



Manual para la recuperación de activos

Una guía orientada a los profesionales,
segunda edición

Jean-Pierre Brun

Anastasia Sotiropoulou

Larissa Gray

Clive Scott

Kevin M. Stephenson



Manual para la recuperación de activos

Serie de publicaciones de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR) es una asociación constituida por el Grupo Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) que contribuye a los esfuerzos internacionales para poner fin a los “refugios seguros” de fondos procedentes de la corrupción. La Iniciativa StAR trabaja con países en desarrollo y centros financieros para prevenir el lavado de fondos provenientes de la corrupción y para facilitar una restitución más sistemática y rápida de los activos robados. Con el propósito de influir en la conformación de la agenda internacional para la recuperación de activos, la Iniciativa StAR colabora, además, con organizaciones y responsables de la formulación de políticas de todo el mundo, como la Conferencia de los Estados Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), el Grupo de los Ocho (G-8), el Grupo de los Veinte (G-20) y el Grupo de Acción Financiera (GAFI).

La serie Recuperación de Activos Robados respalda los esfuerzos de la Iniciativa StAR y de la UNODC proporcionando a profesionales intervinientes diversos conocimientos y herramientas normativas que consolidan las buenas prácticas internacionales. Asimismo, ofrece amplia información sobre experiencias prácticas en cuestiones de interés mundial relativas a la lucha contra la corrupción y los esfuerzos de recuperación de activos. Para obtener más información, visite <https://star.worldbank.org/>.

Títulos de la serie Recuperación de Activos Robados

Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena (2009), de Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray.

Personas expuestas políticamente: Medidas preventivas para el sector bancario (2010), de Theodore S. Greenberg, Larissa Gray, Delphine Schantz, Carolin Gardner y Michael Latham.

Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales (2011), de Jean-Pierre Brun, Larissa Gray, Clive Scott y Kevin M. Stephenson.

Barreras para la recuperación de activos: Análisis de las barreras principales y recomendaciones para la acción (2011), de Kevin M. Stephenson, Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabriele Dunker y Melissa Panjer.

Los maestros titiriteros: Cómo los corruptos utilizan las estructuras legales para ocultar activos robados y qué hacer al respecto (2011), de Emile van der Does de Willebois, Emily M. Halter, Robert A. Harrison, Ji Won Park y J. C. Sharman.

Función pública, intereses privados: Rendición de cuentas a través de declaraciones de ingresos y activos (2012).

Dispuestos a recibir sobornos: Penalizando el enriquecimiento ilícito para luchar contra la corrupción (2012), de Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias y Tammar Berger.

Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery (Pocos y lejanos: Datos concretos sobre la recuperación de activos robados) (2014), de Larissa Gray, Kjetil Hansen, Pranvera Recica-Kirkbride y Linnea Mills.

Excluidos del trato: Acuerdos en casos de soborno en el extranjero y repercusiones en la recuperación de activos (2014), de Jacinta Anyango Oduor, Francisca M. U. Fernando, Agustin Flah, Dorothee Gottwald, Jeanne M. Hauch, Marianne Mathias, Ji Won Park y Oliver Stolpe.

Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets (Infracciones públicas, acciones privadas: Demandas civiles para recuperar bienes robados) (2015), de Jean-Pierre Brun, Pascale Helene Dubois, Emile van der Does de Willebois, Jeanne Hauch, Sarah Jaïs, Yannis Mekki, Anastasia Sotiropoulou, Katherine Rose Sylvester y Mahesh Uttamchandani.

Lo que hay que saber sobre los funcionarios públicos: Guía práctica para declaraciones juradas efectivas (2017), de Ivana M. Rossi, Laura Pop y Tammar Berger.

Going for Broke: Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases (Ir a por todas: Herramientas de insolvencia para apoyar la recuperación transfronteriza de activos en casos de corrupción) (2020), de Jean-Pierre Brun y Molly Silver.

Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales, segunda edición (2021), de Jean-Pierre Brun, Anastasia Sotiropoulou, Larissa Gray, Clive Scott y Kevin M. Stephenson.

Todos los libros de la serie StAR están disponibles gratuitamente en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2172>.

Manual para la recuperación de activos

Una guía orientada a los profesionales,
segunda edición

Jean-Pierre Brun
Anastasia Sotiropoulou
Larissa Gray
Clive Scott
Kevin M. Stephenson



2021 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial
1818 H Street NW, Washington, DC 20433, EE. UU.
Teléfono: 202-473-1000, sitio web: www.worldbank.org
Reservados algunos derechos

1 2 3 4 24 23 22 21

El presente documento fue elaborado por el personal del Banco Mundial, con contribuciones externas. Los resultados, las interpretaciones y las conclusiones aquí expresados no necesariamente reflejan la opinión del Banco Mundial, de su Directorio Ejecutivo ni de los países representados por este. El Banco Mundial no garantiza la exactitud de los datos que figuran en esta publicación. Las fronteras, los colores, las denominaciones y demás datos que aparecen en los mapas de este documento no implican juicio alguno, por parte del Banco Mundial, sobre la condición jurídica de los territorios, ni la aprobación o aceptación de tales fronteras.

Nada de lo que figura en el presente documento constituirá ni se considerará una limitación o renuncia a los privilegios e inmunidades del Banco Mundial, los cuales quedan específicamente reservados en su totalidad.

Derechos y autorizaciones



Esta publicación está disponible bajo la licencia Creative Commons de Reconocimiento 3.0 para Organizaciones Intergubernamentales (CC BY 3.0 IGO), https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/deed.es_ES. Bajo la licencia Creative Commons de Reconocimiento, queda permitido copiar, distribuir, transmitir y adaptar esta obra, incluso para fines comerciales, en las siguientes condiciones:

Cita de la fuente: La obra debe citarse de la siguiente manera: Brun, Jean-Pierre, Anastasia Sotiropoulou, Larissa Gray, Clive Scott y Kevin M. Stephenson (2021), *Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales*, segunda edición, Washington, DC, Banco Mundial, doi:10.1596/978-1-4648-1616-1. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento para Organizaciones Intergubernamentales CC BY 3.0 IGO.

Traducciones: En caso de traducirse la presente obra, la cita de la fuente deberá ir acompañada de la siguiente nota de exención de responsabilidad: "La presente traducción no es obra del Banco Mundial y no deberá considerarse traducción oficial de dicho organismo. El Banco Mundial no responde por el contenido ni los errores de la traducción".

Adaptaciones: En caso de que se haga una adaptación de la presente publicación, la cita de la fuente deberá ir acompañada de la siguiente nota de exención de responsabilidad: "Esta es una adaptación de un documento original del Banco Mundial. Las opiniones y los puntos de vista expresados en esta adaptación son exclusiva responsabilidad de su autor o sus autores y no están avalados por el Banco Mundial".

Contenido de terceros: Téngase presente que el Banco Mundial no necesariamente es el autor de todos los componentes de esta obra, por lo que no garantiza que el uso de los componentes o las partes que son propiedad de terceros no violará los derechos de estos. El riesgo de reclamación derivado de dicha violación correrá por exclusiva cuenta del usuario. En caso de que se desee reutilizar algún componente de esta obra, será responsabilidad del usuario determinar si debe solicitar autorización y obtener dicho permiso del propietario de los derechos de autor. Como ejemplos de componentes se pueden mencionar los cuadros, los gráficos y las imágenes, entre otros.

Toda consulta sobre derechos y licencias deberá enviarse a la siguiente dirección: World Bank Publications, The World Bank Group, 1818 H Street NW, Washington, DC 20433, EE. UU., correo electrónico: pubrights@worldbank.org.

ISBN (edición impresa): 978-1-4648-1616-1

ISBN (edición electrónica): 978-1-4648-1617-8

DOI: 10.1596/978-1-4648-1616-1

Imágenes de portada: yate y mansión: © TerryJ / 2007 / istockphotos; imagen de contraportada: mazo: © DNY59 / Getty Images; divisas: © imagestock / Getty Images. Utilizadas con autorización. Para volver a utilizar las imágenes, se requiere autorización adicional.

Diseño de la portada y del interior: Debra Naylor, Naylor Design, Washington, DC.

Se han solicitado datos de catalogación-información a la Biblioteca del Congreso.

Tabla de contenido

<i>Agradecimientos</i>	<i>xv</i>
<i>Acerca de los autores</i>	<i>xvii</i>
<i>Siglas y abreviaturas</i>	<i>xix</i>
Introducción	1
Metodología	3
Cómo utilizar el manual	4
Bibliografía	7
1. Panorama general del proceso de recuperación de activos	9
1.1 Observaciones preliminares	9
1.2 Proceso general para la recuperación de activos	9
1.3 Vías judiciales para lograr la recuperación de activos	14
1.4 Recuperación de activos robados en el contexto de acciones judiciales promovidas por jurisdicciones extranjeras	23
1.5 Uso de las vías de recuperación de activos en la práctica: Tres ejemplos de casos	25
Bibliografía	32
2. Consideraciones estratégicas para la preparación y la gestión de casos	35
2.1 Observaciones preliminares	35
2.2 Recolección de datos: Fuentes de información iniciales	35
2.3 Evaluación de la legislación y estudio de reformas judiciales	43
2.4 Elaboración de una estrategia del caso	46
2.5 Establecimiento de un equipo, unidad o grupo de trabajo y realización de investigaciones conjuntas con autoridades extranjeras	47
2.6 Contacto con homólogos extranjeros y evaluación de la capacidad de acceder a la cooperación internacional	55
2.7 Obtener el apoyo y los recursos adecuados	58
2.8 Cómo abordar problemas y obstáculos jurídicos	60
2.9 Identificación de todas las partes responsables	73
2.10 Consideraciones específicas de las causas penales	75
2.11 Gestión de casos	81
Bibliografía	84
3. Obtención de pruebas y rastreo de activos (1): Medidas de investigación	87
3.1 Observaciones preliminares	87
3.2 Elaboración de un plan de investigación	89
3.3 Elaboración de un perfil de la persona investigada	95
3.4 Obtención de información, datos financieros y otras pruebas	97
Bibliografía	125

4. Obtención de pruebas y rastreo de activos (2):	
Datos pertinentes y documentos financieros	127
4.1 Observaciones preliminares	127
4.2 Identificación de los datos pertinentes: Ejemplos de documentos comúnmente consultados	127
4.3 Organización de los datos: Creación de un perfil financiero	144
4.4 Análisis de los datos: Comparación de los flujos con el perfil financiero	148
4.5 Cooperación internacional	149
Bibliografía	150
5. Inmovilización de los activos	153
5.1 Observaciones preliminares	153
5.2 Terminología: Incautación e inmovilización	154
5.3 Requisitos de una orden provisional	155
5.4 Planificación previa a la inmovilización o a la incautación	167
5.5 Momento de aplicación de las medidas provisionales	174
5.6 Excepciones a las órdenes de inmovilización para el pago de los gastos	176
5.7 Órdenes auxiliares	177
5.8 Intereses de terceros	177
5.9 Alternativas a las medidas provisionales	179
Bibliografía	180
6. Administración de los activos sujetos a confiscación	181
6.1 Observaciones preliminares	181
6.2 Actores clave en la administración de activos	182
6.3 Atribuciones del administrador de activos	186
6.4 Registros de inventario e informes	188
6.5 Tipos de activos más comunes y problemas asociados	189
6.6 Problemas durante la gestión	197
6.7 Consultas	198
6.8 Liquidación (venta) de los activos	198
6.9 Honorarios del administrador de los activos	199
Bibliografía	200
7. Mecanismos de confiscación	203
7.1 Observaciones preliminares	203
7.2 Regímenes de confiscación	207
7.3 Cómo funciona la confiscación	215
7.4 Mejoras en la confiscación	225
7.5 Intereses de terceros	233
7.6 Desafíos jurídicos que deben tenerse en cuenta al promulgar legislación sobre confiscación	234
7.7 Confiscación de activos ubicados en jurisdicciones extranjeras	235
7.8 Recuperación mediante confiscación a favor de las víctimas del delito	237
Bibliografía	238
8. Principios básicos de la cooperación internacional para la recuperación de activos y de los canales informales de cooperación	241
8.1 Observaciones preliminares	241
8.2 Descripción comparativa entre la asistencia informal y las solicitudes de asistencia judicial recíproca	243

8.3	Consideraciones esenciales para la cooperación internacional	246
8.4	Proceso general para la cooperación internacional formal e informal	257
8.5	Canales de asistencia informal	259
	Bibliografía	272
9.	Prestación de cooperación internacional y asistencia judicial recíproca	275
9.1	Observaciones preliminares	275
9.2	Solicitudes de asistencia judicial recíproca	275
9.3	Cooperación en casos de confiscación sin condena	301
9.4	Cooperación en casos de recuperación civil (derecho privado)	303
9.5	Cooperación para la restitución de activos	304
	Bibliografía	307
10.	Procedimientos civiles	311
10.1	Observaciones preliminares	311
10.2	Posibles reclamaciones y recursos	312
10.3	Interposición de una acción civil para recuperar activos	332
10.4	Últimos procedimientos	340
10.5	Procesos de insolvencia formales	342
	Bibliografía	344
11.	Procedimientos de confiscación nacionales iniciados en jurisdicciones extranjeras	347
11.1	Observaciones preliminares	347
11.2	Jurisdicción	348
11.3	Procedimiento para iniciar una acción	354
11.4	Papel de la jurisdicción perjudicada por los delitos de corrupción en las investigaciones y el procesamiento en el extranjero	356
11.5	Garantizar la recuperación de activos procedentes de la jurisdicción extranjera	358
	Bibliografía	366
	Glosario	369
	Apéndice A. Delitos que deben considerarse en los procesos penales	375
	Apéndice B. Explicación de determinados vehículos corporativos y condiciones comerciales	383
	Apéndice C. Modelo de informe de la unidad de inteligencia financiera	389
	Apéndice D. Planificación de la ejecución de una orden de allanamiento e incautación	393
	Apéndice E. Modelo de orden de exhibición de documentos para instituciones financieras	395
	Apéndice F. Métodos de pago en serie y de cobertura en las transferencias electrónicas de fondos	403

Apéndice G. Modelo de formulario de perfil financiero	409
Apéndice H. Posibles puntos de debate con los contactos: Etapa de asistencia informal	431
Apéndice I. Plantilla de asistencia judicial recíproca y sugerencias de redacción	433
Apéndice J. Recursos web	439
Apéndice K. Reseña de las Directrices de Lausana	453
Apéndice L. Utilización de un sistema electrónico de gestión de casos para mejorar las investigaciones complejas	457
Recuadros	
1.1 Marco jurídico para la recuperación de activos	15
1.2 Otros medios de recuperación de activos	22
1.3 Perú: Vladimiro Montesinos y sus asociados	25
1.4 Zambia: Acciones civiles por ilícitos contra Frederick Chiluba y sus asociados	27
1.5 Nigeria: Diepreye Alamiyeseigha	29
2.1 Función y contribución de las UIF en los casos de recuperación de activos	36
2.2 Acusaciones de “diplomacia del caviar” contra políticos europeos	40
2.3 Reino Unido: Registro de “personas con control significativo”	42
2.4 Brasil: Introducción de la “colaboración premiada”	44
2.5 Las Directrices de Lausana	47
2.6 Túnez: Creación de órganos de coordinación e investigación para la causa contra Ben Ali y su familia	50
2.7 Malasia: Coordinación nacional e internacional en la investigación del caso 1MDB	51
2.8 Obstáculos a la cooperación internacional en la recuperación de activos	57
2.9 Uzbekistán: Jurisdicción de Estados Unidos sobre el caso de corrupción de Gulnara Karimova	61
2.10 Guinea Ecuatorial: Inmunidades en el caso del vicepresidente Teodoro Nguema Obiang Mangue	65
2.11 Brasil: <i>Foro privilegiado</i> y fin de la impunidad	67
2.12 Zambia: Responsabilidad de los abogados en el caso del expresidente Frederick Chiluba	74
2.13 Brasil: Identificación de las partes responsables en la Operación <i>Lava Jato</i>	75
2.14 Procesamiento por delitos relacionados con la contabilidad, los registros y el control interno: Disposiciones del Reino Unido y Estados Unidos	77
3.1 Entender las conexiones y los flujos financieros: El uso de sociedades fantasma en el caso Operación <i>Lava Jato</i> de Brasil	90
3.2 Uzbekistán: Titularidad efectiva de sociedades fantasma en el caso Gulnara Karimova	94
3.3 Lista de comprobación de la información básica para un perfil de persona investigada	96
3.4 Reino Unido: Técnicas de investigación aplicadas contra Joshua Dariye	98

