

**VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

DIREITO INTERNACIONAL

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-476-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Globalização. 3. Relações externas. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

O Direito Internacional tem vivenciado importantes transformações nas últimas décadas. Ocorre que a globalização e o intenso avanço da tecnologia da informação impõem novos limites para os diversos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais.

Por outro lado, as sucessivas crises globais, a partir de 2008, e seus impactos trouxeram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I, neste VII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Cidade de Braga, enfrentam significativa parcela desse quadro.

Como forma de melhor estruturar e organizar os textos, o livro foi dividido em capítulos específicos, de forma a observar a pertinência dos temas, buscando dar maior homogeneidade.

A divisão dos artigos se deu de forma criteriosa, partindo-se de temas gerais para os mais específicos, de forma a observar que os textos perpassam por uma sequência lógica de capítulos e temas, o que permite que os trabalhos dialoguem entre si.

Podemos afirmar que a variada gama de textos apresentados neste Grupo de Trabalho sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Braga.

Os coordenadores:

Lucas Gonçalves da Silva (UFS)

Assunção Pereira (UMinho)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CRIMINALIZAÇÃO DE PESSOAS PUBLICAMENTE E POLITICAMENTE EXPOSTAS

CRIMINALIZATION PUBLICLY AND POLITICALLY EXPOSED PERSONS

Mariela Sanchez Salas

Resumo

El objetivo de este artículo es analizar la situación jurídica de las Personas Expuestas Pública y Políticamente, como surge esta denominación y el alcance de la misma. Nos apoyaremos en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional. Con una metodología analítica nos enfocaremos en la estigmatización que sufre una parcela de la sociedad, esto conllevará el análisis de la vulneración a los derechos de la intimidad, la presunción de inocencia de las personas que se encuentran en estas listas.

Palavras-chave: Criminalización, Personas expuestas pública y políticamente, Principio de legalidad, Presunción de inocencia

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to analyze the legal situation of the Publicly and Politically Exposed Persons, as this denomination arises and the scope thereof. We will support the recommendations of the International Financial Action Task Force. With an analytical methodology, we will focus on the stigmatization of a part of society. This will entail an analysis of the violation of privacy rights, the presumption of innocence of people who are in these lists.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminalization, Publicly and politically exposed persons, Principle of legality, Presumption of innocence

1. INTRODUCCIÓN

Hemos escuchado constantemente en las noticias periodísticas que altos funcionarios de estado se encontraron involucrados en hechos de corrupción, o existen denuncias ante las Comisiones Internacionales sobre dictadores que habrían desfalcado un determinado Estado, ante estas aseveración realizadas por la prensa, la población se inclina por asemejar la función publica con hechos criminales vinculados a la legitimación de ganancias ilícitas, corrupción entre otros.

Esto deriva en la estigmatización de los ciudadanos que ocupan cargos públicos sin importar que estos los hayan conseguido por elección, méritos o por invitación, al parecer de la población en general, los cargos públicos son sinónimo de corrupción.

Esto deriva en una incomodidad e ilegalidad, en algunos casos, en un problema para los funcionarios públicos, ya que no se tiene certeza hasta donde alcanza la vida privada, la intimidad de sus actos, situación que los coloca en una posición de prejuicio al punto de convertirlos en sospechoso de hechos delictivos, de inseguridad e incertidumbre, toda vez que éste presta un servicio publico con el objeto de coadyuvar en el desarrollo de la administración publica, y al final termina siendo vulnerable de que la presunción de inocencia se extinga sin ni siquiera tenga un proceso de investigación justo con las garantías correspondientes.

El mismo grado de inseguridad ocurre con personas famosas de renombre en la vida publica que alcanzan notoriedad en la sociedad por la actividad que realizan (músicos, futbolistas, artistas, empresarios etc), ya que por su posición rápidamente alcanzan a percibir exorbitantes cantidades de dinero, producto de lo cual toman la determinación de depositar su dinero en entidades financieras apartadas de su residencia habitual, esta acción los torna sospechoso de hechos delictivos.

Aparentemente ambas actividades laborales carecen de semejanza, un famoso y un funcionario publico, dos perfiles de ciudadanos distintos a simple vista, sin embargo ambos comparten un perfil denominado “Personas Expuestas Publica y Políticamente ” en ambos casos alcanzan notoriedad, ambos tienen acceso a grandes cantidades de dinero, -sin embargo

en el primer ejemplo es simplemente administrador de dineros ajenos, en el segundo el dinero es producto de su actividad profesional-, finalmente ambos son personas que tienen derechos.

