

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



Sesión 2: Delitos económicos, medioambientales y contra el patrimonio

“¿Cómo puede controlarse por medio de la ley a las grandes empresas que actúan de forma global? ¿Cuál es el papel que puede representar el derecho internacional? ¿Qué más necesitamos?”

La Declaración del Milenio de Naciones Unidas (8/9/2000) proclama como valor fundamental de las relaciones internacionales, entre otros, el de la solidaridad, de tal forma que “los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social”. Y asienta la seguridad, entre otros objetivos, en la “lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones... y el blanqueo de dinero”. Así mismo, plantea como una de las condiciones para el desarrollo y la erradicación de la pobreza “la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales”, que, ente otros requisitos, debe estar “basado en normas”. Establece, por tanto, un marco programático que asocia la justicia social a una triple exigencia, un sistema financiero transparente, aplicable a los movimientos internacionales de capital, hacer frente a la delincuencia transnacional y, desde luego, una regulación eficiente.

Planteamiento que ya tuvo reflejo en la Convención de NNUU contra la delincuencia transnacional organizada cuando reconoce que esta produce “efectos adversos... en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular”.

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



Si NNUU ya plantea la cuestión en estos términos, la Unión Europea está recorriendo un camino similar si bien lento y lleno de titubeos.

El Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997 (Diario Oficial CCEE, 15/8/97), dice: “La delincuencia se está organizando día a día a través de las fronteras nacionales aprovechando la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas. Las innovaciones tecnológicas como Internet y las operaciones bancarias electrónicas están resultando ser vehículos extraordinariamente bien adaptados tanto para cometer delitos como para transferir los beneficios resultantes de los mismos en actividades de apariencia lícita. El fraude y la corrupción adquieren proporciones masivas, defraudando tanto a los ciudadanos como a las instituciones cívicas por igual.”

Ante esta realidad el Tratado de la Unión Europea, según expresa su Preámbulo, impulsa un espacio de libertad, seguridad y justicia a partir de la promoción del “progreso social y económico de sus pueblos” y del “principio de desarrollo sostenible”. Presupuestos que deben informar el proceso de aproximación de los ordenamientos nacionales para garantizar mejor y hacer más eficaz la cooperación policial y judicial frente a diversas formas de delincuencia y, en particular, la “corrupción” y el “fraude”.

Debe recordarse que rige un principio casi absoluto de libertad de movimientos de capitales que, en el marco europeo, ha llevado a establecer una expresa prohibición de cualquier restricción sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países (artículo 56.2 del Tratado constitutivos de las CCEE).

Es decir, estamos ante una economía liberalizada, internacionalizada, con una interdependencia de los mercados, donde la facilidad de desplazamientos, la inmediatez de las comunicaciones y transacciones, los avances tecnológicos y la asimetría de los ordenamientos nacionales, favorecen la actividad delictiva cuando se produce desde o a través de las grandes corporaciones (Corporate Crime).

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



La globalización, pues, genera un espacio económico carente de una regulación efectiva, sobre todo, como ahora veremos, en la actividad bancaria. Y, paralelamente, la ausencia de una respuesta punitiva uniforme. Los delincuentes se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica continua habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y de gravedad de las penas.

En este contexto se producen, periódicamente, grandes escándalos financieros, la mayoría de ellos con relevancia penal, como Banesto, Elf Aquitaine, Enron, Worldcom, Parmalat y los que afectan al BBVA y al Banco Santander Central Hispano.

La capacidad de las grandes empresas para quebrantar la normativa que regula su actuación y la fragilidad del sistema capitalista dominado por una creciente desregulación y graves deficiencias de sus sistemas de control han favorecido aquellos hechos.

La realidad es que son los Estados, internamente y a través de Tratados y Convenios internacionales, quienes han de afrontar dicha delincuencia. Pero los vacíos normativos y los obstáculos son graves.

En primer lugar, ¿por qué no se extiende a ciertas formas más graves de delincuencia financiera el principio de **justicia universal**?

La comunidad internacional no puede permanecer ajena al reforzamiento de la represión penal ante delitos de carácter transnacional que gozan de espacios de la más absoluta impunidad (los paraísos fiscales) y que se realizan a través de procedimientos sumamente complejos.

