientes. Se puede pedir información adicional al igual que usar las bases de datos disponibles. Las principales deficiencias tienen que ver con la capacidad de entender la estructura organizacional de las personas jurídicas. No existen disposiciones que regulen qué se debe hacer en caso de no llevar a cabo la debida diligencia. Las IFS deben guardar la información por un mínimo 5 años y mantener el monitoreo sobre transacciones de más de 10.000 USD. Sin embargo, respecto a las relaciones ya terminadas no existe una norma que obligue a mantener esa información por al menos 5 años más.</p>	<p>(i) PEPs: Si bien Chile cumple con la mayoría de las Recomendaciones GAFI, no existen normas que permitan la identificación de un miembro importante de una organización internacional o de sus familiares; (ii) Existen suficientes normas para asegurar que un banco pueda acceder a la información sobre reputación y calidad de los procedimientos de LA/FT por parte del BC, pero no sobre la efectiva divulgación de la información de debida diligencia o para prevenir que las cuentas sean utilizadas como "shell banks"; (iii) Existen obligaciones de registro respecto de transferencias de dinero y la UAF puede demandar su cumplimiento. La UAF cuenta con suficientes poderes de supervisión; (iv) No se han identificado los riesgos asociados al surgimiento de nuevos modelos y productos. Tampoco un marco legal aplicable para nuevos productos, prácticas y tecnologías por parte IFS; (v) Se cumple con la mayoría de las Recomendaciones sobre transacciones riesgosas pero se encuentran deficiencias respecto a: no inclusión de los números de cuenta para trazabilidad de la transacción; no existe obligación de verificar información o de no efectuar las transacciones cuando no cumple con todos los requisitos de información.</p>	<p>No está prevista la posibilidad de delegar los procesos de debida diligencia en terceros. En virtud de la Circular 49 y la Ley de LA/FT se obliga a las IFS a nombrar un oficial de cumplimiento como alto funcionario de la empresa con una serie de responsabilidades específicas respecto a los procesos de administración de riesgos. Puesto que se consideran a las empresas dentro de un mismo grupo como independientes no existe una obligación de llevar a cabo procesos de registro y cada empresa tiene la obligación de cumplir estas disposiciones por separado. Si bien existe la obligación de conocer las normas sobre esta materia en otros países, no existe la obligación correlativa de tomar medidas adicionales en caso de que tales normas no sean suficientes. En virtud de las Circulares 49 y 59 de la UAF, las IFS deben prestar atención a las transacciones llevadas a cabo con países de alto riesgo y de realizar procesos adicionales de verificación.</p>	<p>Las IFS deben realizar ROS en virtud del artículo 3 de la Ley de LA/FT respecto de cualquier acto, transacción u operación que, de acuerdo con su uso o costumbre, resulta inusual o aparenta un origen ilícito. Si bien no se establece esta obligación para la totalidad de las IFS, la definición de transacción sospechosa permite que en la práctica las IFS cumplan con los ROS. Dichos reportes deben ser expeditos e ir acompañados del soporte de información correspondiente. No se hace distinción sobre la cantidad o el tipo de acto. La divulgación de información de buena fe está exenta de responsabilidad. Está prohibido que al momento del ROS se le avise al cliente o a un tercero sobre la información entregada a la UAF.</p>	<p>Los casinos requieren licencias y autorizaciones y no deben ser utilizados como vehículos de organizaciones criminales, para lo cual se examinan sus administradores, socios y actividades. También es necesario pedir una autorización por parte de la UAF, quien regula y vigila estas empresas. La UAF ejerce la misma función respecto de todas las entidades catalogadas como APNFD. A los abogados, contadores, consultores empresariales y comerciantes de piedras preciosas no se les aplican las normas de LA/FT. No existen medidas para evitar que miembros de organizaciones criminales puedan ser acreditados como profesionales en el desarrollo de alguna de estas actividades.</p>	<p>No se pueden aplicar al BR del LA la extinción de dominio debido a que la Ley 793 de 2002, solo puede ser utilizada respecto a tres actividades ilícitas: el enriquecimiento ilícito, perjuicio de tesoro público o el deterioro de la moral social. El enriquecimiento ilícito es distinto al LA. Sin embargo, la Contraloría General de la República junto con el Ministerio Público son los encargados de promover la acción penal contra los BR de transacciones ilícitas.</p>