Y lo que se pretende realizar bajo una metodología analítica, es establecer hasta donde va la criminalización de estas personas, en que situación quedan sus derechos individuales frente a los derechos colectivos, hablamos de los derechos de intimidad, privacidad, y como queda la presunción de inocencia .

Por ello se abordara brevemente el origen del termino “Personas Expuestas Publica y Políticamente” que fue acuñado por la Banca Internacional y adoptado en 2003 por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, finalmente adoptado por el Grupo de Acción Financiera Internacional con el fin de perseguir la evasión de capitales.

De esta manera, el sistema financiero en el mundo se ve obligado a vigilar de cerca a todas aquellas personas que por su exposición publica puedan enmascarar maniobras de trafico de influencias o lavado de dinero.

Sin embargo no solo la persona en cuestión esta sometida a una vigilancia mucho mas extrema, sino también sus parejas y familiares con segundo grado de consanguineidad, incluyendo hasta a sus cuñados o a sus socios.

Para analizar el impacto en la economía se recurrirán a la revisión de Grupos de Investigación no gubernamental como Transparencia Internacional, documentos del Banco Interamericano de Desarrollo en especial el denominado “Los Costos del Crimen y de la violencia, nueva evidencia y hallazgos en América Latina y el Caribe”, para contar con una aproximación a la realidad económica que es presuntamente afectada por esta nueva categorización. Finalmente se desarrollaran algunos ejemplos de casos que ocurren en los diversos continentes, aspecto que nos llevara a fortalecer la idea, de que esta categorización no ocurre de manera aislada en un determinado país, sino que este puede afectar a cualquier país.

A mi entender esta nueva categorización podría ser efectiva y valedera en un sistema del common law, pero dentro del sistema civil law, se vulnera la presunción de inocencia, el derecho de la intimidad, aspectos que desarrollaremos mas adelante.

2. PERSONAS EXPUESTAS PUBLICA Y POLÍTICAMENTE (PEP)

La noción de PEP presuntamente habría surgido en la década de 1990, época en la que algunos países de África, Oriente Medio y Latinoamérica se encontraban al mando de poderosos dictadores. (DIEZ , 2013,p. 37)

El origen podemos encontrarlo en lo que se conoce como el “asunto Abacha”. Sani Abacha¹ fue un dictador Presidente de Nigeria entre 1993 y 1998. Según datos de Transparencia Internacional² se calcula que durante sus años de mandato el dictador y su familia llegaron a malversar entre 2.000 y 5.000 millones de dólares que fueron depositados en cuentas de bancarias del Reino Unido y Suiza.³

Este es un tema complejo y políticamente sensible, generalmente los encargados de emitir la norma acuerdan una división de tipos de PEP, pueden ser *extranjeros o domésticos*; los primeros son individuos que cumplen o a quienes se les han confiado funciones públicas prominentes en otro país, como por ejemplo los Jefes de Estado o de Gobierno, políticos de alto nivel, funcionarios gubernamentales o judiciales de alto nivel o militares de alto rango, ejecutivos de alto nivel de corporaciones estatales, funcionarios de partidos políticos importantes. (GAFI, 2012, p. 128)

Los de la segunda categoría, las PEP *domésticas*, son individuos que cumplen o a quienes se les han confiado funciones públicas prominentes internamente, como por ejemplo los Jefes de Estado o de Gobierno, políticos de alto nivel, funcionarios gubernamentales o judiciales de alto nivel o militares de alto rango, ejecutivos de alto nivel de corporaciones estatales, funcionarios de partidos políticos importantes. (GAFI, 2012, p. 129)

¹ El general Sani Abacha, director de Personal de las Fuerzas Armadas de Nigeria, llegó al poder en 1993 tras liderar un golpe de Estado. Tras su muerte, en 1998, el gobierno nigeriano inició una investigación en contra de su familia por enriquecimiento ilícito. Se les acusaba de tener US\$2.500 millones en cuentas personales de bancos en Suiza, el Reino Unido, Luxemburgo y Liechtenstein.

² Transparencia Internacional es un movimiento global, en 1993, unos pocos individuos decidieron tomar una postura contra la corrupción y crearon Transparencia Internacional. Ahora está presente en más de 100 países, el movimiento trabaja sin descanso para agitar la conciencia colectiva del mundo y lograr un cambio para detener la corrupción. Sitio: <https://www.transparency.org/whoweare/organisation/> visitado 27 de abril de 2017.

³ Así, en 2001 el Gobierno de Nigeria hizo un esfuerzo por recuperar el dinero robado, denunciando el expolio ante varias agencias europeas, entre ellas la Oficina Federal de Policía (FOP) de Suiza e investigando cerca de setenta bancos suizos. Es en esta investigación donde surge el concepto de PEP, Posteriormente, en 2003 dicho concepto es incluido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sito web: http://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency_international_publishes_1997_corruption_perceptions_index , revisado el 20 de abril de 2017.