3.5	Guinea Ecuatorial: Contribución de la sociedad civil a la investigación sobre Teodorín Obiang	102
3.6	La función del Grupo Egmont en los casos de recuperación de activos	105
3.7	Consideraciones sobre las fuentes de información para acreditar motivos razonables o causa probable y obtener una orden judicial	113
3.8	Elementos importantes que se deben incautar en una investigación	114
3.9	Documentación que debe solicitarse a las instituciones financieras	117
3.10	Órdenes de retención	119
3.11	Reino Unido: Requisitos para la emisión y ejecución de requerimientos de justificación patrimonial	121
4.1	Formularios y documentos relacionados con el proceso de transferencia electrónica	133
4.2	Brasil: El “Departamento de Sobornos” de Odebrecht	138
4.3	Señales de alerta en los contratos y en los documentos, registros y mecanismos de pago	139
4.4	Nigeria: Señales de alerta y controversias en la adjudicación del bloque petrolero OPL 245	141
4.5	El escándalo del fraude del Banco de la República de Moldova	147
5.1	Nigeria: Congelamiento de activos y decomiso civil en el caso de una exministra de Petróleo	156
5.2	Redacción de declaraciones juradas	158
5.3	Facultades de emergencia del Consejo Federal Suizo para congelar activos relacionados con los regímenes derrocados durante la Primavera Árabe	161
5.4	Nigeria: Congelamiento de activos en el caso OPL 245	163
5.5	Brasil: Congelamiento de activos del <i>Lava Jato</i> en Suiza	164
5.6	Ucrania: Órdenes de congelamiento impuestas sobre los activos de Viktor Yanukovich	165
5.7	Ejemplo hipotético de decisiones de planificación previas a la inmovilización	171
5.8	Perú: Congelamiento proactivo de los activos de Vladimiro Montesinos en Suiza	175
6.1	Francia: Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados	184
6.2	China: Confiscación de activos por USD 14 500 millones a Zhou Yongkang y asociados	189
6.3	Algunas cuestiones sobre la confiscación de activos virtuales	191
7.1	Directiva de 2014 de la Unión Europea sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito	204
7.2	Antecedentes históricos y evolución reciente de las leyes de confiscación	206
7.3	Malasia: Decomiso civil en el caso de 1Malaysia Development Berhad	210
7.4	Reino Unido: Orientaciones sobre las facultades de los fiscales para la recuperación de activos	213
7.5	Cuestiones que surgen al confiscar los productos mezclados de un delito: Ejemplo	217
7.6	Uso de “actividades relacionadas” para calcular el beneficio total de un delito: Ejemplo	222
7.7	Haití: Presunción de origen ilícito según la Ley de Suiza sobre Restitución de Activos Ilícitos en el caso de Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier	228
7.8	Confiscación preventiva en Italia	232

8.1	Operación <i>Lava Jato</i> (Operación lavado de coches): Colaboración entre las autoridades estadounidenses, brasileñas y suizas	247
8.2	El caso VimpelCom: Colaboración entre fiscales y organismos reguladores de 20 países	249
8.3	Relaciones con las personas: Ejemplo de un caso en Perú	251
8.4	Canales para la cooperación internacional	252
8.5	Obligaciones de divulgar información: ¿Un obstáculo para la asistencia judicial recíproca?	258
8.6	Cómo facilitar la asistencia informal	262
8.7	Organismos encargados de hacer cumplir la ley con mandato de investigación en Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza	263
8.8	Cooperación internacional para denunciar escándalos de corrupción: Los papeles de Panamá	265
8.9	Registro central de cuentas bancarias de Francia: FICOBA	267
8.10	Divulgaciones espontáneas de Suiza	270
9.1	Selección de los fundamentos jurídicos que deben incluirse en las solicitudes de asistencia judicial recíproca formal	277
9.2	Superar la doble incriminación: Enriquecimiento ilícito y corrupción de funcionarios públicos extranjeros	282
9.3	Secreto bancario y delitos fiscales: Motivos no admisibles para denegar las solicitudes de asistencia judicial recíproca	287
9.4	Cómo evitar el rechazo de solicitudes de asistencia judicial recíproca demasiado amplias	290
9.5	Órdenes provisionales de alcance mundial dictadas en el Reino Unido	297
9.6	Requisitos aplicables a la ejecución directa de solicitudes de asistencia judicial recíproca para confiscaciones en Estados Unidos y en el Reino Unido	298
9.7	Recuperación de activos tras una solicitud de asistencia judicial recíproca en Francia	304
9.8	Principios del GFAR para la disposición y la transferencia de los activos robados confiscados en casos de corrupción	305
10.1	Ejemplos de casos de acciones entabladas para reclamar la propiedad de activos	313
10.2	La Ley sobre Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Asociaciones Ilícitas (ley RICO) de Estados Unidos	319
10.3	Indemnización por daños y perjuicios en un caso de activos apropiados indebidamente	321
10.4	Fyffes Group Ltd. c. Templeman y otros (2000)	323
10.5	National Iranian Oil Company c. Crescent Petroleum Company International Ltd. y Gas Corporation Ltd. (2016)	324
10.6	Guinea: Rescisión de contratos por derechos de minería en la mina de hierro Simandou	326
10.7	World Duty Free Company Limited c. República de Kenya (2006)	327
10.8	Ejemplos de medidas legislativas y administrativas que ofrecen recursos alternativos a la nulidad de los contratos	329
10.9	Restitución de beneficios: Práctica en Estados Unidos	331
10.10	Autoridad de Inversiones de Libia c. Société Générale SA y otros (2016)	333
10.11	Reino Unido: El caso de Oxford Publishing Ltd.	334

10.12	Prueba circunstancial analizada en la causa República Federal de Nigeria c. Santolina Investment Corp., Solomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha (2007)	335
10.13	Requisitos de las órdenes de inmovilización en Francia, Panamá y el Reino Unido	338
10.14	Región Administrativa Especial de Macao (China): El caso Ao Man Long	340
10.15	Ejecución de resoluciones judiciales cuando el demandado no está presente en el procedimiento	341
11.1	Establecer jurisdicción cuando se han producido pocos actos en el territorio	349
11.2	Establecimiento de jurisdicción sobre ciudadanos en el Reino Unido y en Estados Unidos	350
11.3	Jurisdicción para juzgar los delitos de lavado de dinero en Brasil, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza	352
11.4	Ejemplos de fuentes de información para procedimientos de confiscación iniciados por una jurisdicción extranjera	354
11.5	Haití: Importante papel de la jurisdicción perjudicada por la corrupción	357
11.6	Recuperación directa en la práctica	360
11.7	Kazajstán: Un memorando de entendimiento como fundamento jurídico para establecer la Fundación BOTTA	362
11.8	Nigeria: Acuerdo de restitución de activos entre Estados Unidos, Nigeria y Jersey para repatriar activos robados por el exdictador nigeriano, el general Sani Abacha	364
11.9	Opciones de devolución de los activos disponibles en Suiza: Uso de un memorando de entendimiento en el caso Abacha	364
A.1	Disposiciones sobre enriquecimiento ilícito en Francia	379
F.1	Respuestas a las transferencias electrónicas que ocultan información sobre los clientes originantes	405
F.2	Los registros de seguimiento de las instituciones financieras	406
I.1	Sugerencias para la redacción y la ejecución de la asistencia judicial recíproca	434

Figuras

1.1	Proceso para la recuperación de activos	10
2.1	Estándares probatorios en las acciones de recuperación de activos	72
3.1	Cinco preguntas importantes que hay que hacer en una investigación de recuperación de activos	89
3.2	Fuentes de información preliminar de organismos estatales	104
4.1	Proceso básico de una transferencia electrónica transfronteriza	131
4.2	Ejemplo de formato e interpretación de códigos de un mensaje SWIFT	136
4.3	Modelo de diagrama de flujo de redes investigadas y movimiento de fondos	145
4.4	Modelo de diagrama de relaciones y activos vinculados con una persona investigada	146
B4.5.1	Plan de préstamos en carrusel en un escándalo por fraude	147
7.1	Confiscación de un activo en una jurisdicción extranjera	237
8.1	Integración de las etapas de recuperación de activos mediante la cooperación internacional	242

8.2	Diagrama de flujo de la cooperación internacional en los casos de recuperación de activos	260
8.3	Asistencia informal y solicitudes de asistencia judicial recíproca formal: ¿Qué se puede pedir?	261
9.1	Curso de una solicitud de asistencia judicial recíproca si existe un tratado o legislación nacional	300
A.1	Cargos penales que deben considerarse en la recuperación de activos	375
F.1	Métodos de pago en serie/secuenciales y de cobertura	404
L.1	Pestañas principales de los expedientes de investigación en Excel	462
L.2	Modelo de portada de un expediente	462

Imágenes

6.1	Vehículos de alto valor se deprecian con rapidez en un estacionamiento policial	193
-----	---	-----

Cuadros

2.1	Cargos penales que deben considerarse en la recuperación de activos, por categoría	76
2.2	Principales desafíos relacionados con la evidencia a la hora de establecer los elementos de determinados delitos penales en el contexto de la recuperación de activos	79
5.1	Consideraciones sobre la inmovilización limitada o con control parcial de un activo, por ejemplo, un hotel	173
8.1	Diferencias entre la asistencia informal y las solicitudes de asistencia judicial recíproca	245
L.1	Modelo de registro de investigación	464
L.2	Modelo de formato estándar para un perfil de persona investigada	466
L.3	Ejemplo de datos del perfil de la persona investigada extraídos de redes sociales y otros tipos de OSINT	467
L.4	Datos financieros iniciales que se incluirán en el perfil de la persona investigada	468
L.5	Modelo de formato estándar de un perfil financiero	470
L.6	Modelo de formato para calcular el valor de los activos en el perfil financiero de la persona investigada	471
L.7	Modelo de formato para el cálculo del pasivo en el perfil financiero de la persona investigada	472
L.8	Ejemplo de datos sobre los ingresos en el perfil financiero	472
L.9	Ejemplo de datos sobre los gastos en el perfil financiero	472
L.10	Modelo de formato para calcular la variación en el patrimonio neto de la persona investigada	473
L.11	Modelo de matriz preliminar de pruebas	475
L.12	Ejemplo de ampliación de la matriz de pruebas, en la que se enumeran las pruebas clave por elemento	476
L.13	Modelo de formato estándar del registro de pruebas	478
L.14	Modelo de formato del cronograma de hechos	478
L.15	Modelo de formato de listas de personas y empresas de interés	479
L.16	Ejemplos de elementos que se incluirán en una hoja de verificación de cierre del caso	480
L.17	Información que se puede incluir en la pestaña “Búsqueda”	481

Agradecimientos

La primera edición del manual fue redactada por Jean-Pierre Brun (jefe de equipo, unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial), Larissa Gray (anteriormente en la unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial), Kevin M. Stephenson (unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial) y Clive Scott (anteriormente en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC], ahora en el Fondo Monetario Internacional), con la participación de Nina Gidwaney (consultora, unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial). La obra fue el resultado de la colaboración especial de colegas de todo el mundo. El tiempo y la experiencia invertidos en ella han tenido un valor inestimable en la elaboración de una herramienta práctica para ayudar a los profesionales especializados en la recuperación de los productos e instrumentos de la corrupción. Los profesionales intervinientes aportaron años de experiencia en confiscaciones de activos con condena y sin ella, acciones civiles, investigaciones, rastreo de activos, cooperación internacional y gestión de activos, tanto de jurisdicciones de derecho civil y anglosajón como de países de ingreso bajo y mediano y países de ingreso alto.

Esta segunda edición actualizada ha sido preparada por Jean-Pierre Brun (jefe de equipo, unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial) y Anastasia Sotiropoulou (asesora jurídica especial del gobernador de la Autoridad Nacional de Transparencia de Grecia y profesora asociada del Deree College del Colegio Americano de Grecia).

Un grupo de profesionales ha aportado para esta segunda edición un enorme valor añadido gracias a contribuciones basadas en su experiencia en la recuperación de activos a nivel internacional: Ceferino Rocco Álvarez-Rodríguez (consultor experto, UNODC), Elnur Musayev (experto en anticorrupción, Azerbaiyán y Reino Unido), Elsa Gopala Krishnan (Iniciativa StAR; actualmente en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE]), Debra LaPrevotte (exagente especial supervisora de la Oficina Federal de Investigaciones [FBI]), Jean-Bernard Schmid (abogado y asesor del bufete Ochsner & Associés, Ginebra), Jean-Michel Verelst (fiscal y director de la Oficina Central de Incautación y Confiscación de Bélgica [COSC]), John Gilkes (Autoridad Británica de Conducta Financiera [FCA] y miembro del Instituto de Contadores Expertos de Inglaterra y Gales), Frédéric Pierson (jefe de equipo, Experiencia y Política, Centro Europeo de Delincuencia Financiera y Económica, Europol), Frederic Raffray (abogado, Inglaterra y Gales; abogado de la Corona, Guernsey, y consultor, Banco Mundial), Laure du Castillon (magistrada delegada, Ministerio de Relaciones Exteriores de Bélgica, y experta en relaciones internacionales sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [UNCAC] y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional [UNTOC]), Kevin M. Stephenson (consultor, Banco Mundial), Olaf Meyer (profesor, Universidad de Ciencias Aplicadas de Fráncfort), Rodrigo Kaysserlian (abogado y fundador del Instituto Brasileño de Recuperación de Activos [IBRA] y máster de la Academia Internacional Anticorrupción de Viena), Stefan D. Cassella (ex fiscal federal de Estados Unidos; actualmente director general de Asset Forfeiture Law, LLC), Vitaliy Kasko (abogado y experto en anticorrupción, Ucrania) y Walter Quiryne (director adjunto, COSC).

El trabajo del equipo se enriqueció además con los numerosos y acertados comentarios recibidos durante el proceso de revisión a cargo de expertos del Banco Mundial, que dirigió Yira J. Mascaró (gerente de práctica, unidad de Estabilidad e Integridad Financiera del Grupo de Prácticas de Desarrollo Equitativo, Finanzas e Instituciones, Banco Mundial). Los expertos evaluadores fueron Frank Fariello (asesor jurídico principal, Vicepresidencia de Asuntos Jurídicos, Banco Mundial), David G. Hawkes (jefe de la Unidad Especial de Litigios de la Vicepresidencia de Integridad, Banco Mundial), Yannick Stephant (oficial de riesgos sénior, Departamento de Riesgos Empresariales y Cumplimiento, Corporación Financiera Internacional), Jason D. Reichelt (asesor principal, UNODC) y James Anderson (especialista principal en gobernanza, Banco Mundial).

Los autores agradecen especialmente a Emile van der Does de Willebois (coordinador de la Iniciativa StAR) y a Shervin Majlessi (jefe de la Sección de Apoyo a Conferencias, Subdivisión de Corrupción y Delitos Económicos, UNODC) sus agudos comentarios, su orientación y su apoyo. El equipo también agradece los comentarios de Boni de Moraes Soares (abogado de la Oficina del Procurador General de Brasil) y Vladimir Kozin (oficial de prevención del delito y justicia penal de la UNODC), así como la ayuda brindada en la redacción y la investigación por Lei Yang (abogada y pasante del proyecto) y Thaísa Toledo Longo (abogada, anteriormente en la unidad de Integridad del Mercado Financiero, Banco Mundial). Keesook Viehweg y Vikki W. Taaka prestaron un gran apoyo administrativo a este proyecto.

Deseamos agradecer especialmente a Heena Gupta (abogada y consultora de la unidad de Estabilidad e Integridad Financiera, Banco Mundial) por la investigación y actualización de casos en constante evolución y por la incorporación de los comentarios de los profesionales, así como por su amplia participación en forma de revisión y apoyo para la finalización de este manual.

Jean-Pierre Brun
Jefe del equipo
Unidad de Estabilidad e Integridad Financiera
Banco Mundial

Acercas de los autores

Jean-Pierre Brun es, desde agosto de 2008, especialista sénior en sector financiero del Banco Mundial. Es responsable de la asistencia técnica y de contribuir al diálogo de políticas en el contexto de la Práctica Global de Finanzas y Mercados, así como de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR). Es coautor de cinco publicaciones de la Iniciativa StAR: *Manual para la recuperación de activos; Barreras para la recuperación de activos: Análisis de las barreras principales y recomendaciones para la acción; Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery* (Identificación y cuantificación del producto de los sobornos); *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets* (Infracciones públicas, acciones privadas: Demandas civiles para recuperar bienes robados), y *Going for Broke: Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases* (Ir a por todas: Herramientas de insolvencia para apoyar la recuperación transfronteriza de activos en casos de corrupción). Anteriormente, fue director de Deloitte (París), fiscal especializado en la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (AML/CFT), y auditor del Estado y juez de instrucción en Francia.

Anastasia Sotiropoulou es asesora jurídica especial del gobernador de la Autoridad Nacional de Transparencia de Grecia y profesora asociada del Deree College del Colegio Americano de Grecia, en la Escuela de Artes y Ciencias Liberales y en la Escuela de Negocios y Economía. Anteriormente, fue consultora de la Iniciativa StAR. Es abogada facultada para el ejercicio en Grecia y tiene títulos de licenciatura, máster y doctorado en Derecho.

Larissa Gray es abogada acreditada por el Colegio de Abogados de Ontario (Canadá). De 2008 a 2017 se desempeñó como especialista sénior en sector financiero en el Banco Mundial, donde trabajó con países de ingreso bajo y mediano en las áreas de recuperación de activos y lucha contra el lavado de dinero. Es coautora de cinco publicaciones de la Iniciativa StAR: *Manual para la recuperación de activos; Barreras para la recuperación de activos: Análisis de las barreras principales y recomendaciones para la acción; Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena; Personas expuestas políticamente: Medidas preventivas para el sector bancario*, y *Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery* (Pocos y lejanos: Datos concretos sobre la recuperación de activos robados). Desde 2017 dirige el programa de ética y cumplimiento de una empresa internacional de arquitectura y diseño.

Clive Scott es abogado habilitado para el ejercicio en los Tribunales Supremos de Nueva Gales del Sur y Victoria (Australia). Entre 1988 y 1996 fue director adjunto superior de la fiscalía en la Oficina del Director de la Fiscalía de la Commonwealth (CDPP) de Australia, donde manejaba la oficina responsable de la confiscación de activos. También

ejerció como abogado especializado en confiscación de activos y delitos financieros, y trabajó como asesor de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), prestando asesoramiento y orientación al Gobierno de Antigua y Barbuda y a Gobiernos de países de África oriental y meridional. Desde 2011 trabaja como asesor regional en materia de AML/CFT en el Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI) en Singapur. Sus contribuciones a esta publicación representan sus propias opiniones y no necesariamente las del FMI.

Kevin M. Stephenson es ex agente especial e investigador criminal del Gobierno de Estados Unidos y ha investigado casos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, fraude, tráfico de drogas y otros delitos. Trabajó en Naciones Unidas como director de la Unidad de Inteligencia Financiera en Kosovo y como asesor anticorrupción en Timor-Leste. También fue especialista sénior en el sector financiero del Banco Mundial en Washington, DC; secretario ejecutivo del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera en Toronto, y primer director del Instituto de Formación e Investigación del Grupo de Acción Financiera Internacional en Busan (República de Corea). Actualmente, es asesor residente en materia de AML/CFT en Seychelles y forma parte del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Case Western Reserve.