	Debita diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
Colombia	<p>Si bien no existe prohibición expresa para abrir cuentas con nombre ficticio, los requisitos de identificación permiten determinar a la persona titular. Sin embargo, la regulación aplicable a la debida diligencia no cumple con todos los requerimientos GAFL. Las instituciones vigiladas por la SFC deben estar en la capacidad de identificar a todos los clientes existentes y potenciales. Todas las IFs deben llenar un formato de debida diligencia que contiene información básica sobre el cliente y la transacción. Respecto de las transacciones se debe asegurar un monitoreo constante que ayude a conocer al cliente y su actividad económica. La identificación del cliente debe realizarse con anterioridad al establecimiento de una relación contractual. No existe obligación de aplicar estándares de debida diligencia a los clientes ya existentes. Respecto a la conservación de la información, los comerciantes (incluidas IFs) tienen la obligación de mantener los libros de comercio por un periodo de 10 años y esa información debe estar disponible para las autoridades cuando ellas la soliciten y ser accesibles en formato electrónica para facilitar su consulta y guarda.</p>	<p>(i) PEPs: Se requiere una autorización especial de la IF para celebrar negocios con PEPs. Sin embargo, no es explícito que esta autorización debe ser otorgada por un alto funcionario de la institución. Respecto de operaciones sobre divisas o en cooperativas no se identifica a los BR o a personas que trabajan con organizaciones internacionales; (ii) Existen requisitos para la recolección de información sobre BCs, pero no normas que determinen sus calidades mínimas. Tampoco existen normas que prohíban continuar relaciones con un «shell bank»; (iii) Existen normas para supervisión y autorización de los sistemas de transferencia; (iv) no existen disposiciones generales sobre nuevos modelos, negocios y prácticas en materia de LA/FT. Para las IFs si existen normas que incluyen la evaluación de los nuevos productos y modelos, pero no para la operación de servicios postales; (v) No se exigen la inclusión de los números de cuentas para asegurar la trazabilidad de las operaciones y tampoco se exige verificar la información del originador.</p>	<p>Existe una prohibición de dependencia o delegación del proceso de debida diligencia que deben adelantar las IF. Respecto a las medidas para contrarrestar el LA/FT, en virtud de las circulares expedidas por SFC (007/08, 2015 y 2017) y DIAN; se requiere la capacitación y contratación de personal y auditoría externa, el suministro de información sobre todo el grupo financiero, sus subsidiarias y sucursales (Código de Comercio). Por último, la SFC expidió la circular 55/16 en la que se obliga a las IFs a realizar un monitoreo del proceso de debida diligencia mejorado cuando se establecen relaciones con personas naturales o jurídicas de jurisdicciones de alto riesgo. Así mismo, la DIAN también obliga a llevar estos procesos por parte de empresas dedicadas al mercado de divisas (Circular 13/16). Sin embargo, no existen normas sobre la toma de medidas de reacción frente a ataques informáticos y para asegurar que las IF evalúen la debilidad de sus sistemas de prevención de riesgo respecto de otros países.</p>	<p>Las IFs tienen la obligación de reportar cualquier transacción sospechosa a la UIAF. Deben analizar si la transacción resulta inconsistente con la de un cliente regular o si existe algún patrón de comportamiento. Se debe reportar todo tipo de transacciones sin importar su cuantía. En virtud del artículo 42 de la ley 190/95 se elimina su responsabilidad civil, penal y administrativa cuando efectúan ROSs. Por último, según el artículo 105 del EOSF y el artículo 5 del Decreto 1497/02 la información suministrada a las autoridades solo debe ser la que se recolecte conforme a las normas vigentes.</p>	<p>Los casinos requieren de una licencia administrativa y para desplegar sus actividades. Para expedirla, las autoridades realizan un estudio sobre los antecedentes de los administradores, los accionistas y asociados (incluido uno más detallado sobre los 5 accionistas principales). Así mismo, las autoridades cuentan con potestad de supervisión y monitoreo respecto a las obligaciones sobre LA/FT que les son exigibles. Otras APNFD (notarías, fiduciarias, abogados, contadores y agentes de bienes raíces) no son consideradas reportantes, por esa razón las normas de LA/FT no les son aplicables.</p>	<p>Se aplica el sistema de la Ley 1708 de 2014 en virtud de la cual el BR puede perder sus recursos si se le aplica la extinción de dominio.</p>