En Bolivia la Unidad de Investigaciones Financieras⁴ establece que los sujetos obligados son los encargados de elaborar las listas de PEP; clasificándolos en dos categorías, la primera alberga a las Personas Expuestas Políticamente que son los *funcionarios públicos* sean nacionales o extranjeros; la segunda categoría abarca a las Personas Expuestas Públicamente que tienen fama y notoriedad, -Cantantes, Actores, Científicos, entre otros-; cuya obligación es emitir Reportes de Operación Sospechosa.

La Comunidad Europea⁵ a través de sus Directivas⁶ (Directiva 91/308/CEE, Directiva 2005/60/CE), en similar noción a la de PEP, ha dispuesto una definición de “Persona del Medio Político”⁷ en la que establece medidas exigibles a las entidades en materia de conocimiento del cliente y a la hora de aplicar la debida diligencia.

Por su parte en Estados Unidos, el artículo 312 de la Ley del Patriota dispone que PEP es aquel funcionario o ex funcionario de alta jerarquía de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial de un gobierno extranjero; toda persona que desempeña un cargo administrativo o militar en un gobierno extranjero; toda persona que ocupa un cargo de alta jerarquía en cualquier partido político importante o –sobre todo y de mayor preocupación para nuestros lectores–, PEP puede ser un familiar, amigo allegado o socio comercial del funcionario de gobierno extranjero, inclusive el abogado, contador, asesor financiero, corredor o banquero de la PEP.

⁴ sitio: <http://www.cosmart.coop/index.php/educacion-financiera?id=113>, visitado 25 de abril de 2017.

⁵ La comunidad europea fue conformada por veintiocho países entre los cuales estaban; Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Republica Checa, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania y Suecia.

⁶ Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Capítulo 2 “Actos Jurídicos de la Unión, Procedimientos de Adopción y Otras Disposiciones”, Sección Primera, Actos Jurídicos de la Unión, artículo 288, “...Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes. Sitio: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12012E288>, visitado el 25 de abril de 2017

⁷ Unión Europea, Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo del Consejo, 26 de octubre de 2005, inciso 25, “...Lo anterior se aplica de modo particular a las relaciones de negocios con personas que ocupen o hayan ocupado cargos públicos importantes, máxime cuando procedan de países donde está extendida la corrupción; dichas relaciones pueden exponer el sector financiero a riesgos considerables, en particular jurídicos y de reputación. El esfuerzo internacional por combatir la corrupción justifica también la necesidad de una especial atención a este tipo de casos y la aplicación de medidas normales de diligencia debida con respecto al cliente para las personas nacionales del medio político o medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente para personas del medio político que residan en otro Estado miembro o tercer país...”

Igualmente, la anterior no es, en ningún sentido, una lista exhaustiva de aquéllos a quienes se les puede considerar PEP, sino que abarca fundamentalmente a todo aquél que es asesor allegado u hombre de confianza del funcionario de gobierno extranjero. En las PEP también figuran aquellas personas que ocupan cargos en instituciones estatales, como bancos o compañías petroleras y sus respectivos socios allegados, familiares y asesores.

De lo precedente se percibe que existe algún tipo de consenso internacional sobre lo que constituye un PEP, en gran medida orientado por la definición del GAFI, misma orientación fue adoptada por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la mayoría de las demás autoridades reguladoras oficiales alrededor del mundo, como una herramienta clave para la formulación de políticas en el ámbito de lucha contra la Legitimación de Ganancias Ilícitas y financiamiento del Terrorismo (LGI/FT).

Para la comprensión de este artículo PEP será la persona que alcanza notoriedad o renombre en la sociedad y que como condición sine qua non, tiene el acceso a enormes cantidades de dinero, ya sea como administrador o poseedor de este.

3. NECESIDAD DE GENERAR LA NOCIÓN DE PERSONAS EXPUESTAS PÚBLICA Y POLÍTICAMENTE

Para establecer la necesidad de generar la noción de PEP y las políticas de prevención que se implementan contra estos, la comunidad internacional hace una retrospectiva de los hechos de corrupción, por ejemplo en los últimos 30 años, el mundo entero ha tomado conocimiento de los abusos proferidos por funcionarios públicos en las arcas de la Administración Pública, así como los escandalosos ejemplos de las formas en que saquean los bienes públicos, que exigen y aceptan sobornos, aprovechándose de los sistemas financieros nacionales e internacionales, en la que se paga más de \$us.1 trillón en sobornos cada año⁸.