Siglas y abreviaturas

1MDB	1Malaysia Development Berhad (caso)
AGRASC	Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados (Francia)
AJR	asistencia judicial recíproca
ARIS	Plan de Incentivos para la Recuperación de Activos
BIC	código de identificación de entidad mercantil (SWIFT)
CARIN	Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden
CHIPS	Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
COE	Consejo de Europa
DTM	declaración de transacción monetaria
EEE	Espacio Económico Europeo
ESI	Iniciativa Europea de Estabilidad
EWHC (Ch.)	Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (División de Equidad)
FCPA	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Estados Unidos)
Fedwire	servicio federal de transferencias electrónicas
FIAA	Ley sobre Activos Ilícitos Extranjeros
FICOBA	Registro Nacional de Cuentas Bancarias y Afines (Francia)
FinCEN	Red de Control de Delitos Financieros (Estados Unidos)
GAFI	Grupo de Acción Financiera
GFAR	Foro Mundial para la Recuperación de Activos
LLC/LLP	sociedad de responsabilidad limitada
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONG	organización no gubernamental
OSINT	inteligencia de fuentes abiertas
PACE	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
PCS	personas con control significativo (Reino Unido)
RAS	reporte de actividades sospechosas
RIAA	Ley de Restitución de Activos Ilícitos
RICO	Ley sobre Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Asociaciones Ilícitas (Estados Unidos)
ROS	reporte de operaciones sospechosas
SEC	Comisión de Bolsa y Valores (Estados Unidos)
StAR	Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados
SWIFT	Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Internacionales
UIF	unidad de inteligencia financiera
UNCAC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNTOC Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada
 Transnacional

Introducción

El robo de activos públicos en países de ingreso bajo y mediano es un problema de primera magnitud para el desarrollo. Se calcula que la cantidad de dinero que se roba cada año a estas economías y a jurisdicciones en transición y que se oculta en jurisdicciones extranjeras representa una proporción importante de los flujos financieros internacionales (World Bank [Banco Mundial] y UNODC, 2007). Los costos sociales de la corrupción superan con creces el valor de los activos robados por dirigentes públicos. La corrupción y los delitos financieros debilitan la confianza en las instituciones públicas, alteran el clima para la inversión privada y dañan los mecanismos de ejecución de los programas para el alivio de la pobreza o servicios públicos como la salud y la educación.

La comunidad internacional ha respondido al desafío. Una meta clave del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 de las Naciones Unidas —Paz, justicia e instituciones sólidas— es “reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, *fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados* y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada” (énfasis añadido)¹. En este objetivo se reconoce una conexión intrínseca entre la fuga de recursos para el desarrollo a causa de los flujos financieros ilícitos y la necesidad de recuperar los activos robados para lograr el desarrollo sostenible. En el último decenio, la recuperación de activos se ha convertido en una cuestión crucial para el desarrollo².

Entre las iniciativas internacionales se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), que entró en vigor en 2005. En el capítulo V de la convención se establece específicamente un marco para la restitución de activos robados por el cual se exige a los Estados parte que adopten medidas para inmovilizar, incautar, confiscar y restituir el producto de la corrupción. Para ello, pueden utilizar diversos mecanismos, como por ejemplo:

- ejecución directa de las órdenes de congelamiento o confiscación dictadas por el tribunal de otro Estado parte³;
- confiscación de activos sin que medie una condena, en particular por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia del acusado, u otros casos pertinentes⁴;

¹ Naciones Unidas, Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, Meta 16.4, Plataforma de Conocimientos sobre el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, <https://sdgs.un.org/es/goals/goal16>.

² Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013), *Asset Recovery in the Arab World: The Next Steps* (Recuperación de activos en el mundo árabe: Próximos pasos), comunicado de prensa, 10 de junio de 2013, página web de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR), <https://star.worldbank.org/asset-recovery-arab-world-next-steps>.

³ UNCAC, arts. 54 1) a) y 54 2) a).

⁴ UNCAC, art. 54 1) c).

- acciones civiles iniciadas por otro Estado parte, lo que permite a ese Estado recuperar el producto como demandante⁵;
- confiscación de bienes de origen extranjero mediante sentencia sobre delitos de lavado de dinero u otros delitos sobre los que haya jurisdicción⁶;
- órdenes judiciales que concedan indemnizaciones o daños y perjuicios a otro Estado parte y que reconozcan el legítimo derecho de propiedad de otro Estado parte sobre los activos adquiridos mediante corrupción⁷.

En este contexto, deben utilizarse dos herramientas clave para conducir los casos de recuperación de activos:

- remisión espontánea de información a otro Estado parte sin solicitud previa⁸;
- cooperación internacional y restitución de activos⁹.

La práctica de la recuperación de activos robados es compleja. Implica la coordinación y la colaboración con organismos y ministerios nacionales de múltiples jurisdicciones y con sistemas y procedimientos judiciales diferentes. Requiere técnicas y habilidades especiales de investigación para “seguir el dinero” más allá de las fronteras nacionales y la capacidad de actuar rápidamente para evitar la desaparición de los activos. Con el fin de garantizar la eficacia de las actuaciones, la autoridad competente debe tener la capacidad de entablar y dirigir procedimientos judiciales ante tribunales nacionales y extranjeros, y de proporcionar a las autoridades de otra jurisdicción pruebas o información de inteligencia para las investigaciones, o ambas cosas. Deben considerarse todas las opciones jurídicas, ya sean la confiscación con condena o sin ella, las acciones civiles u otras alternativas. El proceso puede ser abrumador, incluso para los profesionales con más experiencia, y es extremadamente difícil para quienes trabajan en contextos de Estados fallidos, corrupción generalizada o recursos limitados.

La complejidad del proceso pone de relieve la necesidad de disponer de un instrumento práctico que sirva de ayuda a los profesionales intervinientes para afrontarlo. Teniendo esto en cuenta, la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) —actividad conjunta del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para fomentar y facilitar una restitución más sistemática y rápida de los activos robados— publicó en 2011 la primera edición del *Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales* (Brun y otros, 2011). Diseñado como un manual de procedimientos, la obra orienta a los especialistas mientras se enfrentan a los retos estratégicos, organizativos, de investigación y jurídicos de la recuperación de activos que han sido robados por actores corruptos y ocultados en el extranjero. Proporciona enfoques comunes para recuperar activos robados localizados en otras jurisdicciones, identifica los retos que podrían encontrar los

⁵ UNCAC, art. 53.

⁶ UNCAC, arts. 54 1) b) y 54 2) b).

⁷ UNCAC, arts. 53 b) y 53 c).

⁸ UNCAC, art. 56.

⁹ UNCAC, arts. 55 y 57.

profesionales intervinientes y presenta buenas prácticas de acción. Mediante la consolidación de toda la información pertinente a las diferentes etapas del proceso de recuperación de activos, el manual mejorará la eficacia de los actores en el trabajo en equipo.

Transcurridos 10 años, en los que el manual ha servido como guía de referencia reconocida para profesionales e instructores, la Iniciativa StAR decidió elaborar esta segunda edición, en la que se incorporan actualizaciones basadas en la experiencia recogida durante este período.

Muchas cosas ocurrieron en los últimos 10 años, y por ello esta edición actualizada incluye nuevos ejemplos de casos, nuevos retos, legislación innovadora adoptada por varias jurisdicciones, ejemplos de iniciativas internacionales y buenas prácticas destacadas en publicaciones nuevas o derivadas de los propios trabajos de recuperación de activos.

Metodología

Al elaborar la primera edición del *Manual para la recuperación de activos* como herramienta práctica para ayudar a los profesionales intervinientes a abordar los problemas, la legislación y la teoría, la Iniciativa StAR se basó en la experiencia práctica diaria de especialistas de una o más de las áreas principales de la recuperación de activos. Entre los participantes hubo funcionarios encargados de la aplicación de la ley, investigadores financieros, jueces de instrucción, fiscales, abogados de la práctica privada y administradores de activos. Aportaron su experiencia en confiscaciones con condena y sin ella, acciones civiles, investigaciones, rastreo de activos, cooperación internacional y gestión de activos, tanto de jurisdicciones de derecho civil y anglosajón como de países de ingreso bajo y mediano y países de ingreso alto. Al estar familiarizados con algunos de los retos planteados, desarrollaron sus propios métodos e ideas para superarlos.

El formato general del manual y los temas clave que se tratan en él fueron acordados por un grupo de profesionales en un taller celebrado en Viena en mayo de 2009. Los autores desarrollaron estos temas en una versión preliminar, que presentaron y debatieron en un segundo taller celebrado un año después en Marsella (Francia). Al segundo taller le siguieron contribuciones y consultas adicionales, y la versión final fue acordada por el grupo ampliado.

Para esta segunda edición, la Iniciativa StAR se propuso actualizar los diferentes marcos elaborados en varios países durante la última década y reflexionar sobre las lecciones aprendidas de los casos y los acontecimientos internacionales más recientes. Los capítulos actualizados han sido revisados por un grupo de académicos y profesionales, entre los que se encuentran funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, investigadores financieros, jueces de instrucción, fiscales, abogados de la práctica privada y

administradores de activos, todos los cuales aportaron sugerencias basadas en su experiencia en diferentes jurisdicciones.

Cómo utilizar el manual

El *Manual para la recuperación de activos* se ha concebido como un manual de procedimientos y consulta rápida para los profesionales intervinientes —funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, jueces de instrucción y fiscales—, así como para administradores de activos y responsables de la formulación de políticas, tanto en jurisdicciones de derecho civil como de derecho anglosajón. Dada la diversidad de sistemas judiciales y del público al que va dirigido, es importante tener en cuenta que una práctica o estrategia que ha funcionado en una jurisdicción puede no funcionar en otra. Del mismo modo, una técnica de investigación permitida en una jurisdicción puede no estarlo en otra, o exigir requisitos procesales diferentes. Además, las diversas jurisdicciones pueden utilizar una terminología distinta para describir el mismo concepto jurídico (por ejemplo, algunas utilizan “decomiso” y otras “confiscación”) o procedimiento judicial (“incautación” de activos en algunas jurisdicciones, pero “inmovilización”, “bloqueo”, “congelamiento” o “embargo” en otras). Las jurisdicciones también pueden asignar diferentes funciones y responsabilidades a las personas que participan en la recuperación de los activos: por ejemplo, en algunas jurisdicciones, las investigaciones son responsabilidad de un juez de instrucción y, en otras, la obligación recae sobre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley o los fiscales.

Cuando las hay, en el manual se procura señalar esas diferencias y destacar cómo diferentes conceptos o prácticas pueden ofrecer soluciones similares a los mismos problemas. Sin embargo, la obra no se ha concebido para ser un compendio detallado de leyes y prácticas. Por lo tanto, cada profesional interviniente debe leerla en el contexto de los sistemas judiciales, las estructuras de aplicación de la ley, los recursos, la legislación y los procedimientos de su jurisdicción específica, sin dejarse limitar por la terminología o los conceptos utilizados para ilustrar los desafíos y las herramientas para la recuperación exitosa de activos. También deben tenerse en cuenta el contexto del sistema jurídico, las estructuras de aplicación de la ley, los recursos, la legislación y los procedimientos propios de la jurisdicción específica en la que se intentará recuperar los activos.

El propósito principal de este manual es facilitar la recuperación de activos procedentes de actos de corrupción a gran escala, en particular conforme a lo descrito en el capítulo V de la UNCAC. No obstante, la confiscación y la recuperación de activos pueden y deben aplicarse a una gama más amplia de delitos, especialmente en relación con las disposiciones sobre confiscación de activos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El manual se estructura en 11 capítulos, un glosario y 12 apéndices con recursos adicionales. Los capítulos están organizados de la siguiente manera:

- El capítulo 1, “Panorama general del proceso de recuperación de activos”, ofrece una visión amplia del proceso y las posibilidades jurídicas disponibles en la recuperación de activos, junto con ejemplos de casos prácticos.
- El capítulo 2, “Consideraciones estratégicas para la preparación y la gestión de casos”, presenta estrategias relativas a la recuperación de activos, como la recopilación inicial de información y de fuentes de los hechos, la formación de un equipo y el establecimiento de una relación con homólogos extranjeros para la cooperación internacional.
- El capítulo 3, “Obtención de pruebas y rastreo de activos (1): Medidas de investigación”, presenta las técnicas que los profesionales intervinientes pueden utilizar para rastrear activos y analizar datos financieros, así como para obtener pruebas fiables y admisibles en casos de confiscación de activos.
- El capítulo 4, “Obtención de pruebas y rastreo de activos (2): Datos pertinentes y documentos financieros”, abarca los distintos tipos de fuentes de datos y documentos que deben recopilarse durante una investigación sobre la recuperación de activos, ofrece ejemplos de datos pertinentes de los documentos comúnmente consultados e ilustra la importancia de organizar y analizar la información.
- El capítulo 5, “Inmovilización de los activos”, trata sobre las medidas provisionales que pueden adoptarse (como el congelamiento de activos), a menudo en las primeras fases de un caso de recuperación de activos.
- El capítulo 6, “Administración de los activos sujetos a confiscación”, presenta algunas de las cuestiones de la gestión de activos que los profesionales intervinientes deben considerar antes de utilizar las medidas provisionales y mientras planifican la inmovilización de los activos con antelación a la confiscación.
- El capítulo 7, “Mecanismos de confiscación”, repasa los diferentes sistemas de confiscación, su funcionamiento y los refuerzos procesales que existen en algunas jurisdicciones.
- En el capítulo 8, “Principios básicos de la cooperación internacional para la recuperación de activos y de los canales informales de cooperación”, se analizan los canales de cooperación internacional, se repasan los distintos métodos disponibles —incluidas la cooperación “informal” o administrativa y las solicitudes de asistencia judicial recíproca— y se brinda orientación a los profesionales a lo largo de todo el proceso.
- En el capítulo 9, “Prestación de cooperación internacional y asistencia judicial recíproca”, se analiza la forma de aplicar los principios básicos de la cooperación internacional. Se explica detalladamente cómo combinar con eficacia las herramientas formales e informales para la recuperación exitosa de activos a nivel internacional, centrandó la atención en el proceso de asistencia formal.

- El capítulo 10, “Procedimientos civiles”, trata sobre la recuperación directa de activos mediante procedimientos civiles.
- El capítulo 11, “Procedimientos de confiscación nacionales iniciados en jurisdicciones extranjeras”, describe cómo una jurisdicción requirente puede aprovechar los procedimientos de confiscación internos iniciados en un país extranjero para la restitución de activos robados.

Los especialistas encontrarán al final de cada capítulo la bibliografía citada en el texto. Además, en el glosario se definen muchos de los términos especializados utilizados en el manual. Dado que las jurisdicciones a menudo aplican una terminología distinta para describir el mismo concepto o procedimiento judicial, el glosario ofrece ejemplos de los términos alternativos que pueden utilizarse.

Los apéndices contienen otras herramientas de referencia y recursos prácticos para ayudar a los profesionales intervinientes:

- En el apéndice A se presenta un resumen de los delitos que deben tenerse en cuenta en el enjuiciamiento penal.
- En el apéndice B se incluye una lista detallada y una descripción de los vehículos corporativos y los términos comerciales más utilizados.
- En el apéndice C se ofrece un modelo de informe de la unidad de inteligencia financiera, tal como se utiliza para el examen de las operaciones sospechosas.
- En el apéndice D se presenta una lista de verificación de las consideraciones que deben tenerse en cuenta al planificar la ejecución de una orden de allanamiento e incautación.
- En los apéndices E y G se proporcionan, respectivamente, un modelo de orden de exhibición para las instituciones financieras y un modelo de formulario de perfil financiero.
- En el apéndice F se describen los métodos de pago en serie y de cobertura utilizados por los bancos corresponsales en las transferencias electrónicas de fondos y se analizan las normas sobre pagos de cobertura que entraron en vigor en noviembre de 2009.
- En el apéndice H se ofrecen puntos de debate que los profesionales pueden utilizar para iniciar las comunicaciones con sus homólogos extranjeros.
- En el apéndice I se incluye un modelo de carta para la solicitud de asistencia judicial recíproca, con consejos básicos para su redacción y ejecución.
- En el apéndice J se presenta una amplia gama de sitios web internacionales y regionales pertinentes y otros recursos en línea.
- En el apéndice K se ofrece un resumen de las *Directrices para la recuperación eficaz de activos robados* (del proceso de Lausana, tratado en el capítulo 2); estas directrices proporcionan un enfoque paso a paso del proceso de recuperación de activos.
- En el apéndice L se brindan orientaciones sobre cómo establecer y utilizar un sistema electrónico de gestión de casos desarrollado por la Iniciativa StAR, del Banco Mundial y la UNODC.

Bibliografía

- Brun, Jean-Pierre, Larissa Gray, Clive Scott, and Kevin M. Stephenson. 2011. *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington, DC: World Bank.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.
- UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.
- World Bank and UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2007. "Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan." Working paper, Report No. 43854, World Bank, Washington, DC.

1. Panorama general del proceso de recuperación de activos

1.1 Observaciones preliminares

Una de las primeras consideraciones que deben tenerse en cuenta en los casos de recuperación de activos es la elaboración de una estrategia eficaz para la recuperación del producto y los instrumentos del delito. Los profesionales intervinientes deben conocer las distintas alternativas jurídicas existentes para recuperar los activos, así como, al optar por una u otra, los factores u obstáculos que deben tomar en consideración. En este capítulo se presenta el proceso general para la recuperación de activos y se analizan las vías disponibles para ello, la mayoría de las cuales se abordan con mayor detalle en los capítulos siguientes.