En segundo lugar, la criminalidad financiera tiene como sujeto principal la sociedad anónima que, por tanto, se constituye y actúa bajo la cobertura de la legalidad formal. Los hechos punibles se presentan como actos lícitos desarrollados en el normal ejercicio de la actividad empresarial bajo un ropaje formal que es extremadamente útil para enmascarar el comportamiento ilícito.

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



El problema mereció la atención del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), que en las Recomendaciones 33 y 34 advierte del “uso ilícito de personas jurídicas para el blanqueo de capitales”.

Más lejos ha llegado la Convención ya citada de NNUU que advierte a los Estados, como medida preventiva de la criminalidad organizada, frente a “la utilización indebida de personas jurídicas” por grupos delictivos organizados. Y, asimismo, recomienda la necesidad de crear “registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas”.

Si importante es la transparencia de las personas jurídicas, igualmente lo es disponer de una información veraz sobre el **movimiento de capitales**.

Decir movimiento de capitales es decir sistema bancario a través del cual se produce la parte más significativa de la delincuencia económica.

En definitiva, la actividad bancaria, en alguna de sus manifestaciones, constituye un factor de riesgo para la comisión de actos delictivos. Entre otras, pueden referirse la “*correspondent banking*”, la banca privada, la banca *on-line*, las cuentas internas del propio banco, las cuentas bancarias temporales, las “cuentas escoba”, las cuentas anónimas, las numeradas y las sociedades filiales de la entidad matriz en el extranjero y, en particular, en jurisdicciones *offshore*.

Ante una realidad tan evidente como compleja, la reacción de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional ha sido insuficiente y escasamente eficaz. Se diría que están fuertemente condicionados por el poder y la capacidad de presión de los *lobbies* financieros. El control de los movimientos de capitales presupone la identificación y verificación de los clientes. La realidad, sin embargo, se resiste a caminar en esa dirección. Ahí está el ejemplo reciente, en 2002, del poderoso grupo británico HSBC que, en España, fue sancionado por mantener 138 cuentas numeradas, haciendo figurar

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



como titular a la entidad HSBC, Republic Bank, de Suiza, que, invocando al secreto bancario, no colaboró para conocer los titulares reales de esas cuentas.

En efecto, en Schengen se proclamaba la voluntad de las Partes “de reforzar la cooperación entre sus autoridades aduaneras y policiales, en especial en la lucha contra la criminalidad, contra el fraude fiscal y el contrabando”, haciéndose una mención explícita a la asistencia mutua contra los “movimientos irregulares de capitales”, movimientos nunca definidos y prácticamente nunca investigados.

El Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 21 de noviembre de 2001, de la Unión Europea expresa con toda claridad las dificultades en la lucha contra los movimientos de capitales.

El Protocolo se fundamenta en la necesidad de adoptar medidas adicionales para combatir “la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera”. Para ese fin, los Estados miembros se comprometen a cumplimentar solicitudes de información sobre la titularidad de cuentas bancarias, sobre transacciones y a garantizar el control, durante un período determinado, de las operaciones realizadas en las cuentas que son objeto de investigación. El resultado es que, casi tres años después, el protocolo solo ha sido ratificado por Holanda, un signo más de la resistencia que ofrece la Comunidad Europea para abordar el control de la banca como cauce y partícipe de la delincuencia económica.

¿Por qué no abordar ya, definitivamente, un registro centralizado de cuentas y depósitos bancarios y activos financieros bajo en control del Banco de España?

Otro obstáculo importante para la investigación y la cooperación internacional frente a la delincuencia económica es el **secreto bancario**.

Sin embargo, algunos avances se han producido. El artículo 18.8 de la Convención ya citada de NNUU establece que “los Estados parte no invocarán el secreto bancario para

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



negar la asistencia judicial recíproca”. Y en el ámbito europeo, el citado Protocolo de 2001, en el artículo 7 dice que “ningún Estado miembro invocará el secreto bancario para rechazar una cooperación relativa a una solicitud de asistencia policial de otro Estado miembro”.

Pero el secreto bancario, pese a estar ya privado de su valor como instrumento de protección de los clientes frente a la Administración, continua representando una importante barrera en la investigación. Por ello no es de extrañar que en las conclusiones de Tampere se haya dicho que, con independencia de las disposiciones sobre la confidencialidad aplicables a la actividad bancaria, las autoridades judiciales y las Unidades de Información Financiera deben tener derecho bajo control judicial a recibir información cuando esta resulte necesaria para investigar el blanqueo de capitales.