Los fondos obtenidos en base a la corrupción robando de países en vía de desarrollo fluctúa entre \$us. 20 mil millones y \$us. 40 mil millones por año – aproximadamente el equivalente

⁸ World Bank, Los Costos de la Corrupción (8 de abril de 2004) citado por Daniel Kaufmann, Director de Gobernabilidad, Instituto del Banco Mundial, sitio:<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20190187~menuPK:34457~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>.

al PBI anual de los 12 países mas pobres del mundo donde mas de 240 millones de personas viven. (ONUDD, 2007, p. 9)

Por ejemplo en España, solo hay una cosa que preocupe mas a los españoles que la corrupción, tras colocarse durante octubre como tercer problema para los españoles, vuelve a colocarse en la segunda posición según el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de noviembre de 2013, esto a influido en crisis económica que se ha traducido también en una crisis de confianza en los políticos.⁹

En Portugal, numerosos escándalos en su mayor parte relacionados con temas de corrupción dinero y poder¹⁰ son dos ingredientes casi siempre presentes en estos casos, que una vez que salen conmocionan a la opinión pública, el caso Marques , el que dejo en prisión preventiva al ex primer ministro Luso José Sócrates, por su presunta vinculación con casos de fraude fiscal, blanqueo de capitales y corrupción.

En Bolivia, la crisis en la Policía que estallo el 14 de diciembre de 2001¹¹, después que la institución desbarato un organización de delincuentes peruanos y bolivianos, liderada por el coronel Blas Valencia y mayor Freddy Cáceres, responsable de asaltar un carro de Prosegur de caudales, huyendo con cuantioso botín y matar a tiros a dos guardias y un civil, develo un hechos de corrupción.

En Estados Unidos, Michael Kopper, ex director ejecutivo de la unidad Enron Global Finance, reconoció ser responsable del delito de lavado de dinero y fraude postal, lo que significo en año 2002 como la primer admisión de culpabilidad en las investigaciones del gigante energético de Estados Unidos, la quiebra de la empresa supuso que miles de trabajadores quedaran sin empleo¹².

⁹ Centro de Investigaciones Sociológicas, Barómetro de Noviembre, Avance de Resultados, Estudio Nro. 3005, España, Noviembre de 2013, pág. 33

¹⁰RODRIGO Belén, Portugal ¿país de corruptos?, ABC Internacional, Lisboa- Portugal, 27 de noviembre de 2014, pág. 1, sitio web: <http://www.abc.es/internacional/20141126/abci-casos-corrupcion-portugal-201411252305.html>, visto, 3 de abril de 2017.

¹¹ Corte Superior de Justicia de La Paz, Tribunal II de Sentencia de El Alto,17 de mayo de 2003, sitio web: <http://www.bolivia.com/noticias/AutoNoticias/DetalleNoticia13518.asp>, visto el 20 de mayo de 2016.

¹² Periódico el País, “Un Ex ejecutivo de ENRON se declara culpable de lavado de dinero”, Washington, 21 de agosto de 2002, pág. 1 Sitio web: http://economia.elpais.com/economia/2002/08/21/actualidad/1029915173_850215.html, visitado el 25 de diciembre de 2016

Producto de todas estas acciones, la comunidad internacional a través del GAFI, estableció parámetros de control a las Personas Expuestas Publica y/o Políticamente, que abarca a los delitos de corrupción, lavado de dinero, financiamiento del Terrorismo, organización criminal, trafico de personas, etc.

Esta categorización genero que los sujetos obligaos elaboren listas que clasifican a sus clientes de acuerdo a los riesgos; demandándoles la realización de una debida diligencia que podrá ser moderada, continua, estricta; estas listas en algunos países tiene un tiempo determinado y en otros es indefinido; la categorización de PEP no solo alcanza al cliente del sujeto obligado sino también a sus familiares, allegados , ubicándolos a todos estos en una posición de sospecha constante.

Esta indeterminación de tiempo para la categorización de PEP, para permanecer en la lista elaborada por los sujetos obligados, genera inseguridad jurídica.

Evidentemente la mayoría de las Personas Publicas o Políticamente Expuestas, no participan en actividades corruptas, sin embargo, todas las PEP están en una posición, en la que presuntamente, están potencialmente para aprovecharse indebidamente de su autoridad, para obtener ganancias personales, independientemente de su país de origen, naturaleza de su actividades comerciales a el alto nivel de jerarquía de su puesto.(GREENBERG. 2012, p. 3)

4. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS

Producto de esta categorización se alerta una vulneración a la noción de la dignidad de la persona humana, considerando esta para este articulo, como aquella que conlleva el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades inherentes a dicha condición, cuya observancia y protección componen los presupuestos básicos de una conveniencia pacifica en sociedad y que, como tales, se tornan en deberes primordiales, que el Estado esta compelido a cumplir para responder a los fines que determinan las razones de su existencia. (GONZALEZ, 1986, p. 58)

Esta vulneración latente que genera la categorización de referencia, ha expuesto a la población a una convivencia constante con la norma de las PEP, sin que se percaten de la

violación flagrante a su intimidad, a su privacidad y a su inocencias y el principio de legalidad.