1.2 Proceso general para la recuperación de activos

Las vías que se sigan al emprender o hacer avanzar una acción de recuperación de activos pueden tener implicaciones estratégicas para el caso o su resultado; por eso, los profesionales deben formular una estrategia de trabajo para el caso. Pueden tratar de recuperar los activos mediante una confiscación penal, civil, administrativa o sin condena; una acción civil privada, o el inicio de procedimientos en una jurisdicción extranjera. En todos estos casos, el proceso subyacente varía en su forma, aunque el contenido siga siendo prácticamente el mismo. En la figura 1.1 se ilustra este proceso, que se explica analíticamente en las secciones 1.2.1 a 1.2.6.

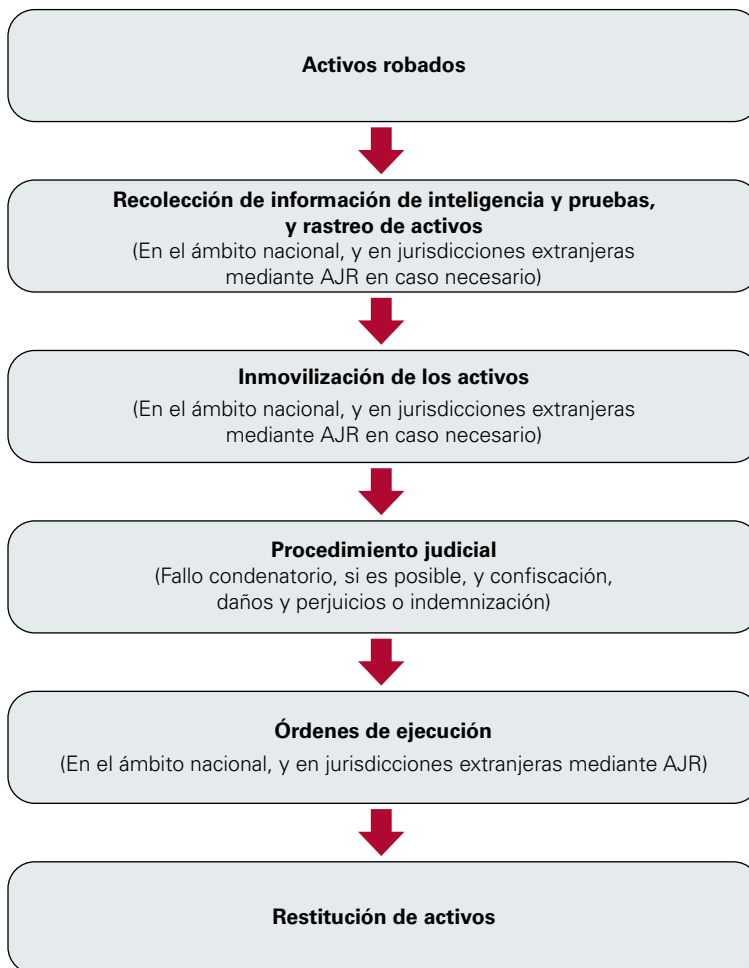
1.2.1 Recolección de información de inteligencia y pruebas, y rastreo de activos

Durante el proceso de recolección de información de inteligencia y a lo largo de la investigación, los analistas de inteligencia y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recopilan datos, reúnen pruebas e identifican y rastrean activos. Los fiscales o los jueces pueden supervisar estos trabajos. Cuando un caso conlleva acciones civiles, pueden intervenir investigadores privados u otras partes interesadas.

Además de recolectar información de inteligencia de fuentes abiertas (OSINT) e información de bases de datos de organismos de aplicación de la ley u otras bases gubernamentales —como bases de datos de unidades de inteligencia financiera (UIF) o de oficinas de lucha contra la corrupción y de recuperación de activos, así como registros del catastro y registros societarios—, el personal encargado de hacer cumplir la ley puede emplear técnicas de investigación especiales. En función del grado de

intrusión, algunas medidas pueden requerir la autorización de un fiscal o un juez (por ejemplo, la vigilancia electrónica, las órdenes de allanamiento e incautación, las órdenes de exhibición o las órdenes de seguimiento de cuentas). Otras pueden requerir únicamente la autorización de un funcionario de nivel superior. Y aun otras, en cambio, pueden no requerir ninguna autorización previa; tal es el caso de la vigilancia física, la recolección de OSINT y las entrevistas a testigos, por ejemplo. Aunque los investigadores privados carecen de las facultades conferidas a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, sí pueden utilizar fuentes de información disponibles públicamente y solicitar a los tribunales órdenes civiles específicas (como órdenes de exhibición, de revisión *in situ* de expedientes, declaraciones preliminares y dictámenes periciales).

FIGURA 1.1 Proceso para la recuperación de activos



Fuente: Banco Mundial.

Nota: AJR = asistencia judicial recíproca.

1.2.2 Inmovilización de activos

Durante la investigación hay que garantizar la inmovilización de los activos susceptibles de confiscación con medidas provisionales para evitar su desaparición, traslado o destrucción. En algunas jurisdicciones de derecho civil, la facultad de ordenar la incautación o inmovilización provisional de bienes para garantizar la confiscación suele corresponder a los fiscales, a los jueces de instrucción o a los organismos encargados de hacer cumplir la ley. En otras, se requiere autorización judicial para la obtención de medidas provisionales. En las jurisdicciones de derecho anglosajón, las órdenes de incautación o inmovilización de activos requieren, por lo general, autorización judicial, con algunas excepciones en los casos de incautación.

1.2.3 Cooperación internacional

La cooperación internacional es fundamental para el éxito de la recuperación de activos robados, dado que con frecuencia estos se transfieren a jurisdicciones extranjeras o se ocultan en ellas. Es necesaria para la recolección de pruebas, la inmovilización provisional y la eventual confiscación del producto y los instrumentos de las actividades delictivas, así como para la repatriación de los activos robados a los Estados requirentes tras la confiscación o el decomiso de los bienes. En el presente manual se analiza en detalle la cooperación internacional desglosada en dos partes: la “asistencia informal”¹ (capítulo 8) y la asistencia judicial recíproca formal (capítulo 9).

La asistencia informal incluye las comunicaciones entre pares, o de forma transversal entre organismos de aplicación de la ley, UIF y homólogos jurídicos y judiciales, según se disponga en la legislación y las normativas pertinentes. Durante las primeras etapas de la investigación, este tipo de asistencia suele ser la principal herramienta para la recolección de datos e información de inteligencia. La asistencia judicial recíproca formal implica una solicitud por escrito para la recolección de pruebas (entre ellas, las que se obtienen mediante técnicas de investigación coercitivas), para la obtención de medidas provisionales y para la solicitud de ejecución de órdenes nacionales en una jurisdicción extranjera. Tradicionalmente, la asistencia judicial recíproca se centraba en la obtención de pruebas admisibles en otras jurisdicciones para su uso en juicios nacionales. Su ámbito de aplicación se ha ampliado a la recolección de pruebas por medios coercitivos o con órdenes judiciales en otras jurisdicciones, para que el Estado requirente las utilice en la fase de investigación.

El éxito de la recuperación de activos estriba en combinar, tan pronto como sea posible, la cooperación informal y la formal. La cooperación “informal” es la base de casi todas las solicitudes de asistencia judicial recíproca que tienen éxito, en las que se precisa una cooperación formal. Sin la cooperación informal serían pocos los casos que llegan a la etapa formal de la asistencia judicial recíproca y pocas de las solicitudes correspondientes

¹ A los efectos de este manual, se entiende por “asistencia informal” cualquier asistencia que no requiera una solicitud de asistencia judicial recíproca formal. Este tipo de asistencia, de profesional a profesional, puede estar prevista en la legislación sobre asistencia judicial recíproca y puede implicar la participación de autoridades, organismos u órganos administrativos. En el capítulo 8 se describe la asistencia informal y se la compara con el proceso de solicitud de asistencia judicial recíproca.

se ejecutarían exitosa y oportunamente (Nainappan, 2019). La cooperación informal también es fundamental para determinar si es necesaria la cooperación formal y, en caso afirmativo, cuál es la mejor manera de llevarla a cabo. Por consiguiente, el éxito de la recuperación de activos depende enteramente de aprovechar tanto la cooperación informal como la formal. Para garantizar que se tengan en cuenta los aspectos internacionales cuando sea necesario, consulte los capítulos 8 y 9 durante la lectura de los capítulos 2 a 7, que se centran en las medidas de ámbito nacional.

1.2.4 Procedimiento judicial

Los procedimientos judiciales pueden consistir en un fallo condenatorio penal, en una confiscación de activos sin condena o en acciones civiles privadas (cada una de ellas se explica a continuación y en los capítulos siguientes). La confiscación puede basarse en la propiedad o en el valor. La confiscación basada en la propiedad se refiere a la confiscación de activos que se consideran producto o instrumento de un delito, y requiere un vínculo entre el activo y el delito. Esto último es difícil de probar cuando los activos en cuestión han sido convertidos, transferidos o mezclados con activos legales para ocultar o encubrir su origen ilegal.

La confiscación basada en el valor se denomina también “régimen de beneficios”, conforme a la cual se puede determinar el valor de los beneficios derivados de un delito y confiscar un valor equivalente, que puede proceder de los activos “no contaminados” del acusado. Algunas jurisdicciones utilizan técnicas de confiscación reforzadas, como disposiciones sobre activos sustitutivos o supuestos legislativos, para contribuir a que se cumpla el estándar probatorio requerido para dicha confiscación.

1.2.5 Ejecución de órdenes

Cuando un tribunal ordena la inmovilización, la incautación o la confiscación de activos, hay que adoptar determinadas medidas para hacer cumplir la orden. Si los activos se encuentran en una jurisdicción extranjera, las autoridades de esa jurisdicción deben hacer cumplir la decisión mediante el reconocimiento o el registro de la orden de ejecución foránea en un tribunal nacional sin necesidad de que vuelva a juzgarse el fondo del asunto (ejecución directa). Alternativamente, también se puede solicitar una orden de ámbito nacional de inmovilización, incautación o confiscación (ejecución indirecta). Sin embargo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) asigna prioridad a la ejecución directa, dado que insta a los Estados a establecer un mecanismo de ejecución de las órdenes de confiscación extranjeras². Este proceso suele implicar una solicitud de asistencia judicial recíproca, tal y como se describe en la sección 1.2.3 sobre cooperación internacional.

² Véanse la UNCAC, artículos 54 y 55; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), artículo 13; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, artículo 5, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, artículo 8. Véase la UNCAC, artículo 54 2), para los casos de inmovilización e incautación.

1.2.6 Restitución de activos

La ejecución de una orden de confiscación definitiva en una jurisdicción extranjera debe dar lugar a la devolución de los activos a la jurisdicción requirente en virtud de lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 57 de la UNCAC. Sin embargo, si estas disposiciones no se aplican en su totalidad, los activos podrían acabar siendo transferidos a la tesorería general o al fondo de confiscación de la jurisdicción requerida. Por ello, la UNCAC exige que se establezca un mecanismo específico para organizar la devolución de los activos.

Según el artículo 57 de la UNCAC, el Estado parte requerido deberá ejecutar una orden de confiscación definitiva en una jurisdicción extranjera y devolver sin condiciones los bienes confiscados a la jurisdicción requirente en los casos de malversación de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados. Cuando se trate del producto de cualquier otro delito comprendido en la UNCAC, la jurisdicción requerida ejecutará la orden de confiscación extranjera y devolverá los activos cuando la parte requirente acredite razonablemente su propiedad previa o cuando el Estado parte requerido reconozca los daños causados al Estado parte requirente.

En todos los demás casos —incluso en ausencia de una orden de confiscación definitiva emitida por el Gobierno extranjero—, la UNCAC establece que el Estado parte requerido dará “consideración prioritaria” a la repatriación al Estado parte requirente de los bienes confiscados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito de corrupción. La devolución de los activos puede depender en este caso de la legislación interna de la parte requerida, de los convenios internacionales aplicables, de los acuerdos regionales, de los tratados de asistencia judicial recíproca o de acuerdos especiales (como los acuerdos de reparto de activos). La jurisdicción requerida podrá deducir del valor total de la restitución, en concepto de compensación, los gastos derivados de la inmovilización, el mantenimiento y la disposición de los activos confiscados y de las investigaciones, actuaciones o procesamientos judiciales, así como, según lo dispuesto por la UNCAC, los gastos legales y de manutención del acusado.

No hay que descartar la posibilidad de que, en el curso de los esfuerzos por recuperar activos en casos de corrupción o malversación de fondos públicos, surjan diversas cuestiones de orden político. Los Estados requeridos pueden temer que los fondos se vuelvan a desviar indebidamente, ya que continúan percibiendo o vuelven a percibir corrupción en los Estados requirentes, en especial si el acusado sigue ocupando un cargo y ejerce una influencia significativa. Además, la jurisdicción requerida puede exigir un acuerdo sobre el modo en que el país requirente gestionará los activos confiscados. En algunos casos, ciertas organizaciones internacionales, como el Banco Mundial, han facilitado la devolución y el seguimiento de los fondos recuperados. En el recuadro 11.7 del capítulo 11 se analiza cómo se constituyó en la República de Kazajstán una entidad jurídica específica (la Fundación BOTA) para garantizar la restitución y el uso transparente de activos presuntamente procedentes de la corrupción y destinados a brindar ayuda a grupos de personas vulnerables del país.

También, por orden de un tribunal del Estado requerido, los activos pueden devolverse directamente a las jurisdicciones requirentes (“recuperación directa”)³. Un tribunal del Estado requerido puede ordenar, mediante acción civil privada, que se indemnice o resarza por daños y perjuicios directamente a la jurisdicción que haya resultado perjudicada. Además, un tribunal del Estado requerido puede ordenar, mediante proceso penal o de restitución de activos sin condena, la indemnización o restitución directamente a la jurisdicción que haya resultado perjudicada. Algunos tribunales, al resolver la confiscación, están facultados para reconocer la reclamación de la jurisdicción perjudicada como legítima propietaria de los bienes.

Si el autor de la acción delictiva está en quiebra (o las sociedades utilizadas por el autor son insolventes), los procedimientos formales de insolvencia también pueden ayudar en el proceso de restitución de activos, al poner a disposición de los solicitantes herramientas de recuperación diseñadas para abordar las actividades y transacciones fraudulentas. Estos mecanismos se explican con más detalle en los capítulos 9, 10 y 11.

1.3 Vías judiciales para lograr la recuperación de activos

Existen diversas posibilidades jurídicas para la recuperación de activos. En función de si son únicamente nacionales o también internacionales, pueden incluir cualquiera de los mecanismos siguientes:

- enjuiciamiento penal interno y confiscación de activos con condena, seguidos de una solicitud de asistencia judicial recíproca para la ejecución de órdenes en jurisdicciones extranjeras;
- confiscación de activos sin condena, seguida de una solicitud de asistencia judicial recíproca para la ejecución de órdenes en jurisdicciones extranjeras⁴;
- acciones civiles privadas, incluidos procedimientos formales de insolvencia;
- confiscación administrativa;
- otras vías, como las tasas impositivas, las multas y las órdenes de indemnización en juicios penales.

La disponibilidad de estas vías, ya sea a nivel nacional o en una jurisdicción extranjera, dependerá de las leyes y los reglamentos nacionales y extranjeros, así como de los instrumentos internacionales o bilaterales, como convenios y tratados. El marco jurídico de la recuperación de activos está disperso en fuentes diversas y puede no estar englobado en una única ley de recuperación de activos, especialmente en los casos transnacionales. En el recuadro 1.1 se enuncian distintas leyes e instrumentos internacionales pertinentes para los profesionales que siguen estas vías. Esta lista no es exhaustiva, dada la multiplicidad de leyes nacionales y la existencia de muchos tratados no mencionados aquí.

³ El artículo 53 de la UNCAC dispone que los Estados parte adopten medidas que permitan la recuperación directa de los bienes.

⁴ En algunas jurisdicciones no está permitida la confiscación sin condena.

Legislación y procedimientos (jurisdicciones nacionales o extranjeras)

- Disposiciones de derecho penal (delitos como el cohecho, la malversación, el lavado de dinero).
- Disposiciones de procedimiento penal (por ejemplo, poderes de investigación, allanamiento e incautación).
- Medidas provisionales y disposiciones de confiscación (por ejemplo, penales, no basadas en condena, administrativas).
- Disposiciones sobre asistencia judicial recíproca (por ejemplo, medidas de reparación).
- Disposiciones de derecho civil (por ejemplo, medidas de reparación).
- Leyes y reglamentos de reparto de activos.
- Otras leyes pertinentes (como leyes sobre el producto del delito, sobre declaración de bienes, legislación fiscal, etc.).

Convenios y tratados internacionales^a

(año de adopción del instrumento/año de entrada en vigor)

Organización de las Naciones Unidas

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003/2005).
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988/1990).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000/2003) y sus protocolos.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

- Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997/1999, "Convención Anticohecho de la OCDE").

Organización de los Estados Americanos

- Convención Interamericana contra la Corrupción (1996/1997).
- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (1992/1996).

(continúa en la página siguiente)

Selección de instrumentos de la Unión Europea y del Consejo de Europa

- Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (1968/1973, “Convenio de Bruselas”).
- Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito (1990/1993) y su actualización, Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo (2005/2008).
- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (1959/1962), y sus dos protocolos adicionales (1962).
- Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (2003).
- Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (1997).
- Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999/2002).
- Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999/2003).
- Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (2006).
- Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición Reglamento Bruselas I) (2012).
- Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (2014).
- Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (2018).

(continúa en la página siguiente)

Unión Africana

- Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (2003/2006).

Otros tratados regionales

- Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (2004).
- Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad del Desarrollo de África Meridional (SADC) (2001).
- Protocolo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de la Comunidad del Desarrollo de África Meridional (2002/2007).
- Convenio de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) sobre Asistencia Jurídica y Relaciones Jurídicas en Materia Civil, Familiar y Penal (1993/1994, "Convenio de Minsk"), modificado (1997).