Pero, subsisten serias dificultades en la cooperación internacional en la medida en que la confidencialidad bancaria está presente en muchos ordenamientos europeos, en materia fiscal, confidencialidad que termina por proyectarse también en el ámbito penal. Así se desprende con toda evidencia de la Directiva comunitaria 2003/48/CE, de 3 de junio de 2003, sobre fiscalidad del ahorro. Consta que son frecuentes los casos de residentes que consiguen eludir toda tributación en su Estado de residencia por los intereses percibidos en un Estado distinto al de su residencia. Reconoce que estos movimientos de capital originan “distorsiones que son incompatibles con el mercado interior”. Y admite que “mientras Estados Unidos, Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y los territorios dependientes y asociados pertinentes a los Estados miembros no apliquen todas medidas equivalentes o idénticas a las previstas en la presente Directiva, la fuga de capitales hacia dichos países y territorios podría hacer peligrar el logro de sus objetivos”. La Unión Europea ya había reconocido la realidad de los paraísos fiscales en el Tratado constitutivo de las Comunidad Europea (artículos 182 a 188), pero esta

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



Directiva no solo reconoce explícitamente su condición de territorios privilegiados para la fuga de capitales y la evasión fiscal, sino que reconoce también su condición de países no cooperantes en el suministro de información relevante relacionada con la actividad bancaria.

Es evidente la finalidad fiscal que pretende la Directiva, como también es evidente que la cooperación que se pretende exige el intercambio de información acerca de la identidad de los beneficiarios de los intereses y de su cuenta bancaria. Pues bien, debido a “divergencias estructurales” se otorga un aplazamiento para la aplicación de la Directiva a Austria, Bélgica y Luxemburgo, y se subordina la política fiscal europea a las decisiones finales de los paraísos fiscales y de los Estados de que dependen. La naturaleza fiscal de la Directiva no puede impedir reconocer que constituye un pésimo precedente, incluso en el ámbito penal, en la lucha contra los paraísos fiscales.

Otra gran barrera para la transparencia financiera y la cooperación internacional son los paraísos fiscales.

El centro *offshore*, desde un punto de vista estrictamente económico, podría entenderse cómo la jurisdicción o territorio que ofrece servicios financieros a clientes cuya actividad principal tiene lugar en otra jurisdicción (es decir *offshore*).

Los centros *offshore* se definen por diversos criterios, dos de ellos de significación económica pero muy significativa: la ratio entre sociedades constituidas y población residente y la ratio entre depósitos de residentes y de no residentes. Los datos disponibles indican que la población residente en dichos territorios, con escasos miles de habitantes, y las características de su economía local en modo alguno podrían generar la actividad financiera que allí se produce, lo que expresa un grave desequilibrio, es decir movimientos de capitales, que de forma importante solo pueden ser fruto de la evasión fiscal y del blanqueo de dinero.

Por ello resulta preocupante que la inversión española en dichos territorios, entre 1998 y 2000, constituyera el 3,4% de la inversión española en el exterior, es decir, aproximadamente 1.219 millones de euros.

El centro *offshore* se constituye inicialmente con una finalidad eminentemente fiscal, amparar y proteger rentas procedentes de otros Estados que así eluden sus obligaciones tributarias dado que dichos en centros la tributación es nula o mínima.

Según la OCDE son los siguientes:

- a) leyes o prácticas administrativas que impiden un intercambio efectivo de información sobre las operaciones que allí se producen. Es decir, son países o territorios no cooperantes con la comunidad internacional.
- b) El problema que plantea lo que suele denominarse “asimetría en las regulaciones” normativas que, si ya es importante entre los países *onshore*, es mucho más relevante entre estos y los centros *offshore*.
- c) La vigencia de un derecho societario que elude cualquier exigencia de transparencia en la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles: la posibilidad indiscriminada de sociedades pantalla, la no exigencia de capitales mínimos, la ausencia de verificación de cuentas anuales, la tolerancia con la llevanza de la contabilidad, etc.
- d) Y, finalmente, no rige ninguna exigencia de que la actividad económica que allí se desarrolla sea real, lo que permite concluir que el objeto de esos territorios es exclusivamente atraer inversión y transacciones por motivos puramente fiscales.