Esta privacidad que en un inicio era considerada como aquella que de ningún modo ofendía al orden y a la moral pública, ni perjudicaba a un tercero, donde este tipo de privacidad estaba solo reservada a Dios y exenta de las autoridades de los magistrados. (UICICH, 1999, p. 29)

Que, bajo esta primera noción de privacidad, en el ámbito jurídico, la mayoría de las Constituciones¹³ estableció una protección contra las interferencias arbitrarias contra la vida privada, la familia, la correspondencia, contra los ataques a su honra y a su reputación, donde toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Ahora bien, otra de las encrucijadas del derecho, es la intimidad, que va provenir del ejercicio del derecho a la información, ya que la intimidad no se limita a las acciones que de ninguna manera se exterioriza al público.

Con esa aseveración precedente, la protección del hombre de aquel ámbito que no desea hacer público genera un conflicto, con la publicidad de datos almacenados en las diversas bases de datos del Estado, pero en particular en aquellas bases de las entidades financieras en las que se cataloga a las Personas Expuestas Pública y Políticamente.

En este segundo momento la intimidad alcanza un sentido relevante, en el que las bases de datos pueden afectarla, vinculándose de manera directa con la libertad individual que protege un ámbito de autonomía individual, que diremos que esta esencialmente constituida por sentimientos, hábitos y costumbres en las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación para los extraños significa un peligro real.

Siendo así, la intimidad que merece protección jurídica, alcanza a las conductas que pueden ser advertidas por terceros, conocidas públicamente, como por ejemplo, el ejercicio de un

¹³ Constitución de la Republica Portuguesa (1976) Portugal, art. 33; Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), art. 21; Constitución Española (1978), art. 18.

deporte, la forma de hablar, la forma de vestir, información en entidades de registro público, entre otros.

Por supuesto, los referentes para el tratamiento del derecho a la intimidad –en 1880 el alemán Hans Kohler, secreto a la vida íntima-, han cambiado, no son los mismos, esto se debe a las innovaciones de siglo XXI, y se percibe al momento de tratar a la nueva categorización de las PEP.

En ese marco de referencia, las PEP, se encuentran vulnerables en su intimidad, por no decir que se criminalizan sus acciones por el simple hecho de realizar movimientos económicos en las entidades financieras, me refiero de manera específica al proceso de escrutinio al que son sometidos, sin que estos lo sepan.

Asimismo, la vulneración que se percibe en el tratamiento de las PEP, también deriva en la violación del principio de inocencia, que se encuentra directamente vinculada a la actividad probatoria de las partes dentro de un proceso, (GALVEZ; 2014, p. 47) esto quiere decir que deben ser obtenidas legalmente.

Esto implica que debe haber un proceso penal abierto, en el que se reconozcan y se protejan los derechos y las garantías constitucionales, en razón del momento en que las entidades financieras realizan una categorización de sus clientes de forma discriminada, clasificándolos en listas internas en las que imprimen mayor seguimiento cuando son altos funcionarios públicos, o personas que alcanzan fama y notoriedad, claramente vulnera la inocencia de estas, ya que sin autorización judicial les realizan un escrutinio y los discriminan de los demás clientes volviéndolos sospechosos de la comisión de un hecho delictivo sea vinculado a la corrupción, a la legitimación de ganancias ilícitas, al terrorismo, entre otros.

Para la defensa de la vulneración de la intimidad, existen recursos que son asumidos por los países, como el Habeas Data; la Acción de Privacidad. Lo óptimo sería que la vulneración no sea realizada por el *propio Estado*,- administración pública- sino que por alguna omisión o desconocimiento de la norma, algún individuo ajeno a este lo realice. Sin embargo, en el caso precedente lo inquietante es que los Estados, promueven normas para la vulneración de estos derechos.