Tratados bilaterales de asistencia judicial recíproca

Distintas jurisdicciones pueden haber negociado y firmado tratados bilaterales entre sí.

a. Para conocer los recursos disponibles en internet, véase el apéndice J.

Aparte del marco jurídico, la elección de una vía específica puede depender también de diversas realidades jurídicas, prácticas u operativas. Las decisiones sobre el foro jurisdiccional y el tipo de acción deben tomarse a nivel estratégico, teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de cada tipo y las peculiaridades jurisdiccionales que influyen en la cuestión. Algunas de las consideraciones estratégicas, incluidos los obstáculos y las cuestiones relativas a la gestión de casos, se analizan en el capítulo 2.

1.3.1 Enjuiciamiento penal y confiscación de activos con condena

Cuando las autoridades que procuran recuperar los activos robados deciden interponer una causa penal, la confiscación penal es un posible medio de reparación. Los profesionales intervinientes deben reunir pruebas, rastrear e inmovilizar los activos, iniciar las actuaciones judiciales pertinentes contra personas físicas o jurídicas y obtener un fallo condenatorio. Tras obtener la condena, el tribunal puede ordenar la confiscación.

En algunas jurisdicciones, el nivel de prueba requerido para la confiscación será menor que el exigido para la condena. En el Reino Unido, por ejemplo, para la confiscación puede ser necesario un nivel de prueba basado en el "balance de probabilidades",

mientras que para la condena subyacente será necesario un nivel de prueba “más allá de toda duda razonable”. Otras jurisdicciones aplican el mismo estándar de prueba más elevado (“más allá de toda duda razonable”) tanto para la condena como para la confiscación. (Para acceder a una explicación sobre los estándares de prueba en las jurisdicciones de derecho anglosajón y de derecho civil, véase la figura 2.1 en la sección 2.8.5 del capítulo 2). En general, a menos que se apliquen disposiciones de confiscación reforzadas o ampliadas⁵, la legislación pertinente puede prever la confiscación de los instrumentos, el producto y otros beneficios del delito que sean directa o indirectamente rastreables.

A lo largo del proceso será precisa la cooperación internacional —tanto la informal como la asistencia judicial recíproca formal— para la identificación, el rastreo y la inmovilización de los activos en jurisdicciones extranjeras, así como para hacer cumplir la orden final de confiscación⁶. En la mayoría de las jurisdicciones, la asistencia judicial recíproca formal solo se presta en el contexto de investigaciones penales.

Entre las ventajas del enjuiciamiento penal y la confiscación destaca el reconocimiento por parte de la sociedad de la naturaleza delictiva de la corrupción y la responsabilidad del autor. Además, las sanciones como el encarcelamiento, las multas y la confiscación pueden ejercer un efecto disuasorio para otros presuntos delincuentes. Asimismo, por la vía penal, los investigadores suelen disponer de medios más invasivos para la recolección de datos e información de inteligencia, como el acceso a fuentes de organismos de aplicación de la ley y UIF; el uso de medidas provisionales y de técnicas de investigación coercitivas, como allanamientos, vigilancia electrónica, análisis de registros financieros o acceso a documentos en poder de terceros, y el recurso a grandes jurados, a citaciones o a otros medios para obligar a comparecer, a prestar declaración o a presentar pruebas.

Sin embargo, hay importantes obstáculos que pueden impedir que se logren la condena penal y la confiscación, como la insuficiencia de pruebas, la falta de capacidad o de voluntad política y los plazos de prescripción. Además, puede llegar a ser imposible la obtención de una condena en casos de fallecimiento, fuga o inmunidad del autor. Es posible incluso que la jurisdicción requerida no reconozca el presunto delito por el que se solicita la asistencia judicial recíproca como un delito penal *per se* (principio de doble incriminación). Estos y otros obstáculos se analizan en detalle en el capítulo 2.

⁵ La naturaleza y la función de las “disposiciones de confiscación reforzadas” se analizan con más detalle en el capítulo 7. Entre las medidas de refuerzo figuran a) “disposiciones sobre activos sustitutos”, que permiten el decomiso *in rem* (real) de activos no relacionados con un delito, siempre que el producto original se haya perdido o haya desaparecido; b) supuestos sobre el uso o el desvío ilegal de los activos en determinadas circunstancias; c) supuestos sobre el alcance de los beneficios ilícitos derivados de determinados delitos, y d) la inversión de la carga de la prueba en determinadas circunstancias.

⁶ En la UNCAC, artículo 54 1) a); en la UNTOC, artículo 13 1) a), y en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, artículo 5 4) a), se exige que los Estados parte adopten medidas para hacer efectivas las órdenes extranjeras.

1.3.2 Confiscación de activos sin condena

Otro tipo de confiscación que está ganando terreno en todo el mundo es la que se realiza sin fallo condenatorio, denominada “confiscación o decomiso sin condena”⁷. La confiscación sin condena comparte objetivos comunes con la confiscación penal, a saber: la recuperación y la devolución de los productos e instrumentos del delito. Asimismo, cumple los objetivos de disuasión, equidad y restitución.

No obstante, la confiscación con condena y la confiscación sin condena penal difieren sustancialmente. Una confiscación basada en fallo condenatorio penal exige una sentencia judicial para poder ejecutar después el procedimiento de confiscación. Por el contrario, la confiscación sin condena requiere únicamente el procedimiento de confiscación, no una condena penal. En muchas jurisdicciones, la confiscación sin condena puede ejecutarse sobre la base de un estándar de prueba menor —como el “balance de probabilidades” o la “preponderancia de las pruebas”—, lo que contribuye a aliviar la carga probatoria para las autoridades. Otras jurisdicciones, principalmente las de derecho civil, exigen el mismo nivel de prueba más elevado que se utiliza para la condena penal: la “íntima convicción acerca de la verdad”.

No todas las jurisdicciones disponen de la confiscación sin condena. En consecuencia, los profesionales intervinientes pueden encontrar dificultades a la hora de obtener asistencia judicial recíproca formal para llevar a cabo investigaciones y hacer cumplir las órdenes de confiscación sin condena en jurisdicciones que carecen de legislación sobre este tipo de medida. A pesar de ello, algunas de estas jurisdicciones sí pueden reconocer y ejecutar órdenes extranjeras de confiscación sin condena, como es el caso en la Unión Europea. Además, las jurisdicciones requirentes pueden beneficiarse de la cooperación con los procedimientos de confiscación sin condena de países en los que con frecuencia se aplica esta legislación en casos de lavado de dinero, como el Reino Unido y Estados Unidos (véanse la sección 1.4 y el capítulo 11). La confiscación sin condena se analiza en detalle en el capítulo 7.

1.3.3 Acción civil privada

Los Estados interesados en la recuperación de activos robados tienen la opción de iniciar procedimientos ante tribunales civiles nacionales o extranjeros con el objeto de inmovilizar y recuperar los activos y reclamar daños y perjuicios por apropiación indebida, acto ilícito civil, incumplimiento de contrato o enriquecimiento ilícito⁸. Los tribunales de la jurisdicción extranjera pueden ser competentes si a) el demandado es

⁷ Algunas de estas jurisdicciones son Anguila, Antigua y Barbuda, Australia, algunas provincias de Canadá (Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Ontario, Quebec y Saskatchewan), Colombia, Costa Rica, Eslovenia, Estados Unidos, Filipinas, Fiji, Guernsey, Irlanda, Isla de Man, Israel, Jersey, Liechtenstein, Nueva Zelandia, el Reino Unido, Sudáfrica, Suiza, Tailandia y Zambia. En determinadas convenciones internacionales y en acuerdos multilaterales también se han incorporado disposiciones sobre la confiscación sin condena: véase la UNCAC, artículo 53 1) c), y la recomendación 4 (sobre “Decomiso y medidas provisionales”) de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (FATF [GAFI], 2019).

⁸ En el artículo 53 c) de la UNCAC se invita a los Estados parte a que permitan a otros Estados parte iniciar acciones civiles ante sus tribunales nacionales.

una persona física o jurídica que tiene la nacionalidad o reside o tiene su sede, respectivamente, en ese país (competencia personal); b) los activos están dentro de la jurisdicción o han transitado por ella (competencia en razón de la materia), o c) se ha cometido un acto de corrupción o de lavado de dinero dentro de la jurisdicción⁹.

Como litigante privado, un Estado que busca reparación puede contratar abogados para examinar posibles vías de reclamación y recurso (como la titularidad de los activos apropiados de manera indebida, el acto ilícito civil, la restitución de beneficios ilícitos y el incumplimiento contractual). El inicio de una acción civil será costoso y requiere la recolección de pruebas que demuestren la apropiación indebida de bienes o la responsabilidad por incumplimiento de contrato o ilícito civil. Las pruebas obtenidas en el curso de un proceso penal pueden, en determinadas circunstancias, utilizarse también en un juicio civil. Además es posible, antes de iniciar un procedimiento, recabar pruebas con la ayuda de un tribunal.

En las jurisdicciones de derecho anglosajón, el demandante suele tener la opción de solicitar a un tribunal que emita órdenes de diversa índole, mientras que en los países de derecho civil las opciones pueden ser más limitadas¹⁰. Entre los posibles tipos de órdenes figuran los siguientes:

- Órdenes de congelamiento, embargo, secuestro o inmovilización (potencialmente con alcance mundial; denominadas “requerimientos Mareva” en la legislación británica) para inmovilizar los activos que se sospecha que pueden ser producto de la corrupción, a la espera de la resolución de un juicio, como medio de reclamación de dichos activos¹¹. En algunas jurisdicciones se pueden dictar órdenes de inmovilización provisionales o transitorias, a la espera del resultado de una demanda o incluso antes de que se haya presentado la demanda a un tribunal, sin previo aviso y con efecto extraterritorial. Estas órdenes, por lo general, exigen que se constituya una fianza, aval o garantía similar a cargo del peticionario.
- Órdenes que obligan a los demandados a proporcionar información sobre el origen de sus activos y las transacciones relacionadas con ellos.
- Órdenes de divulgación de documentos pertinentes (dirigidas a entidades como bancos, consultores financieros o letrados) que pudieran resultar de utilidad para obtener pruebas contra terceros.
- Órdenes mordaza (o “bozal legal”) que impiden a los bancos y a otras partes informar a los demandados de una orden de congelamiento o de divulgación.
- Órdenes genéricas de protección o conservación que preservan el *statu quo* y evitan el deterioro de bienes, intereses legales o ambos. Estas órdenes suelen requerir que se demuestren las probabilidades de éxito de sus argumentos, por lo que pueden suponer un riesgo inherente de dilación de la decisión.

⁹ En el artículo 42 de la UNCAC se fijan los requisitos para establecer la jurisdicción sobre los delitos tipificados con arreglo a la convención.

¹⁰ En los países de derecho civil, las posibilidades de solicitar los tipos de órdenes en todos los casos enumerados, excepto el primero, pueden ser limitadas.

¹¹ En Estados Unidos, la petición de una orden de congelamiento debe superar importantes obstáculos probatorios o procesales, como se explica en el capítulo 5.

Las principales desventajas de litigar como parte civil, especialmente en una jurisdicción extranjera, son los costos de rastreo de activos y los honorarios legales necesarios para obtener las órdenes judiciales pertinentes. Sin embargo, el litigante tiene más control sobre la causa cuando entabla un procedimiento civil y persigue los bienes en manos de terceros, y normalmente contará con la ventaja de un nivel de prueba más bajo que el requerido en las vías penales.

Cabe señalar que los procedimientos de arbitraje en el caso de contratos internacionales obtenidos mediante sobornos o ventajas ilícitas concedidas a funcionarios corruptos pueden abrir vías prometedoras, como la anulación de los contratos y posibles demandas por actos ilícitos civiles o daños y perjuicios. Estas vías de actuación se analizan en el capítulo 10.

1.3.4 Confiscación administrativa

A diferencia de la confiscación penal o de la confiscación sin condena (las cuales requieren de actuaciones judiciales en el ámbito penal), el decomiso administrativo generalmente comporta la aplicación de algún tipo de mecanismo de carácter no penal, y a veces también no judicial, para la confiscación de activos utilizados en la comisión de un delito (o involucrados en él) o de una infracción que no cumple los requisitos de acto tipificado como penal. El decomiso puede llevarse a cabo en virtud de una norma legal, o de conformidad con leyes o reglamentos específicos, y suele utilizarse en casos en que no se ha impugnado la confiscación o para resolver infracciones administrativas.

La confiscación administrativa suele estar a cargo de un organismo autorizado (como una unidad policial o un organismo de aplicación de la ley habilitado a tal efecto) —a menudo mediante un proceso similar al empleado tradicionalmente en los casos de contrabando en aduanas¹²— o un tribunal en los procedimientos administrativos no penales. El procedimiento suele requerir que se notifique la actuación a las personas que tienen un interés jurídico en el activo, y que se publique oficialmente para dominio público. De lo contrario, puede convertirse en un procedimiento judicial cuasipenal en toda regla que requiera de la participación del representante del Estado y del demandado.

Por lo general, la confiscación administrativa se limita a ciertos tipos de delitos, a activos de poco valor o a ciertas clases de activos¹³. Sin embargo, algunas jurisdicciones han hecho un uso innovador de los procesos administrativos en casos de gran valor. Han adoptado una variación de la confiscación administrativa denominada “desistimiento”, en la que se emplean procedimientos similares.

¹² En los casos de contrabando aduanero, la confiscación se limita generalmente a unos pocos delitos subyacentes definidos por reglamentos específicos.

¹³ En los casos de contrabando aduanero o de narcotráfico, los activos pueden ser de gran valor, como un yate o un avión privado; sin embargo, en el caso de las acciones depositadas en una sociedad para el lavado del producto del delito (como en casos de malversación o corrupción), el regulador del mercado no puede confiscarlas por la vía administrativa.

1.3.5 Otros métodos

Además de las vías descritas anteriormente, en algunas jurisdicciones y en situaciones específicas se aplican ciertos métodos alternativos. Aunque no muestran un patrón general o universal, tienen características peculiares que los distinguen de las avenidas descritas anteriormente y, por tanto, merecen ser mencionados. Son útiles, si no para su aplicación práctica, como fuentes de inspiración para buscar soluciones y métodos innovadores en la recuperación de activos. Otro medio no judicial para recuperar los activos es el gravamen de los beneficios ilícitos. En el recuadro 1.2 se presentan algunos ejemplos.

RECUADRO 1.2

Otros medios de recuperación de activos

Gravamen de los beneficios ilícitos

Un funcionario público o un ejecutivo de una empresa estatal que reciba sobornos, se apropie indebidamente de fondos o robe activos puede estar sujeto a impuestos sobre la renta de esos ingresos, aun cuando las autoridades no puedan demostrar el origen ilícito de los activos. Basta con demostrar que los activos son ingresos de procedencia no declarada. Las autoridades se limitan a demostrar que el contribuyente ha obtenido beneficios imponibles o ha percibido ingresos gravables y que, por consiguiente, está obligado a satisfacer el correspondiente importe en concepto de impuestos, incluidos intereses y sanciones si no se abona en el plazo debido. En consecuencia, la carga probatoria es menor que en un caso de recuperación por la vía civil. Dado que generalmente no requiere un procedimiento judicial, este mecanismo es potencialmente más barato y rápido que la recuperación por lo civil o que el proceso penal.

Multas y órdenes de indemnización en juicios penales

En las causas por vía penal, los tribunales pueden ordenar a los demandados que paguen multas, indemnizaciones a las víctimas o ambas cosas. Ese tipo de órdenes pueden complementar las órdenes de confiscación, o bien pueden dictarse en su lugar. Las multas impuestas a personas físicas o jurídicas se pueden basar en el valor de la ganancia obtenida o que se pretende obtener. Entre los países que permiten calcular las multas en función de los beneficios derivados del delito se encuentran Australia, Grecia, Hungría y la República de Corea (OECD [OCDE] y World Bank [Banco Mundial], 2012):

- En *Australia*, la sanción máxima para una empresa es la que resulte mayor entre AUD 11 millones (11 millones de dólares australianos) y el triple del valor de cualquier beneficio que la sociedad hubiera obtenido directa o indirectamente y que fuera razonablemente atribuible a las conductas constitutivas de delito (incluidas las atribuibles a cualquier empresa conexas). Si el tribunal no puede determinar el valor de ese beneficio, se puede estimar

(continúa en la página siguiente)

en un 10 % de la facturación anual de la sociedad durante los 12 meses anteriores al delito.

- En *Grecia*, la legislación sobre responsabilidad de las empresas impone multas administrativas de hasta tres veces el valor del “beneficio” a las personas jurídicas responsables de soborno en el extranjero.
- En *Hungría*, las multas para las personas jurídicas oscilan entre un mínimo de HUF 500 000 (500 000 florines húngaros) y un máximo de tres veces el beneficio financiero obtenido o que se pretende obtener.
- En *Corea*, la multa máxima para una persona jurídica es de KRW 1000 millones (1000 millones de wones surcoreanos), pero, si el beneficio supera los KRW 500 millones, la persona jurídica puede ser objeto de una multa de hasta el doble del importe del beneficio.

1.4 Recuperación de activos robados en el contexto de acciones judiciales promovidas por jurisdicciones extranjeras

Las autoridades que trabajan en la recuperación de activos robados pueden optar por apoyar procedimientos de confiscación por vía penal o sin condena iniciados en otras jurisdicciones contra funcionarios extranjeros corruptos, sus asociados o activos identificados. Al concluir el procedimiento, el Estado o los Gobiernos pueden obtener una parte de los activos recuperados mediante órdenes de los tribunales extranjeros, en virtud de la legislación nacional e internacional o de acuerdos internacionales¹⁴. Esta vía de actuación requiere que la autoridad extranjera a) disponga de la jurisdicción pertinente; b) sea competente en la causa procesada y esté facultada para dictar la confiscación, y c) lo más importante, que esté dispuesta a compartir el producto del delito.