En este contexto es lógico que los paraísos fiscales sean uno de los modos fundamentales del blanqueo de capitales. Pero aquí interesa, por encima de otra consideración, su contribución a la delincuencia financiera.

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



El problema es de tal alcance que mereció la atención de la OCDE. En 1998 publica un amplio Informe sobre “La competencia fiscal nociva”. En la introducción se dice lo siguiente: “La intención del informe es desarrollar un mejor entendimiento de cómo los paraísos fiscales y los regímenes fiscales preferenciales nocivos, conocidos como ‘prácticas fiscales nocivas’, afectan a la ubicación de actividades fiscales y otros servicios, erosionan las bases imponibles de otros países, distorsionan los patrones de comercio e inversión y minan la justicia, neutralidad y amplia aceptación social de los sistemas fiscales en general. Tal competencia fiscal nociva disminuye en bienestar global y vulnera la confianza de los contribuyentes en la integridad de los sistemas fiscales.” Planteamiento, desde luego compatible, con el reconocimiento de que la globalización y “la liberalización progresiva del comercio y la inversión ha sido el único y más poderoso impulsor del crecimiento económico y del aumento de los estándares de vida”.

Como es sabido, el GAFI aprobó en 1990 Cuarenta Recomendaciones, actualmente revisadas, que tienen como finalidad establecer directrices para reducir la vulnerabilidad del sistema financiero al blanqueo de capitales, con una especial atención a los paraísos fiscales que son denominados “Países o Territorios No Cooperantes” (PTNC). Pues bien, en junio de 2001 fueron retirados de la lista de paraísos fiscales, a aquellos efectos, las Islas Caimanes, Las Bahamas, República de Panamá y Principado de Liechtenstein, en octubre de 2002 la República de Dominica, y, posteriormente, ha retirado también de la lista San Vicente y las Granadinas. Según dicho Organismo debe suponerse que los citados territorios ya no deben ser considerados paraísos fiscales por su compromiso a aplicar las Recomendaciones.

En este marco, resulta sorprendente la presencia de la banca española en los paraísos fiscales. Particularmente, cuando estamos ante el fenómeno conocido como de banca privada, consistente en los servicios especializados y personalizados que el banco ofrece

a clientes, normalmente de una fortuna personal considerable, residente en España. Asimismo, las sociedades filiales constituidas por las entidades bancarias en los centros *offshore* suele determinar que la cabecera del grupo rechace informar sobre ellas alegando la diferente personalidad jurídica de la filial *offshore*.¹

Merece una especial atención el status en esta materia de las entidades de crédito españolas que operan en los paraísos fiscales a través de filiales que, ciertamente, quedan al margen de las normas de TFI, si sus operaciones se realizan frente a terceros no vinculados o que estándolo no residan en territorio español, cualquiera que sea el origen de los depósitos recibidos.

Todo ello es consecuencia de la falta de previsión legislativa sobre la supervisión del Banco de España en relación con las filiales de las entidades bancarias en los territorios *offshore*.

En todo caso, resulta inadmisibles que la comunidad internacional, particularmente Estados Unidos, Gran Bretaña y los Estados europeos ya mencionados, mantengan el principio de la disparidad fiscal y toleren y acepten los paraísos fiscales, fuente de injusticias y de desigualdades, mediante un ejercicio abusivo y perverso del principio de

¹ Así, el grupo BBVA, en el ejercicio 2003, mantuvo 34 sociedades filiales en paraísos fiscales, 12 de ellas en las Islas Caimanes. El grupo Santander Central Hispano, en el ejercicio 2002, mantuvo 34 sociedades, de ellas 13 en las Islas Caimanes. El Banco de Sabadell, también en el ejercicio 2002, mantuvo en su grupo Sabadell International Finance Ltd, Sabadell International Capital y Sabadell International Equity Ltd, y Bansabadell Caf Ltd, las cuatro domiciliadas en George Town (Islas Caimanes). En Andorra, estaban domiciliadas Bansabadell d'Andorra, Sabadell d'Andorra Inversions Societat Gestora S.A. y Sabadell d'Andorra Borsa S.A. El Banco Popular Español, en el ejercicio 2002, mantuvo domiciliadas en las Islas Caimanes las siguientes sociedades: BPE Finance International, BPE Capital International, BPE Preference International, y Popular Asia Trade en Hong Kong. "la Caixa", en el ejercicio 2002, tenía en su grupo las siguientes sociedades: Caixa Investment Management SAM en Montecarlo, la Societé Monegasque du Banque Privée en Mónaco, Caixa Finance Ltd., Caixa Capital Ltd. Y Caixa Preference Ltd., las tres en Grand Cayman, y Caixa Bank, Crèdit Andorrà, Credit Iniciatives y Patrigest S.A., las cuatro en Andorra. Fuente: Registro Mercantil *on-line*. En la relación anterior entendemos que las sociedades declaradas coinciden con las declaradas al Banco de España y al SEC del Estados Unidos.