Otro de los elementos de protección y garantía de parte del Estado, que se encuentra vulnerado para mejor comprensión, es la Presunción de Inocencia. Por ejemplo en un hipotético caso; en el que Juan que es funcionario publico, deposite en su cuenta \$us. 30.000 mil dólares americanos, producto de un préstamo de sus familiares, y se niegue a brindar información del origen y destino de los fondos, los funcionarios de la entidad financiera ante la imposibilidad de recabar mayor información, remiten un Reporte de Operación Sospechosa (ROS) a la Entidad Publica Administrativa, para que esta promueva una investigación sin autorización judicial, simplemente a la recepción del ROS. Ya se percibe con claridad el quebrantamiento del debido proceso, producto de tal investigación que no guarda los derechos y las garantías constitucionales.

Con estos procedimientos se percibe una franca influencia del sistema Common Law, sobre el sistema del Civil Law, y esta influencia genera una vulneración de las nociones tradicionales de intimidad, privacidad e inocencia que se encuentran amparadas en el Derecho Penal Internacional e interiorizadas en el Derecho Penal Interno de cada Estado, situación que va derivar en una fragilidad normativa.

5. NUEVA FORMA DE CRIMINALIZACIÓN

Es de notar que existen nuevos marcos de referencia en la sociedad actual, como la superpoblación, la superindustrialización, super producción, la contaminación de las grandes cadenas mundiales de alimentos y productos, las amenazas de la vida en la cultura industrial recorren metamorfosis sociales del peligro, reglas cotidianas de la vida son puestas del revés, y los sistemas jurídicos no captan lo hechos. (BECK, 1998, p. 15-37)

Estos nuevos marcos de referencia no se limitan a los nombrados por Beck, en algunos casos surgen aquellos marcos como; el excesivo contrabando, el desempleo, la desindustrialización, aspectos que están generando un forma de criminalización en la que los padrones internacionales están desconociendo los derechos conquistados por el hombre a medida de los años.

Esta referencia hace presumir que los “nuevos marcos de referencia” están desplazando los derechos individuales para posesionar presuntos derechos colectivos, presentándose como una panacea que va prevenir la corrupción, la legitimación de ganancias ilícitas, pero desconocido

los derechos de los ciudadanos que se encuentran bajo el escrutinio y discriminación por parte de los sujetos obligados que van a generar una nueva forma de criminalización.

Esta nueva criminalización esta marcada por un carácter selectivo, y puede definirse como la utilización de marcos jurídicos, estrategias y acciones político-judiciales con la intención de dar un tratamiento de ilegítimo e ilegal. (ECHEVERRIA, 2007, p. 3)

El proceso de criminalización incluye un primer nivel; ligada a la previsión normativa, y un segundo nivel de criminalización secundaria en el que actúan los órganos de control – jueces, policías, órganos administrativos, etc.- en la selección de cuales ilegalismos (violaciones de las normas penales) deber ser penalmente perseguidos y sujetos deben ser criminalizados. (PAVARINI, 2002, p. 147)

Este nuevo marco de referencia llamado “criminalización”, implementado por el Derecho Internacional, pertenece a una corriente criminológica llamada teoría del etiquetado, que se hace visible permanentemente a través de los medios de comunicación; estos medios que sin existir un delito, por su falta de conocimiento, empiezan a difundir presunciones sobre nociones que no son delito, derivando en el desvío de lo que realmente se cataloga en la norma como delito, aspecto que influye en la sociedad, que constituye su propio concepto de criminal. Finalmente esta nueva forma de percepción hace suponer que el individuo clasificado “dentro de un grupo determinado”, al ser tratado y definido por la mayoría socialmente como tal, asume su condición de criminal y por tanto se comporta como tal, vulnerando así la tradicional doctrinal del derecho penal.

Ese nuevo barómetro fundado por los medios de comunicación y resultando en la percepción de la sociedad en una nueva forma de criminalidad, es ajena a la norma, es decir la realidad supera la norma y genera nuevas formas criminalidad que no precautelan la seguridad jurídica, que un Estado Social Democrático de Derecho esta obligado a brindar.

Pero no se limita al barómetro de los medios de comunicación, sino que la comunidad internacional también ha creado un “barómetro internacional”, que utiliza indebidamente las leyes y otras disposiciones sobre seguridad nacional , *-por ejemplo en el caso del terrorismo se lo usa para incriminar a los defensores de derechos humanos o para menoscabar su labor*

*y su seguridad de manera contraria al derechos internacional*¹⁴- he introduce mecanismos de prevención que implantan la categorización de PEP, como una forma de anticipación de tutela del derecho penal en casos de lavado de dinero, terrorismo, entre otros.