En una jurisdicción extranjera se puede entablar una acción judicial de una de las dos maneras siguientes:

- *Las autoridades de la jurisdicción perjudicada por la corrupción pueden solicitar a las autoridades extranjeras que interpongan su propia causa*, lo cual puede lograrse mediante la presentación de una denuncia o, más sencillamente, mediante el intercambio espontáneo de información¹⁵, por ejemplo, a través de la transmisión de pruebas incriminatorias o el expediente del asunto con las autoridades de la

¹⁴ En los artículos 53 b) y 53 c) de la UNCAC se dispone que los Estados parte adopten medidas para la recuperación directa de bienes.

¹⁵ Se entiende por “intercambio espontáneo de información” “el suministro de información a otra Parte Contratante que sea previsiblemente pertinente para esa parte y que no haya sido solicitada previamente” (OECD [OCDE], 2006).

jurisdicción extranjera. En tales situaciones, las autoridades extranjeras o internacionales tienen la facultad última de proceder con la causa o desestimarla. Si optan por lo primero, la jurisdicción perjudicada por la corrupción tendrá que seguir cooperando con las autoridades extranjeras o internacionales en el intercambio de pruebas e información.

- *Las autoridades extranjeras o internacionales pueden interponer una causa independientemente de que la jurisdicción perjudicada por la corrupción haya presentado una solicitud a tal efecto.* Las autoridades extranjeras pueden recibir información que vincule a un funcionario público corrupto o a un funcionario público internacional corrupto¹⁶ con su jurisdicción —ya sea a través de un artículo de prensa, de información de la organización pública internacional, de un reporte de operación sospechosa o de una solicitud de asistencia informal o de asistencia judicial recíproca formal— y decidir que se investigue el lavado de dinero o el soborno en el extranjero cometidos en su territorio nacional.

En la mayoría de las jurisdicciones se fomenta la participación de la jurisdicción perjudicada en los procedimientos, es decir, el Estado o el Gobierno perjudicado por la corrupción. Sin embargo, en algunas jurisdicciones de derecho civil, el Estado perjudicado también puede participar en los procedimientos extranjeros como parte civil en el proceso. Tanto en las jurisdicciones de derecho civil como en las de derecho anglosajón puede ser posible recuperar los activos en estos procedimientos —mediante indemnización, restitución o daños y perjuicios ordenados por el tribunal— como parte afectada por un delito de corrupción o como legítimo propietario en los procedimientos de confiscación.

Esta vía es una opción interesante si la jurisdicción que busca reparación carece de fundamentos jurídicos adecuados, de capacidad o de pruebas para emprender por sí misma una acción judicial internacional de recuperación de activos. En particular, estas jurisdicciones pueden beneficiarse de la confiscación de los activos robados en países (como el Reino Unido y Estados Unidos) que aplican procedimientos de confiscación sin condena en casos de lavado de dinero en el extranjero y que pueden acordar la devolución de la totalidad o de parte de los activos confiscados en virtud de órdenes judiciales o de acuerdos de reparto de activos¹⁷. Además, si los plazos de prescripción imposibilitan el enjuiciamiento por el delito inicial de corrupción o apropiación indebida, seguiría siendo posible investigar en otras jurisdicciones delitos como el lavado de dinero o la posesión de activos robados.

No obstante, en estos casos, la jurisdicción perjudicada por la corrupción no tiene ningún control sobre el procedimiento, y la obtención de buenos resultados depende en gran medida de la capacidad y voluntad de las autoridades extranjeras para hacer avanzar el caso. Asimismo, a menos que el tribunal extranjero ordene la

¹⁶ Este último supuesto es aplicable cuando un funcionario público internacional trabaja en una organización internacional situada físicamente en una jurisdicción extranjera.

¹⁷ Véase el capítulo 2, recuadro 2.7, sobre la cooperación internacional en la investigación del caso 1Malaysia Development Berhad (1MDB) en Malasia y Estados Unidos.

devolución de los activos, la jurisdicción afectada dependerá de los acuerdos de reparto de activos o de la capacidad de los Gobiernos extranjeros para devolver de forma discrecional esos activos. Para obtener más información sobre esta vía, véase el capítulo 11.

1.5 Uso de las vías de recuperación de activos en la práctica: Tres ejemplos de casos

En los recuadros 1.3, 1.4 y 1.5 se presentan tres ejemplos de casos que demuestran cómo se han utilizado en la práctica las distintas vías analizadas a lo largo de este capítulo para la recuperación de activos. En cada caso se vieron implicadas varias jurisdicciones y se aplicaron diversos enfoques y consideraciones estratégicas en función de las circunstancias del caso, de las alternativas disponibles en las jurisdicciones nacionales y extranjeras, y de los diversos acuerdos de repatriación.

RECUADRO 1.3

Perú: Vladimiro Montesinos y sus asociados

Antecedentes: Vladimiro Montesinos, asesor personal del presidente peruano Alberto Fujimori (1990-2000) y jefe *de facto* del servicio de inteligencia de Perú, fue descubierto en septiembre de 2000 en un escándalo de corrupción que implicaba el soborno de un congresista electo de la oposición. En efecto, una cadena de televisión peruana difundió un video filtrado (uno de los llamados “vladivideos”) en el que se veía a Montesinos pagando al congresista USD 15 000 y pidiéndole que dejara su partido y se uniera a la coalición de Fujimori^a. Unos meses después, en noviembre de 2000, el presidente Fujimori dimitió, y en junio de 2001 Montesinos fue detenido en Venezuela tras ocho meses de fuga^b. Las posteriores indagaciones revelaron que Montesinos estaba implicado en numerosas actividades ilegales, como cohecho, malversación de fondos públicos, tráfico de armas y drogas, y violación de derechos humanos^c. Montesinos fue acusado, juzgado y declarado culpable de múltiples cargos.

Activos ilícitos: Desde 1990, Montesinos había recibido, entre otras cosas, sobornos relacionados con el tráfico de armas en al menos 32 transacciones (cada una de ellas por valor del 18 % del precio de compra), así como comisiones por la compra de tres aviones para la fuerza aérea peruana (Levi, Dakolias y Greenberg, 2007). Montesinos había depositado sus activos ilícitos en varias jurisdicciones, como Suiza, las Islas Caimán, Luxemburgo, Perú y Estados Unidos.

Activos ilícitos en Suiza y consideraciones estratégicas: Con respecto a los USD 49,5 millones congelados en Suiza (véase el capítulo 5, recuadro 5.8, sobre el rápido congelamiento de los activos de Montesinos)^d, se examinaron dos opciones con el juez de instrucción suizo: a) procesar a los acusados en Perú por corrupción y

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 1.3**Perú: Vladimiro Montesinos y sus asociados
(continuación)**

luego utilizar los canales formales de asistencia judicial recíproca para repatriar los activos, o b) dejar que Suiza iniciara un proceso por narcotráfico y delitos conexos de lavado de dinero, que también formaban parte del caso. Sin embargo, en esta última opción, Perú tenía que compartir con Suiza un porcentaje de los activos recuperados.

Perú eligió la primera opción y promulgó estratégicamente una ley por la que se permite la admisión de culpabilidad (negociación de un acuerdo), como se explica en la sección 2.3 del capítulo 2^e. A cambio de una reducción de la condena o del sobreseimiento de la causa, los demandados suministrarían información útil sobre delitos conocidos o no identificados, pruebas desconocidas, acceso al producto del delito o declaraciones contra personalidades clave. Además, los demandados firmarían documentos específicos en virtud de los cuales se autorizaría a los bancos extranjeros que tenían sus activos a transferirlos a cuentas del Gobierno peruano. Gracias a estas órdenes de transferencia se recuperaron varios millones de dólares. Como resultado de la eficaz cooperación entre las autoridades suizas y peruanas, se transfirieron finalmente a Perú USD 77 millones^f.

Activos ilícitos en las Islas Caimán: Por lo que respecta a los activos presuntamente depositados en las Islas Caimán, Perú contrató a abogados locales para que ayudaran en la recuperación de los USD 33 millones transferidos a través de un banco peruano. Las autoridades peruanas también se reunieron con la UIF de las Islas Caimán para solicitar su asistencia. Tras varios meses de análisis financiero, Perú descubrió que los activos nunca se habían enviado a las islas, sino que habían permanecido en un banco peruano. Se había utilizado un mecanismo de préstamos paralelos para simular la “transferencia” a un banco de las Islas Caimán y su “devolución” a un banco peruano. Una vez descubiertos, los fondos del banco peruano fueron incautados y confiscados.

Activos ilícitos en Estados Unidos: A raíz de una investigación sobre fraude, corrupción y lavado de dinero que llevó a cabo la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) en colaboración con las autoridades peruanas —hechos en los que estaban implicados Montesinos y su socio Víctor Venero Garrido—, se congelaron USD 20,2 millones, se detuvo a Venero Garrido y se procedió a la confiscación de su apartamento (INL, 2005). Se procedió asimismo a la congelación de otros USD 30 millones de fondos de Montesinos depositados a nombre de un testaferro. Para recuperar los fondos se utilizaron procedimientos de confiscación sin condena en Florida y California, y el monto total se repatrió a Perú. En el acuerdo de repatriación entre Estados Unidos y Perú se preveían medidas de transparencia, así como la indemnización de las víctimas y el apoyo a los esfuerzos de lucha contra la corrupción (INL, 2005).

Activos ilícitos en Perú: En Perú, las autoridades nacionales recuperaron más de USD 60 millones mediante la incautación y la confiscación de propiedades,

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 1.3**Perú: Vladimiro Montesinos y sus asociados
(continuación)**

vehículos, embarcaciones y otros activos en aproximadamente 180 procesos penales, en los que estaban implicados más de 1200 demandados.

Resultado general de la recuperación de activos: En definitiva, se recuperaron más de USD 250 millones de Suiza, Estados Unidos y bancos locales de Perú.

a. "Montesinos Timeline", *BBC News Online*, 25 de junio de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1406486.stm>.

b. "Montesinos Timeline", 25 de junio de 2001.

c. Dan Collyns (2016), "Former Peru Spy Chief Given Another Jail Sentence for 1993 Forced Disappearances" (Se impone nueva condena de cárcel al exjefe del espionaje de Perú por las desapariciones forzadas de 1993), *The Guardian*, 28 de septiembre de 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/28/peru-spy-vladimiro-montesinos-sentenced-forced-disappearances>.

d. Consejo Federal Suizo (2002), *Montesinos Case: Switzerland Transfers 77 Million US Dollars to Peru* (Caso Montesinos: Suiza transfiere USD 77 millones a Perú), comunicado de prensa, 20 de agosto de 2002, <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-23237.html>.

e. Denominada "Ley de Colaboración Eficaz" (Ley 27378).

f. Consejo Federal Suizo, *Montesinos Case*, 20 de agosto de 2002.

RECUADRO 1.4**Zambia: Acciones civiles por ilícitos contra
Frederick Chiluba y sus asociados**

Antecedentes: Frederick Chiluba fue presidente de Zambia de 1991 a 2002. En 2002 se creó en el país un grupo de trabajo para investigar la presunta conducta de corrupción del expresidente y sus asociados entre 1991 y 2001, y para evaluar si podían iniciarse procedimientos penales y determinar las mejores opciones para recuperar los activos.

En febrero de 2003, despojado de su inmunidad de enjuiciamiento, Chiluba fue acusado ante un tribunal de Zambia —junto con su ex jefe de inteligencia, Xavier Chungu, y varios exministros y altos funcionarios— de 168 cargos de robo^a. Las acusaciones se referían a activos desviados del Ministerio de Finanzas a una cuenta en la sucursal londinense del Zambia National Commercial Bank (Zanaco). El Gobierno de Zambia afirmaba que la cuenta se utilizaba para sufragar los gastos personales de Chiluba y Chungu, mientras que este último sostenía que la cuenta era utilizada por los servicios de inteligencia de Zambia para financiar operaciones en el extranjero (Ryder, 2011, pág. 1).

Se produjeron varios retrasos en el proceso judicial: un codemandado huyó del país, dos de los tres juicios se suspendieron y las injerencias políticas también complicaron el procedimiento. El nuevo presidente de Zambia, Levy Mwanawasa, llegó a considerar la posibilidad de ofrecer a Chiluba un indulto si devolvía el 75 % del dinero lavado. En consecuencia, las autoridades decidieron interponer también una demanda civil en el Reino Unido con la esperanza de recuperar parte del dinero blanqueado. Así pues, en 2004, el procurador general del país, en nombre de la República de Zambia, entabló una demanda civil en el Reino Unido contra Chiluba y 19 de sus asociados (véase también el capítulo 2, recuadro 2.12, sobre las responsabilidades jurídicas de los abogados de Chiluba)

(continúa en la página siguiente)

con el fin de recuperar los fondos que se habían transferido a Londres y otros lugares de Europa entre 1995 y 2001, y que estaban destinados a financiar el costoso estilo de vida del expresidente, incluida una residencia valorada en más de 40 veces su salario anual^b. Este procedimiento vino a complementar los procesos penales en curso en Zambia^c.

Elección de la vía judicial: Tres factores impulsaron la decisión estratégica de entablar la acción civil en Londres, además del proceso penal en Zambia:

- La mayoría de los demandados se encontraba en Europa, y especialmente en Londres, lo que imposibilitaba en algunos casos el enjuiciamiento penal interno y la confiscación^d.
- La mayor parte de las pruebas y los activos se encontraba en Europa, lo que hacía de un foro con jurisdicción europea la opción más favorable. De hecho, la mayoría de los fondos desviados de Zambia había pasado por dos bufetes de abogados y cuentas bancarias en el Reino Unido. Por consiguiente, el procurador general de Zambia pudo establecer su competencia sobre los demandados mediante la aplicación del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil^e.
- Era poco probable que la asistencia judicial recíproca tuviera éxito, especialmente en los casos en los que era posible el enjuiciamiento penal y la confiscación a nivel nacional, dado que Zambia carecía de los acuerdos bilaterales o multilaterales, las garantías procesales, la capacidad y la experiencia necesarios para recopilar pruebas y ejecutar órdenes de confiscación en toda Europa.

En consecuencia, la elección del foro jurisdiccional se efectuó atendiendo a las posibilidades de ejecutar una orden judicial obtenida en una jurisdicción europea y en un país que fuera parte de instrumentos jurídicos como el Convenio de Bruselas. En virtud de tales instrumentos, dicha decisión sería reconocida y aplicable en toda Europa. También se previó que los acuerdos extrajudiciales del Reino Unido fueran ejecutables en Zambia una vez registrados ante el tribunal británico.

Procedimientos civiles ante los tribunales del Reino Unido: La primera causa se entabló por la transferencia de unos USD 52 millones desde Zambia a una cuenta bancaria al parecer operada al margen de los procesos gubernamentales ordinarios, la “cuenta Zamtrop”, ubicada en la sucursal de Zanaco en Londres (la “conspiración Zamtrop”). Otra demanda se refería a los pagos de unos USD 20 millones efectuados por Zambia en el marco de un supuesto acuerdo de armas con Bulgaria y abonados en cuentas de Bélgica y Suiza con fondos rastreados en Londres (la “conspiración BK”)^f.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 1.4**Zambia: Acciones civiles por ilícitos contra Frederick Chiluba y sus asociados (continuación)**

La sentencia: El tribunal, tras considerar todas las pruebas, declaró responsables de ilícitos civiles a Chiluba y a otros demandados que lo ayudaron a desviar los fondos. En concreto, resolvió que los demandados habían conspirado para apropiarse indebidamente de USD 25 754 316 en el marco de la conspiración Zamtrop y de USD 21 200 719 en el contexto de la conspiración BK⁹. Los demandados fueron declarados responsables del valor de los activos apropiados de manera indebida, más daños y perjuicios. La sentencia censuró la “cínica e injustificada apropiación indebida de fondos para fines privados de funcionarios del Gobierno”^h.

Resultado general de la recuperación de activos: La importancia de la sentencia del tribunal londinense radica en el hecho de que permitió la incautación de los activos encontrados en el Reino Unido y también en la ejecutabilidad de esta sentencia en otras jurisdicciones que reconocieron y aplicaron las decisiones de los tribunales británicos (Ryder, 2011, pág. 7). Sin embargo, siguió habiendo obstáculos para la ejecución de la sentencia de Londres en Zambia. Chiluba argumentó que la legislación zambiana sobre la ejecución de sentencias extranjeras no se había cumplido en su totalidad. A la luz de la no ejecución de la decisión del tribunal de Londres en Zambia, se ha argumentado que las enseñanzas que pueden extraerse de este caso se derivan principalmente de la vía judicial elegida para recuperar los activos, y no tanto de su recuperación real, que fue claramente un fracaso (Ryder, 2011, pág. 8).

a. Estos cargos se refieren a la acción penal original contra Chiluba (Ryder, 2011, pág. 9).

b. Oficina del Procurador General de Zambia c. Meer Care & Desai y otros (2007), Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (EWHC) 952 (División de Equidad [Ch.]) (Reino Unido).

c. La acción penal que se interpuso en 2003 en Lusaka dio lugar a un juicio que terminó en 2009, en el que Chiluba resultó absuelto. Se presentó recurso inmediatamente, pero fue retirado unos días después por el director de la Fiscalía, que lo desestimó (Ryder, 2011, pág. 6).

d. Zambia no contaba en ese momento con legislación sobre confiscación sin condena; no obstante, la adoptó posteriormente.

e. En el Convenio de Bruselas se prevé el reconocimiento de las resoluciones judiciales civiles y mercantiles en la Unión Europea.

f. Meer Care (2007), EWHC 952, párr. 2.

g. Meer Care (2007), EWHC 952, párrs. 1120 y 1132.

h. Meer Care (2007), EWHC 952, párr. 57.