	Debita diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
México	<p>Existe la prohibición de mantener cuentas anónimas, excepto si son cuentas de valor mínimo. Las IFs están obligadas a llevar a cabo el proceso de debida diligencia e identificación del cliente para la celebración de los negocios, pero solo en ciertos casos. Los documentos exigidos y la información relevante dependen del tipo cliente. Las IFs tienen la obligación de obtener información respecto de la cantidad, número y frecuencia de las transacciones al igual que el origen y destinación de los recursos. No obstante, existen deficiencias respecto de la identificación de los BR, de clientes ocasionales que mueven moneda local y no se mantiene información actualizada de clientes antiguos. Respecto a la conservación de información, la deficiencia más significativa es la incapacidad para la reconstruir ciertas transacciones.</p>	<p>(i) PEPs: Las IFs deben adoptar procesos para la identificación de estas personas, y para ese fin se expide una lista de los cargos en organizaciones públicas que se consideran importantes. El concepto de PEP incluye a la familia cercana. No existen requisitos similares de identificación para beneficiarios de pólizas de seguros y existen falencias en la identificación del BR; (ii) La única deficiencia significativa sobre BCs es la ausencia de requisitos para clientes que tienen acceso directo a las cuentas del BC; (iii) La única deficiencia significativa sobre transacciones sospechosas es la falta de requisitos para la elaboración de la lista que puede ser revisada por las autoridades competentes. La norma exige registros contables y las transacciones pueden ser inspeccionadas por CNBV; (iv) No existen procesos y normativas claras acerca del uso de nuevos modelos y productos por parte de las IFs. Tampoco una evaluación clara de debida diligencia sobre los riesgos asociados. Si bien existen normas para examinar algunos riesgos del uso de la tecnología, estas disposiciones no son aplicables a todas las instituciones (aseguradoras y emisores de títulos de deuda están exceptuados); (v) La falencia principal es la falta de obligación de incluir información del BR y la falta de un procedimiento para decidir si se ejecuta, suspende o rechaza una transferencia.</p>	<p>Se permite a las IFs delegar los procesos de debida diligencia en terceros. Existen deficiencias respecto al correcto desarrollo de estas actividades cuando el tercero es extranjero y sobre el cumplimiento de todos los requisitos necesarios. Las IFs están obligadas a adoptar procedimientos y políticas de administración de riesgos, pero no existe obligación de reportar información como grupo empresarial. Si pueden compartir información relevante entre empresas del mismo grupo. Los bancos tienen la obligación de desplegar las mismas políticas y procedimientos en todas sus subsidiarias y sucursales, sin embargo, no existen consecuencias cuando se detecta que no lo han hecho. Respecto a las relaciones con personas localizadas en jurisdicciones de alto riesgo, no existen requisitos adicionales. Solo los bancos si deben analizar el trasfondo regulatorio de estas jurisdicciones. No existen normas que empoderen a las autoridades para la toma de medidas de reacción en estos casos.</p>	<p>Las IFs tienen la obligación de reportar actos, transacciones y servicios que sus administradores o colaboradores detecten. Solo cuando existe evidencia concreta del ROS (más allá del carácter sospechoso) debe efectuarse el reporte dentro de las 24 horas siguientes. En otros sectores (asegurador y mercado de valores) no existen normas que obliguen a reportar ciertas actividades o clientes, o el intento de transacciones. La principal deficiencia es el estándar alto que se pide (más que simplemente "sospechoso") para reportar estas operaciones. Todas las IFs están protegidas contra reclamos por la divulgación o la violación de confidencialidad al momento del reporte. La información relevante solo se puede suministrar a la autoridad competente y no a un tercero o al mismo cliente. La exención de algunos tipos de responsabilidad todavía no está consagrada en la normativa.</p>	<p>Se necesita un permiso para poder operar apuestas. Para obtenerlo es necesario adjuntar información respecto a los socios, administradores y empleados, al igual que sus antecedentes. El Servicio de Administración Tributaria (SAT) es responsable de asegurar el cumplimiento de estas medidas por parte de los casinos y otros APNFDs. La deficiencia más notable es la falta de medidas para evitar que los miembros de organizaciones criminales sean acreditados para llevar a cabo alguna de estas actividades.</p>	<p>El castigo del BR del LA está consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política Mexicana. Por medio del Decreto del 09-08-2019 se regula y se expide la Ley de Extinción de Dominio y se añaden las disposiciones aplicables al Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin embargo, hasta ahora han probado ser insuficientes para aplicar castigos efectivos a los BR, porque estos pueden proteger su patrimonio bajo diversos vehículos.</p>