Esta forma de anticipación de tutela, genera un conflicto, entre la ley positiva y la noción de justicia, para lo cual recurrimos a Radbruch, quien, sostenía que, debía resolverse dando prioridad a la primera, aunque su contenido sea injusto y contrario al bien común, ello encontraba una excepción cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia resulta tan intolerable que la ley positiva, como derecho injusto, debe ceder ante la justicia de tal manera que “allí donde no existe ni siquiera el deseo de justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada en el establecimiento mismo del derecho positivo, precisamente allí solo estaremos no solamente ante “derecho injusto” sino ante la pérdida absoluta de la naturaleza jurídica”. (RADBRUCH, 1946, p. 105-108)

Con ese pensamiento sería valedero respetar los derechos de los individuos y modificar las normas atentatorias a estos, pero no simplemente es el tema normativo también surge una afectación al principio de legalidad, en esa misma línea, se percibe que el tradicional principio de legalidad que inicialmente se expresó a través la formulación latina acuñada por Paul Johan Anselm Vom Feurbach expresada con la siguiente prohibición; *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. En la actualidad esa fórmula es considerada con mayor amplitud; *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta, stricta, certa et previa*. (VALLEJO, 2008, p.35). Aspecto que hace advertir que la nueva categorización de PEP se quiebra este tradicional principio de legalidad.

Tradicionalmente, como se vio, el principio de legalidad se ha venido entendiendo como la exigencia de una *lex scripta, certa, praevia y stricta*. Sin embargo, la internacionalización de este principio ha ido introduciendo modificaciones importantes que afectan a su alcance. (VALLEJO, 2008, p.55)

¹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2012), Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011. Promoción de la declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos . A/RES/66/164, sitio web: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/164&Lang=S, visitado el 1 de mayo de 2017.

La violación al principio de legalidad se hace visible al momento de solicitar la norma en la que se establezca la tipicidad de las PEP, ya que estas son sometidas a investigaciones, como resultado de esa solicitud, en las normas penales no se encontrara el tipo penal “PEP” , por lo que esta medida administrativa criminaliza una posición del ciudadano común y lo torna sospechoso de crímenes.

Se puede comprender, este fenómeno de la internacionalización de principio de legalidad ha supuesto una considerable ampliación de las fuentes del derecho penal, al introducir las fuentes del derecho internacional(los tratados, la costumbre, la doctrina, científicamente internacional y la jurisprudencia internacional) y, por tanto, relativizando las exigencias de *lex scripta* y *lex praevia*, probablemente las mas significativas del principio de legalidad. (VALLEJO, 2008, p. 56)

Así en lo pertinente a las PEP, y de las diferentes directrices emitidas por organismos como el GAFI, en el que se consideran la emisión de mecanismos de prevención, presuntamente como respuesta a las constantes olas de criminalidad de lavado de dinero y terrorismo o su financiación, recurren al derecho penal como si esta fuese la panacea a estas actividades y omiten considerar que no todas las personas son criminales, derivándolos en las vulneración del principio de legalidad, la presunción de inocencia, y la privacidad.

6. ASPECTO SOCIAL Y JURÍDICO

Como se estableció el consenso de implementar medidas de prevención para esta categoría de personas es a nivel mundial, sin embargo nadie se ha detenido analizar las consecuencias jurídicas que se generan al realizar esta categorización

Es decir, todos bajo “la bandera de la prevención”, han encapsulado bajo sospecha a todo funcionario publico que ocupe cargos jerárquicos y las personas que alcanzan fama y notoriedad en la sociedad, se lo ha estigmatizado al punto de vulnerar el principio de inocencia.

Los Estados flagrantemente han discriminado el trabajo de los funcionarios públicos de altas jerarquías y de las personas que alcanzan fama o notoriedad y han vulnerado los derechos de

las personas, por lo menos en el sistema Civil law, donde el principio del debido proceso es valido.

Sin emitir un cuestionamiento, los países se dejaron embellecer por esta noción de PEP, descuidado al ciudadano inocente que alcanza fama o notoriedad o que es funcionario publico.

El esfuerzo económico de las autoridades estatales y de los entes privados que representa realizar esta constante mecanismo de prevención generan un gasto, del cual se puede derivar en una desviación de dinero que no es empleado adecuadamente, de donde puede resultar ningún autor del crimen de lavado de dinero pero si en varios sospechosos de un riesgo, a los que se les vulnera su derechos.

Finalmente se perciben una afectación a los Derechos Fundamentales, que no son establecidos simplemente por las diversas Constituciones a nivel mundial, ya que esta simplemente se limita a reconocerlos y en caso contrario de no reconocerlos, por la mera condición humana, estos derechos se poseen. (OYARTE, 2016, p. 6-7)

Desde la teoría liberal de los derechos individuales se señala que la legitimidad de estos “no radica en que hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, por el contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto que es expresión y garantía de tales derechos”, (GARCIA, 1959, p. 150) esta misma teoría continua en vigencia, sin embargo por la nueva categorización de PEP, se encuentra nuevamente vulnerada.