RECUADRO 1.5**Nigeria: Diepreye Alamieyeseigha**

Antecedentes: Diepreye Alamieyeseigha fue elegido en 1999 gobernador del estado de Bayelsa (Nigeria) y reelegido en 2003. En 2005 fue destituido por corrupción. Entre 1999 y 2005, Alamieyeseigha acumuló propiedades en el extranjero, cuentas bancarias, inversiones y dinero en efectivo por un valor superior a GBP 10 millones (10 millones de libras esterlinas). Los activos extranjeros figuraban a su nombre o al de su esposa, mientras que otros activos

(continúa en la página siguiente)

estaban en manos de sociedades y fideicomisos constituidos en las Bahamas, las Islas Vírgenes Británicas, Seychelles y Sudáfrica.

Los procedimientos penales de Nigeria y el Reino Unido incluyeron órdenes penales de inmovilización sobre los activos y solicitudes formales de asistencia judicial recíproca de Nigeria al Reino Unido. La confiscación penal de los activos se realizó en Nigeria, fundamentada en las resoluciones de culpabilidad dictadas por la justicia nigeriana. Entre los procedimientos civiles privados interpuestos en el Reino Unido figuraron una orden internacional de congelamiento de activos que se ejecutó en Chipre y Dinamarca. En Sudáfrica y Estados Unidos también se llevaron a cabo procedimientos de decomiso civil. Más concretamente, las acciones se desarrollaron de la siguiente manera:

- *Sospecha de lavado de dinero y detención.* En septiembre de 2005, la Policía Metropolitana de Londres detuvo por primera vez a Alamiyeseigha en el aeropuerto de Heathrow por sospecha de lavado de dinero. Las investigaciones pusieron de manifiesto que Alamiyeseigha había ocultado USD 2,7 millones en cuentas bancarias y en su casa de Londres, y que también poseía propiedades inmobiliarias en la capital británica por un valor estimado de USD 15 millones. Alamiyeseigha, que quedó en libertad bajo fianza, huyó del Reino Unido en noviembre de 2005 y regresó a Nigeria.
- *Interposición de cargos y congelamiento de activos en Nigeria.* En Nigeria, Alamiyeseigha reclamó inicialmente inmunidad de enjuiciamiento. Sin embargo, luego fue destituido por los legisladores del estado de Bayelsa y perdió su inmunidad procesal. La Comisión de Delitos Económicos y Financieros de Nigeria lo acusó de 40 cargos de lavado de dinero y corrupción, y obtuvo una orden judicial de congelamiento de activos en Nigeria.
- *Confiscación de dinero en efectivo en el Reino Unido.* En lo que respecta a los activos en el Reino Unido, la estrecha cooperación entre la Comisión de Delitos Económicos y Financieros de Nigeria y la Unidad de Productos de la Corrupción de la Policía Metropolitana de Londres fue fundamental. De hecho, en el domicilio de Alamiyeseigha en Londres, las autoridades se incautaron de USD 1,5 millones en efectivo, en virtud de la Ley de Productos del Delito de 2002, a partir de una orden judicial que determinaba que los activos constituían productos del delito. En mayo de 2006, un tribunal ordenó la repatriación de los fondos a Nigeria, y la transferencia se realizó unas semanas después.
- *Procedimientos civiles en el Reino Unido y procedimientos penales en Nigeria.* En el caso de los productos depositados en cuentas bancarias, el proceso fue más difícil porque tanto los activos como las pruebas pertinentes se encontraban en varias jurisdicciones: las Bahamas, las Islas Vírgenes

(continúa en la página siguiente)

Británicas, Seychelles, Sudáfrica y el Reino Unido. Las autoridades nigerianas consideraron que el inicio de procedimientos con solicitudes formales de asistencia judicial recíproca en todas estas jurisdicciones podría llevar mucho tiempo, y que las órdenes de los tribunales nigerianos no necesariamente llegarían a ejecutarse. Además, la interposición de procedimientos judiciales en cada una de estas jurisdicciones ofrecía una perspectiva desalentadora, dado que las autoridades nigerianas tenían pocas pruebas que vincularan a Alamieyeseigha con estos activos y a los activos con actos de corrupción. Por consiguiente, las autoridades nigerianas decidieron entablar un procedimiento civil en el Reino Unido y, al mismo tiempo, iniciar un procedimiento penal en Nigeria^a. Nigeria reclamó la propiedad de los activos robados y el producto de las actividades corruptas del demandado. Para acceder a las pruebas, las autoridades nigerianas obtuvieron una orden de divulgación de las pruebas recopiladas por la Policía Metropolitana de Londres durante su investigación^b. Nigeria pudo utilizar estas pruebas —a las que tuvo acceso mediante procedimientos penales y la declaración de ingresos y bienes de Alamieyeseigha^c en su causa civil— para obtener una orden internacional de congelamiento que cubriera todos los activos de su propiedad directa o indirecta y una orden de divulgación de los documentos en poder de los bancos y sus asociados^d.

- *Procedimientos de confiscación sin condena en Sudáfrica.* Paralelamente a estos procedimientos, la Unidad de Decomiso de Activos de Sudáfrica inició un procedimiento de confiscación sin condena contra el lujoso *penthouse* con vista al mar que Alamieyeseigha poseía en Ciudad del Cabo. Los fondos fueron devueltos a Nigeria tras la venta de la propiedad en enero de 2007.
- *Declaraciones de admisión de culpabilidad.* En julio de 2007, Alamieyeseigha se declaró culpable ante un Tribunal Superior de Nigeria de seis cargos por haber hecho declaraciones de bienes falsas. También hizo que sus empresas se declararan culpables de 23 cargos de lavado de dinero. Fue condenado a dos años de prisión, y el tribunal ordenó la confiscación de los activos en Nigeria. Las declaraciones de admisión de culpabilidad de Alamieyeseigha anularon de hecho su defensa en el procedimiento civil ante el Tribunal Superior de Londres. En diciembre de 2007, el tribunal dictó una sentencia sumaria en virtud de la cual los bienes y los fondos depositados en la cuenta bancaria del Reino Unido quedaban confiscados. Una sentencia posterior, de julio de 2008, supuso la confiscación del resto de los activos en el Reino Unido, Chipre y Dinamarca.
- *Órdenes de decomiso en Estados Unidos.* En junio de 2012, un tribunal de distrito estadounidense dictó una orden de decomiso que permitía a Estados Unidos disponer de USD 401 931 en activos atribuibles a Alamieyeseigha^e. Además, en mayo de 2013, se dictó una orden de

(continúa en la página siguiente)

decomiso de una residencia privada que Alamieyeseigha había adquirido en Rockville (Maryland), por valor de más de USD 700 000^f.

Resultado general de la recuperación de activos: Gracias a la eficaz colaboración con las autoridades de Sudáfrica, el Reino Unido y Estados Unidos, así como a la elección y combinación de diversos mecanismos de recuperación de activos, Nigeria recobró USD 17,7 millones mediante procedimientos nacionales y extranjeros.

a. Véase el análisis sobre la reclamación de propiedad presentada por la República Federal de Nigeria en el capítulo 10, recuadro 10.1.

b. La Policía Metropolitana de Londres no impugnó la solicitud nigeriana de divulgación. Esto difiere de la práctica habitual, según la cual la policía no suele admitir que se faciliten las pruebas obtenidas en las investigaciones penales para ayudar a las partes privadas que interponen demandas civiles.

c. La declaración se presentó en 1999, cuando Alamieyeseigha fue elegido por primera vez gobernador del estado, e indicaba que tenía un patrimonio de algo más de USD 0,5 millones y unos ingresos anuales de USD 12 000.

d. Véase el análisis de las pruebas circunstanciales tomadas en consideración en el caso en el capítulo 10, recuadro 10.12.

e. Esta fue la primera sentencia de decomiso obtenida en el marco de la Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia del Departamento de Justicia de Estados Unidos (Departamento de Justicia de Estados Unidos [2012], *Department of Justice Forfeits More than US\$400,000 in Corruption Proceeds Linked to Former Nigerian Governor* [El Departamento de Justicia confisca más de USD 400 000 en productos de la corrupción vinculados a un exgobernador nigeriano], comunicado de prensa, 28 de junio de 2012, <https://www.justice.gov/opa/pr/departament-justice-forfeits-more-400000-corruption-proceeds-linked-former-nigerian-governor>).

f. Servicio de Inmigración y Aduanas de Estados Unidos (2013), *Maryland Property Purchased with Nigerian Corruption Proceeds Forfeited through HSI Investigation, DOJ Kleptocracy Initiative* (Propiedad de Maryland comprada con producto de corrupción nigeriano, confiscada gracias a la investigación de la Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia del Departamento de Justicia), comunicado de prensa, 31 de mayo de 2013, <https://www.ice.gov/news/releases/maryland-property-purchased-nigerian-corruption-proceeds-forfeited-through-hsi>.

Bibliografía

Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, European Economic Community, Official Journal L 299, 31/12/1972, 32–42 (September 27, 1968). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:41968A0927(01)).

FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation.” The FATF Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

INL (Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, US Department of State). 2005. “Law Enforcement Cases.” In *International Narcotics Control Strategy Report, Volume II: Money Laundering and Financial Crimes, March 2005*, 12–19. Washington, DC: INL. <https://www.hsdl.org/?view&did=457663>.

International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism, UN General Assembly Resolution 54/109 (December 9, 1999), United Nations, New York. <https://undocs.org/en/A/RES/54/109>.

- Levi, Michael, Maria Dakolias, and Theodore S. Greenberg. 2007. “Money Laundering and Corruption.” In *The Many Faces of Corruption: Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, edited by J. Edgardo Campos and Sanjay Pradhan, 389–426. Washington, DC: World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6848/399850REPLACEMENT101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>.
- Nainappan, Shane. 2019. “Shane Nainappan’s Quick Guide to International Cooperation in Asset Recovery.” *Basel Institute on Governance* (blog), August 5, 2019. <https://www.baselgovernance.org/blog/shane-nainappans-quick-guide-international-cooperation-asset-recovery>.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 2006. “Spontaneous Exchange of Information.” In *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes*, Module 2. Paris: OECD. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf>.
- OECD and World Bank. 2012. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A Joint OECD–StAR Analysis*. Rev. ed. Paris: OECD. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/identification-and-quantification-of-the-proceeds-of-bribery_9789264174801-en;jsessionid=dENX4fZTUE_DhV7QWhb4jEfp.ip-10-240-5-58.
- Ryder, Katherine E. 2011. “‘Making Hay While the Sun Shines’: Experiences with the Zambian Task Force on Corruption.” U4 Practice Insight, Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway. <https://www.cmi.no/publications/file/4071-making-hay-while-the-sun-shines.pdf>.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.
- UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.

2. Consideraciones estratégicas para la preparación y la gestión de casos

2.1 Observaciones preliminares

El éxito de la recuperación de activos depende de la aplicación de un plan de acción integral que incorpore numerosos pasos y consideraciones importantes.

Los profesionales intervinientes tendrán que recolectar datos y evaluarlos para entender el caso; identificar los recursos necesarios (personal, tecnología de la información y expertos); comprometerse y comunicarse con sus homólogos extranjeros para abrir lo antes posible canales informales y formales de cooperación con las jurisdicciones perjudicadas¹; hacer frente a los desafíos jurídicos, prácticos y operativos de la recuperación internacional de activos², y garantizar una gestión eficaz del caso.

Cada faceta ayudará a los profesionales a seleccionar la alternativa jurídica más adecuada para recuperar los activos. En este capítulo se examinan algunas de las medidas que deben adoptarse en un primer momento, así como algunas de las cuestiones que deberán tenerse en cuenta al seleccionar una vía para la recuperación de activos.

2.2 Recolección de datos: Fuentes de información iniciales

Para poner en marcha una investigación de recuperación de activos, las autoridades deben analizar los indicios procedentes de diversas fuentes de información. También pueden realizar algunas indagaciones preliminares (como se indica en el capítulo 3). Entre las posibles fuentes de información pueden figurar las categorías que se describen a continuación.

Denuncias (comunicaciones) y procedimientos penales. Las denuncias de fraude, corrupción, robo u otros delitos son fuentes de información vitales, tanto si las presentan las víctimas (por ejemplo, particulares, empresas y Estados perjudicados por la corrupción) como si lo hacen los Estados (es decir, sus autoridades reguladoras,

¹ Para conocer en detalle la evolución de la cooperación internacional formal e informal, véanse los capítulos 8 y 9.

² Para una descripción más detallada de algunas de las barreras u obstáculos a los que se enfrentan, véase Stephenson y otros (2011), https://star.worldbank.org/sites/default/files/barriers_spanish_final_0.pdf. Véase también Grupo de Acción Financiera (FATF [GAFI], 2012), <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.

organismos de lucha contra la corrupción, administración aduanera, autoridades fiscales y UIF). Además, las investigaciones sobre otras actividades delictivas pueden revelar actividades corruptas. Por ejemplo, un allanamiento o una interceptación de comunicaciones en un caso de narcotráfico podría aportar pruebas de cohecho.

Reportes de UIF. La legislación sobre el lavado de dinero obliga a instituciones financieras, a autoridades reguladoras y a algunas empresas y profesiones no financieras (como abogados, notarios, contadores, comerciantes de piedras y metales preciosos, y proveedores de servicios fiduciarios y empresariales) a presentar a las UIF reportes de operaciones sospechosas (ROS) o reportes de actividades sospechosas (RAS), así como a estar especialmente atentas cuando traten con personas expuestas políticamente, como altos funcionarios estatales y sus familiares y allegados³. Algunas jurisdicciones también exigen la presentación de declaraciones de transacciones monetarias (DTM) para operaciones que superen un monto específico. Además, las UIF reciben informes de autoridades de las fronteras sobre movimientos transfronterizos de dinero en efectivo que superen un importe determinado. La información que las UIF reciben de las entidades informadoras puede motivar que una de esas unidades inicie una investigación o que la transmita a fiscales o funcionarios locales encargados de hacer cumplir la ley, que pueden iniciar una investigación (recuadro 2.1).

RECUADRO 2.1

Función y contribución de las UIF en los casos de recuperación de activos

Las UIF son los organismos estatales que reciben los ROS (también denominados “informes de inteligencia”) que presentan las instituciones financieras y otras entidades informadoras. Realizan análisis sobre dichos informes y comunican las conclusiones resultantes a las autoridades locales competentes (por lo general, fiscales y organismos de aplicación de la ley, así como UIF extranjeras) para luchar contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. En múltiples formas, las UIF pueden ser socios útiles para los profesionales que intervienen en la recuperación de activos al iniciar e investigar un caso:

- *Intercambio dinámico de información de inteligencia con fiscales y organismos de aplicación de la ley.* Cuando el análisis realizado por una UIF revele la existencia de lavado de dinero u otra actividad delictiva, las UIF deben proporcionar de forma proactiva informes de inteligencia a fiscales o funcionarios locales encargados de hacer cumplir la ley. En caso de ser necesario, estas unidades también proporcionan informes de inteligencia a unidades homólogas extranjeras de forma bilateral, por lo general a través

(continúa en la página siguiente)

³ Véase la UNCAC, artículo 52, sobre prevención y detección de transferencias del producto del delito, y en particular los párrafos 1 y 2, en relación con las obligaciones de las instituciones financieras. Véanse también las recomendaciones 12, 20 y 23 de las Recomendaciones del GAFI (FATF [GAFI], 2019), <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

del sistema de web segura del Grupo Egmont. Esa información se analiza más a fondo y puede transmitirse a fiscales o funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley en formato de información de inteligencia.

- *Suministro de información de inteligencia complementaria.* La mayoría de las UIF mantienen una base de datos central con todos los ROS, DTM, informes sobre movimientos transfronterizos de divisas, informes de inteligencia y otras consultas de organismos encargados de hacer cumplir la ley o de UIF extranjeras. Las UIF analizan minuciosamente a las personas y las sociedades vinculadas a los ROS. La información de inteligencia recibida y almacenada puede no ser suficiente por sí sola para justificar la remisión de un informe a los organismos de cumplimiento. Sin embargo, cuando se analiza en conjunto, puede contribuir a que los funcionarios encargados de la aplicación de la ley conozcan la actividad de las personas investigadas, identifiquen a los asociados y vinculen la información con las indagaciones de otros organismos.
- *Conocimientos especializados en materia financiera.* Los analistas de inteligencia financiera están familiarizados con los servicios y productos financieros y con las tipologías de lavado de dinero. Tienen experiencia en el análisis de historiales y flujos financieros y en la realización de evaluaciones patrimoniales cuando existen dudas sobre la legitimidad de su origen. Estos conocimientos especializados son fundamentales durante toda la investigación y el enjuiciamiento, y, en este sentido, las UIF pueden ser un recurso útil.
- *Contactos personales y redes.* Las UIF tienen contactos en instituciones financieras, otros organismos nacionales y unidades homólogas extranjeras (a través del Grupo Egmont), que pueden ser recursos útiles para los profesionales intervinientes.
- *Capacidad para ejecutar el congelamiento administrativo de fondos.* Algunas UIF están facultadas para inmovilizar fondos durante un breve período (véase la sección 8.5.4 del capítulo 8), con lo que contribuyen a que los profesionales puedan salvaguardar con rapidez los activos antes de la obtención de una orden judicial formal.
- *Un nuevo instrumento, la orden de divulgación para un área geográfica determinada (Geographic Targeting Order, GTO).* En Estados Unidos, estas órdenes son emitidas por la Red de Control de Delitos Financieros (FinCEN)^a y se utilizan para obligar a instituciones financieras u otros "guardianes" a identificar o revelar la titularidad efectiva u otra información relevante relacionada con transacciones financieras en áreas geográficas específicas. Por ejemplo, las compañías estadounidenses de seguros de títulos de propiedad deben identificar a las personas físicas que están detrás de las personas jurídicas utilizadas en la adquisición, en

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.1

Función y contribución de las UIF en los casos de recuperación de activos (*continuación*)

determinadas zonas, de inmuebles residenciales por encima de un determinado umbral y sin financiamiento de préstamos.