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



soberanía cuando están en juego, como es el caso, principios básicos de la convivencia internacional. Máxime, desoyendo llamadas constantes de colectivos académicos y jurisdiccionales contra los paraísos fiscales como *L'appel de Génève* (octubre de 1996), la *Declaración de París* (junio de 2003) y las conclusiones de penalistas del *Programa Grotius* (abril de 2002).²

Sin embargo, periódicamente, la cuestión estalla y entonces, solo entonces, se hacen llamadas apresuradas y escasamente creíbles para afrontar una realidad tan evidente como perniciosa.

Así, con motivo de la crisis empresarial de la sociedad italiana Parmalat, el Parlamento Europeo, el 19 de febrero de 2004, aprueba una resolución que, entre otras consideraciones, dice lo siguiente:

- a) “pone de manifiesto la falta de transparencia y el conflicto de intereses en la relación entre bancos, auditorías y sociedades”
- b) “que se aceleren las negociaciones en los foros internacionales (Foro sobre la estabilidad financiera del G8, OCDE, GAFI y otros), encargados de establecer directrices sobre los centros territoriales y otros paraísos financieros opacos”

² *L'appel de Génève* se refería a “la Europa de los paraísos fiscales que prospera sin vergüenza gracias a los capitales a los que presta benevolente refugio”. La *Declaración de París*, respaldada por casi ocho mil firmas de juristas de todo el mundo, constataba que “la soberanía de ciertos Estados bancarios protege de manera deliberada la opacidad de los flujos delictivos”. Y reclamaba prohibir a los bancos “abrir filiales o aceptar fondos provenientes de compañías instaladas en países o territorios que rechazan o aplican de manera virtual la cooperación judicial internacional”. Por su parte, los juristas del *Programa Grotius* (italianos, portugueses, españoles y polacos) acordaron “instar a la Unión Europea para que no facilite la existencia de paraísos fiscales en Europa y, a la comunidad internacional, que estos paraísos fiscales no sean consentidos en ninguna parte del mundo. También debería tenerse presente las Recomendaciones de la 4ª Conferencia Europea de los servicios especializados en la lucha contra la corrupción, Chipre, 20-22 de octubre 1999), en la que se abordó ampliamente la problemática de los centros financieros *offshore*, p.77-102.

Nom del diàleg: Justícia Internacional
Data: 21 Juny
Sessió: Delictes econòmics, mediambientals i contra el patrimoni

Ponent: Carlos Jiménez Villarejo



c) solicita a la Comisión que “consideren la conveniencia de revisar las normas y principios de la OCDE sobre [...] la liberalización de los movimientos de capital para reforzar la protección de los inversores”.

Estamos, pues, ante un problema de gran alcance que precisa de respuestas nacionales y multilaterales como condición necesaria para un desarrollo equilibrado y sostenible de los pueblos.

El presupuesto de todas ellas es la constatación de que la línea divisoria entre las conductas punibles de blanqueo de capitales y las distintas formas de delincuencia financiera es prácticamente inexistente. Los paraísos fiscales subsisten como única expresión y a la vez baluarte de los negocios ocultos, del dinero sucio, de un secretismo que impide saber si los flujos económicos que protegen proceden del tráfico de drogas, del tráfico de personas, del tráfico de armas o de la fraudulenta evasión fiscal. En definitiva, “los flujos de evasión fiscal son, por lo común, los mismo flujos que emplean las organizaciones criminales para disimular los beneficios de su tráfico”.

Carlos Jiménez Villarejo

21 de junio de 2004