7. CONCLUSIONES

Lo que antes era producto de una necesidad de la población, reflejado en la política criminal de cada Estado, hoy con esa nueva categorización de PEP que concluya en una regulación en los sistemas financieros mundiales, impuesta por un organismo supra nacional no gubernamentales, deja al mundo entero en una situación de vulnerabilidad, ya que se encuentran a merced de imposiciones y caprichos de un grupo reducido y determinado de personas, que no necesariamente conocen las normas ni las necesidades de la población, derivando esta situación en una franca vulneración de derechos y principios que han sido conquistados históricamente.

Con la nueva categorización de Personas Expuestas Publica y Políticamente, la noción de Estado de Derecho sufre una modificación, pues esta noción ya no garantiza la presunción de inocencia. El Estado de Derecho rápidamente alcanza a ser una ilusión, al ser sometido por ese grupo limitado de países que a través de una organización no gubernamental se dedica a la emisión de parámetros, me refiero al GAFI, que busca estigmatizar como “Corruptos” a los ciudadanos que alcanzan notoriedad o fama junto aquellos funcionarios públicos. Todos estos hoy se encuentran desamparados por el propio Estado.

Me animaría a decir que el Derecho Penal en el Sistema Civil Law, está sufriendo serias y profundas modificaciones, que ya las tradicionales tendencias doctrinarias que respetaban los derechos y las garantías de las personas, que se regían por principios morales y por valores, en la actualidad, con la categorización de PEP, han llegado a un punto de quiebre, que es aceptado por la población sin ningún reparo y fomentado por el Derecho Internacional que esta omitiendo salvaguardar los derechos y garantías de los ciudadanos del mundo entero.

La vida privada e íntima de las Personas Expuestas Publica y Políticamente, alcanza a todas aquellas actividades en las que estos no brindan su consentimiento de divulgación, es decir solo debería ser publica la vida de los PEP si estos conscientemente autorizaren su publicidad, caso contrario se estaría vulnerando sus derechos.

Finalmente, este tipo de medida de prevención administrativa implementada por el Derecho Internacional, deja que se desarrolle sin ningún tipo de parámetro de duración, es decir, “Una vez PEP siempre PEP”, aspecto que deja en total desamparo al ciudadano que se atendido por esta nueva categorización.

8. BIBLIOGRAFÍA

BECK Ulrich, La Sociedad del Riesgo, Hacia una Nueva Modernidad, editorial Paidós, Barcelona, 1998.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, Barómetro de Noviembre, Avance de Resultados, Estudio Nro. 3005, España, Noviembre de 2013.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA PORTUGUESA, Republica de Portugal, de 25 de abril de 1976.

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 31 de octubre de 1978.

DIEZ Herrero Juan, Universidad Autónoma de Madrid, Las Personas Políticamente Expuestas (PEPS) Tratamiento y Medidas Prácticas a Disposición de los Sujetos Obligados, Madrid-España, diciembre de 2013.

ECHEVERRÍA Jennifer, Criminalización de la protesta social, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Ginebra-Suiza, 27 de febrero de 2007.

GALVEZ Bautista Julio Alejandro, Principio de Presunción de Inocencia y Delincuencia de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita (Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán 34,238 (reproducción de una grabación secreta), Editorial Porrúa, México, 2014.

GARCIA Pelayo Manuel, Derecho Constitucional Comparado, 5ª ed. Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1959.

GONZALEZ Pérez Jesús, La dignidad de la Persona, Civitas, Madrid, 1986.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SURAMÉRICA, Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la proliferación- las Recomendaciones del GAFI, Buenos Aires-Argentina, 2012.

GREENBERG S. Theodores, GRAY Larissa, SCHANTZ Delphine, GARDNER Carolin, LATHAM Michael, People Politically Exposed, International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Washington, 2012.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Resolución Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas Nro. 53/144 de 9 de diciembre de 1998.

OYARTE Rafael, Debido Proceso, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Quito, 2016.

Sitio: <http://www.cosmart.coop/index.php/educacion-financiera?id=113>, visitado 25 de abril de 2017.

Sitio: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12012E288>, visitado el 25 de abril de 2017

Sitio: <https://www.transparency.org/whoweare/organisation/> visitado 27 de abril de 2017.

Sitio: http://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency_international_publishes_1997_corruption_perceptions_index, visitado 20 de abril de 2017.

UICICH Daniel Rodolfo, Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires- Argentina, 1999.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo del Consejo, 26 de octubre de 2005.

WORLD-CHECK, Politically Exposed Person, Refining the PEP Definition, Edition II, United States abril 2008.