	Debita diligencia y registros contables	Clientes y actividades especiales	Grupos Financieros	Transacciones sospechosas	Profesiones y negocios no financieros	Beneficiario final
Perú	<p>Se han establecido procedimientos para mantener información suficiente y actualizada de los clientes y las transacciones llevadas a cabo en el sistema financiero. Existe la obligación de identificar a los BR. De manera adicional a los requisitos ordinarios de información para efectos de LA/FT, se le aplican criterios como: cliente, producto, área geográfica, tipo de persona y actividad económica. Cuando las IFs no pueden llevar a cabo el proceso de debida diligencia: (i) no llevan a cabo el negocio o no establecen una relación jurídica o comercial; y (ii) evalúan la posibilidad de reportar al cliente. Las IFs mantienen la información de los clientes y las transacciones por un periodo mínimo de 10 años.</p>	<p>(i) PEPs: Existe una definición clara de PEP y las IFs están en la obligación de determinar quién es un PEP y obtener información acerca de la organización a la que pertenecen. El PEP debe proporcionar información sobre su familia. Sin embargo, no existen disposiciones para rastrear el origen de los dineros. (ii) BC: Al momento de establecer una relación se deben conocer las políticas de conocimiento del cliente y los sistemas de prevención de LA/FT. Las IFs deben mantener los datos relevantes de esta debida diligencia e identificar a los clientes de los BCs. (iii) Para realizar transferencias internacionales se debe obtener autorización o licencia y existen sanciones para quienes no las obtengan. Estas actividades son supervisadas por la SBS. (iv) Las entidades vigiladas por la SBS y la UIF están obligadas a analizar los riesgos del uso de las nuevas tecnologías y deben preparar un documento en el que analicen su nivel de exposición.</p>	<p>Las IFs tienen prohibido delegar procesos de debida diligencia a terceros. La Ley No. 27693 obliga a los administradores a implementar medidas contra el LA/FT y los oficiales de cumplimiento tienen facultades amplias para administrar riesgos. Los grupos financieros deben desplegar procedimientos y políticas conjuntas y sus subsidiarias y sucursales en el extranjero deben cumplir con las normas sobre la materia. Según la Resolución 2660/15 uno de los factores al momento de analizar las relaciones de negocios es la ubicación geográfica, y se debe desplegar un proceso de debida diligencia mejorado para las relaciones con personas en jurisdicciones de alto riesgo. Sin embargo, no existen medidas de reacción para mitigar este riesgo.</p>	<p>De acuerdo con el Artículo 3.1 de la ley 29038, las IFs están obligadas a reportar transacciones sospechosas y el intento de transacciones, sin importar su cantidad. El ROS debe efectuarse en un máximo de 24 horas. Según el Artículo 13.1 de la Ley No. 27693, los administradores y colaboradores de las IFs están exentos de responsabilidad penal, civil y administrativa con ocasión del reporte. En el artículo 12 de esta misma Ley se indica la prohibición de revelar el ROS y su información a terceros o al cliente.</p>	<p>El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) es la entidad encargada de ejercer la vigilancia y control de los casinos y expide la autorización para operar. Todas las empresas y personas consideradas como APNFDs están obligadas a cumplir con las normas relativas al LA/FT. La deficiencia más significativa es la falta de medidas para prevenir que miembros de organizaciones criminales se acrediten como profesionales en alguna de estas actividades.</p>	<p>Tanto los bienes inmuebles como muebles son susceptibles a la extinción de dominio como castigo principal al BR. Adicionalmente, la extinción de dominio permite afectar a otros beneficiarios del LA. El Decreto Legislativo 1373 y el Decreto Supremo N 007-2019 del 1 de febrero de 2019 contienen la regulación de la extinción de dominio en los casos de LA.</p>



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

979-13-7010-005-6



9 791370 100056



**tirant
lo blanch**

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