Los profesionales han descubierto que las UIF son muy efectivas como entidades colaboradoras. Esta relación requiere un intercambio bidireccional de información de inteligencia relevante entre las unidades y los profesionales, tanto en sentido ascendente como descendente, en lugar de un flujo de información unidireccional de las unidades a los profesionales. Los profesionales han comprobado que esta práctica aumenta la información de inteligencia de la que disponen las unidades y, en definitiva, mejora el análisis financiero que estas producen.

a. La FinCEN es una dependencia del Departamento del Tesoro de Estados Unidos que recopila y analiza información sobre las operaciones financieras con el fin de proteger al sistema financiero de los usos ilícitos, luchar contra el lavado de dinero nacional e internacional y otros delitos conexos (como el financiamiento del terrorismo), y promover la seguridad nacional mediante el uso estratégico de las autoridades financieras y la inteligencia financiera ("Mission" [Misión], sitio web de la FinCEN: <https://www.fincen.gov/>).

Las UIF también pueden transmitir la información y cualquier dato conexo a una unidad extranjera análoga a través del sistema de web segura del Grupo Egmont. El Grupo Egmont es la organización mundial de las UIF, integrado actualmente por 165 unidades. (En el capítulo 3 se analiza con más detalle la función que desempeña el Grupo Egmont en el proceso de recuperación de activos).

Procedimientos civiles o administrativos. Los procedimientos civiles o administrativos, las sanciones regulatorias contra una institución financiera o las sanciones contra una empresa por parte de un banco de desarrollo internacional o regional pueden revelar actividades de corrupción⁴. Dichos procedimientos o sanciones, aunque no citan específicamente el fraude y la corrupción, a menudo conducen al descubrimiento de conductas indebidas tras la investigación y son una fuente útil de pruebas. Por ejemplo, una denuncia sobre materiales perdidos o defectuosos podría indicar que un funcionario de adquisiciones aceptó bienes de mala calidad a cambio de sobornos. Del mismo modo, las denuncias presentadas por contratistas que alegan un trato injusto en un proceso de licitación también merecen que se las tome en cuenta.

Solicitudes de asistencia judicial recíproca. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca presentadas por jurisdicciones extranjeras (descritas en los capítulos 8 y 9)

⁴ Los bancos internacionales de desarrollo u otros organismos de desarrollo han establecido mecanismos internos de investigación y sanción administrativa y de remisión. Su propósito es abordar las actividades corruptas de funcionarios, empresas o individuos que se benefician de los fondos de desarrollo. Cuando en las investigaciones internas se revelan actividades corruptas, estas organizaciones pueden remitir sus conclusiones a las autoridades nacionales con competencias relacionadas con el delito. Incluso cuando las conclusiones no se remitan, las autoridades nacionales podrían tener conocimiento de ellas al hacerse pública la sanción.

pueden incluir mucha información detallada acerca de individuos y pormenores sobre cuentas bancarias que pueden desembocar en un caso de lavado de dinero de ámbito nacional.

Información compartida por las autoridades fiscales. Al realizar auditorías fiscales, los organismos tributarios suelen encontrar transacciones inusuales que hacen sospechar que se trata de delitos de guante blanco, como la contabilidad falsa y la facturación ficticia. Las autoridades fiscales de organismos tributarios extranjeros pueden recabar esta información mediante acuerdos de intercambio de información fiscal y, por tanto, se puede acceder a ella cuando haya investigaciones o procedimientos penales relacionados con la misma matriz fáctica.

Audidores. Los organismos tributarios auditan a los particulares, mientras que las empresas se suelen someter a auditorías anuales de sus estados financieros. Para supervisar departamentos o ministerios gubernamentales o empresas públicas, los Gobiernos crean organismos auditores o reguladores, como por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, la Oficina del Inspector General, que monitorea el funcionamiento de numerosas entidades federales, tribunales, agencias y órganos de inspección, y oficinas de contaduría especializadas. Estas auditorías suelen revelar discrepancias entre los movimientos de fondos y las transacciones comerciales reales, lo que indica posibles actividades de corrupción. En particular, el examen de los documentos financieros relativos a los ingresos o los gastos puede revelar patrones de facturación ficticia, típicos de los casos de corrupción y cohecho.

Divulgación espontánea. Las autoridades competentes y las UIF extranjeras pueden proporcionar espontáneamente información sobre actividades corruptas que puedan haber tenido lugar en otra jurisdicción o que involucren a sus ciudadanos. Esta información también puede proporcionarse mediante redes formales o informales de profesionales. Para obtener más información sobre la función de la cooperación informal en las investigaciones internacionales, véase el capítulo 8.

Denunciantes de irregularidades. Las primeras indicaciones sobre la necesidad de iniciar una investigación pueden provenir de los empleados. La legislación relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones es clave para proteger a los empleados de las represalias o demandas de las empresas o los organismos para los que trabajan. También es fundamental contar con sistemas que garanticen el anonimato de las denuncias⁵.

Acusados que colaboran. En ocasiones, las pistas también pueden provenir de individuos que esperan un trato indulgente por sus propios delitos, en cuyo caso los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben ser conscientes de la necesidad de comprobar a fondo que las revelaciones se hacen de buena fe.

⁵ Muchas jurisdicciones han incorporado a la legislación medidas de protección y procedimientos para los denunciantes de irregularidades. Haití, por ejemplo, consagró el concepto —denominado “clamor público”— en su Constitución de 1987. Véase también la UNCAC, artículo 33.

Informaciones de los medios de comunicación y de la sociedad civil. Las actividades sospechosas o las detenciones de funcionarios extranjeros acusados de corrupción suelen ser transmitidas por los medios de comunicación o a través de denuncias de organizaciones de la sociedad civil y no gubernamentales⁶. Estas denuncias pueden desencadenar una investigación directa o pueden dar lugar a la presentación de un ROS que desemboque en una investigación⁷. En el recuadro 2.2 se presenta una visión general del caso de Luca Volontè, que salió a la luz a raíz de un informe de un grupo de estudio europeo.

RECUADRO 2.2

Acusaciones de “diplomacia del caviar” contra políticos europeos

En 2012, la Iniciativa Europea de Estabilidad (ESI), un grupo de estudio con sede en Berlín, publicó un informe titulado *Diplomacia del caviar*, en el que se denunciaba el soborno de políticos europeos a cambio de apoyo político a la República de Azerbaiyán (ESI, 2012). En 2016, la ESI prosiguió su actividad con un informe en el que se describía cómo se producía la corrupción entre miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) (ESI, 2016).

En 2017, el Consejo de Europa (COE) creó un organismo externo independiente para investigar las denuncias de corrupción contra miembros o exmiembros de la PACE (COE, 2018). Tras una investigación de más de 10 meses, el organismo de investigación, apoyándose en gran medida en la cooperación voluntaria de testigos, determinó que, efectivamente, un grupo de personas actuaba en favor de Azerbaiyán y en contra de las normas éticas de la PACE (COE, 2018, pág. x), y que sobre algunos miembros de la PACE recaían sospechas contundentes de participación en actividades corruptas (COE, 2018, pág. xi). La investigación dio lugar a la expulsión de 14 miembros del COE y de la PACE^a.

El caso más destacado resultante del descubrimiento de esta maniobra fue el que se produjo contra el político italiano Luca Volontè. Los fiscales italianos afirmaron que Volontè, exmiembro de la PACE, había aceptado pagos a cambio de silenciar las críticas del organismo europeo al historial sobre derechos humanos de Azerbaiyán. Volontè habría influido para evitar que la PACE aprobara un informe crítico sobre los presos políticos en Azerbaiyán (el *Informe Strässer*) en 2013^b.

Como parte del ardid, según alegaron los fiscales italianos, Volontè utilizó dos vehículos corporativos para recibir pagos^c procedentes de cuatro sociedades comanditarias registradas en el Reino Unido, que a su vez recibían dinero de una empresa de Azerbaiyán^d. Estos vehículos corporativos tenían cuentas en una sucursal estonia del Danske Bank^e, que actualmente está siendo investigado en

(continúa en la página siguiente)

⁶ Véanse, entre otras organizaciones, Global Witness (<https://www.globalwitness.org/es/>) y Public Eye (<https://www.publiceye.ch/en/>).

⁷ Véase, por ejemplo, el informe *Biens mal acquis* (Bienes mal adquiridos), publicado por la organización no gubernamental (ONG) francesa Comité Catholique contre el Hambre y para el Desarrollo (CCFD, 2007), que dio lugar al inicio de un procedimiento penal en Francia. El informe reveló información sobre los bienes de 23 dictadores y sus familias en países occidentales.

RECUADRO 2.2

Acusaciones de “diplomacia del caviar” contra políticos europeos (continuación)

Dinamarca, Estados Unidos, Estonia, Italia y el Reino Unido. Se presentaron cargos formales contra exempleados de la sucursal estonia del Danske Bank por su participación en la operación^f.

En 2014, los fiscales de Milán iniciaron una investigación penal sobre acusaciones de lavado de dinero y corrupción contra Volontè a raíz de la alerta de un banco italiano sobre una operación sospechosa. Un juez de instrucción separó las dos acusaciones en procesos distintos, y Volontè resultó absuelto de los cargos de lavado de dinero en febrero de 2018, decisión que el fiscal ha apelado^g.

a. European Observatory of Crime and Security (EU-OCS) (2018), “Council of Europe Expels 14 Members Accused of Corruption in Azerbaijan Case” (El Consejo de Europa expulsa a 14 miembros acusados de corrupción en el caso de Azerbaiyán), *EU-OCS Political Watch*, 14 de julio de 2018, <https://eu-ocs.com/council-of-europe-expels-14-members-accused-of-corruption-in-azerbaijan-case/>.

b. Auto de procesamiento de Luca Volontè, 21 de julio de 2016, Fiscalía de Milán. A través del Proyecto de Denuncia de la Corrupción y el Crimen Organizado (OCCRP), se obtuvieron información y documentos relacionados con este caso. Véase, por ejemplo, Paul Radu, Khadija Ismayilova y Madina Mammadova (2017), “Azerbaijani Laundromat: The Influence Machine” (La lavandería de Azerbaiyán: La máquina de la influencia), sitio web del OCCRP, 4 de septiembre de 2017, <https://www.occrp.org/en/azerbaijanlaundromat/the-influence-machine>. Sobre el caso del *Informe Strässer*, véase también COE (2018, pág. xiii).

c. Estos vehículos corporativos eran la Fundación Novae Terrae (fundación italiana que recibió más de EUR 2 millones en varias cuotas) y L.G.V. S.r.l., sociedad italiana de responsabilidad limitada propiedad de la esposa de Volontè (auto de procesamiento de Luca Volontè, 21 de julio de 2016).

d. Las cuatro sociedades británicas eran Hilux Services LLP y Polux Management LLP, ambas registradas en Glasgow (Escocia); Metastar Invest LLP, con domicilio social en Birmingham (Reino Unido), y LCM Alliance LLP, de Hertfordshire (Reino Unido). Las cuatro sociedades de responsabilidad limitada (LLP) eran, en definitiva, propiedad de sociedades de Belice, las Islas Vírgenes Británicas y Seychelles, que también actuaban como socios corporativos. Estas sociedades recibieron a su vez dinero de Baktelekom MMC, una empresa azerbaiyana. Los fiscales italianos afirmaron que Volontè también recibió pagos de una sociedad registrada en las Islas Marshall, Jetfield Network Ltd, a través de una cuenta corporativa en el Banco Baltikums de Letonia.

e. Auto de procesamiento de Luca Volontè, 21 de julio de 2016.

f. Andre Delicata (2013), “Italy Joins Countries Investigating Bank in Azerbaijan Corruption Scheme” (Italia se une a los países que investigan a un banco en una maniobra de corrupción en Azerbaiyán), *The Shift News*, 3 de enero de 2019, <https://theshiftnews.com/2019/01/03/investigations-into-danske-bank-scandal-continue-to-widen/>.

g. “How Azerbaijan Bribed Ex-Council of Europe Members” (Cómo sobornó Azerbaiyán a exmiembros del Consejo de Europa), *European Interest*, 24 de abril de 2018, <https://www.europeaninterest.eu/article/azerbaijan-bribed-ex-council-europe-members/>; COE (2018, pág. 66).

Declaraciones de patrimonio de funcionarios públicos. Muchos países obligan a los funcionarios públicos a divulgar información sobre sus bienes e ingresos⁸. Estas declaraciones pueden dejar en evidencia aumentos significativos del patrimonio que no concuerdan con los ingresos declarados por el individuo o incluso la falsificación de los ingresos declarados. La comparación de los activos declarados con los utilizados por los funcionarios públicos puede indicar enriquecimiento ilícito.

Servicios de inteligencia. La información puede recibirse de los servicios de inteligencia o a través de los órganos de inteligencia propios de otros organismos estatales (por ejemplo, los encargados de la aplicación de la ley)⁹.

⁸ En los artículos 8 5), 52 5) y 52 6) de la UNCAC se exige que los países consideren el establecimiento de dichos sistemas. Según las investigaciones del Banco Mundial, aproximadamente 143 países han introducido un sistema de divulgación de activos e intereses para los funcionarios públicos (Rossi, Pop y Berger, 2017).

⁹ En Estados Unidos, por ejemplo, el FBI es a la vez un servicio de inteligencia y un organismo encargado de hacer cumplir la ley.

Investigaciones proactivas. Los profesionales intervinientes también pueden buscar activamente información de fuentes potenciales. Pueden vigilar las actividades de sectores sensibles o susceptibles al lavado de dinero y la corrupción, tales como la extracción de recursos naturales o el tráfico de armas. También pueden intentar obtener información mediante registros de acceso público sobre la propiedad y el control de las sociedades, lo que les permite supervisar y seguir las operaciones y transacciones comerciales. En el recuadro 2.3 se analiza el establecimiento en el Reino Unido de un registro de acceso público de “personas con control significativo” (PCS) sobre determinados tipos de entidades empresariales.

RECUADRO 2.3

Reino Unido: Registro de “personas con control significativo”

Antecedentes: Tras la crisis financiera mundial y la indignación de la opinión pública por el uso de estructuras corporativas opacas para evadir impuestos a gran escala, el entonces primer ministro británico, David Cameron, puso en marcha en 2013 una iniciativa en el seno del Grupo de los Ocho (G-8) (países más industrializados) para garantizar la transparencia de las personas jurídicas y se comprometió a crear un registro público sobre su titularidad efectiva. Esto condujo a la creación, en 2016, de un registro de personas con control significativo (registro PCS), de acceso público.

Propósito: Las empresas británicas, *societates europaeae* (SE), sociedades de responsabilidad limitada (LLP) y sociedades escocesas admisibles (SEA) inscriben en sus respectivos registros PCS a las personas físicas y personas jurídicas que tienen una participación y ejercen un control significativo sobre ellas (BEIS, 2017, pág. 1)^a. El propósito del registro PCS es garantizar la transparencia y mejorar la confianza de las empresas proporcionando información sobre la titularidad y el control de las sociedades británicas.

Obligaciones: Desde el 26 de junio de 2017, estas empresas y sociedades de responsabilidad limitada están obligadas a introducir la información pertinente en su propio registro PCS en un plazo de 14 días desde que tienen conocimiento de que una persona cumple tales requisitos y debe ser registrada. A continuación, en un plazo adicional de 14 días, todas las empresas y sociedades de responsabilidad limitada deben actualizar el registro central PCS en el Registro Mercantil (BEIS, 2017, pág. 5)^b.

Quién puede ser PCS: Una PCS es alguien que cumple uno o más de los siguientes requisitos en relación con una empresa (BEIS, 2017, pág. 8):

- es titular, directa o indirectamente, de más del 25 % de las acciones;
- es titular, directa o indirectamente, de más del 25 % de los derechos de voto;
- posee, directa o indirectamente, el derecho a nombrar o destituir a la mayoría del consejo de administración;

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.3

Reino Unido: Registro de “personas con control significativo” (continuación)

- tiene derecho a ejercer, o ejerce de hecho, una influencia o un control significativos;
- tiene derecho a ejercer, o ejerce de hecho, una influencia o un control significativos sobre las actividades de un fideicomiso o una sociedad que no tiene personería jurídica, pero que cumpliría a su vez cualquiera de las cuatro primeras condiciones si fuera una persona física.

Información del registro PCS: El registro PCS contiene información sobre personas con un control significativo, incluido el dato de cuántos de los cinco requisitos se cumplen y, cuando corresponde, la cuantificación del interés público (BEIS, 2017, págs. 17 y 18). Las PCS deben aportar la información sobre el registro PCS o responder a los avisos de la empresa en los que se solicita esa información; no hacerlo constituye un delito penal.

Accesibilidad de la información: Las empresas que están obligadas a mantener su propio registro PCS deben hacerlo accesible (BEIS, 2017, pág. 19). El Registro Público Central del Registro Mercantil dará acceso a casi toda la información, excepto el domicilio residencial y la fecha de nacimiento. Toda la información que posee el Registro Mercantil está a disposición de los organismos encargados de hacer cumplir la ley (BEIS, 2017, pág. 20).

a. También pueden consultarse los documentos orientativos disponibles en “PSC Requirements for Companies and Limited Liability Partnerships” (Requisitos de PCS para empresas y sociedades de responsabilidad limitada) (última actualización, 15 de febrero de 2018), <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-to-the-people-with-significant-control-requirements-for-companies-and-limited-liability-partnerships>.

b. El Registro Mercantil —entidad ejecutiva dependiente del Ministerio de Empresa, Energía y Estrategia Industrial del Reino Unido— constituye y disuelve sociedades anónimas, examina y almacena la información de las empresas y pone dicha información a disposición del público. Los archivos de datos que conforman el registro PCS están disponibles en el sitio web del Registro Mercantil en http://download.companieshouse.gov.uk/en_pscdata.html.

2.3 Evaluación de la legislación y estudio de reformas judiciales

Es importante que las autoridades determinen si existe un marco jurídico adecuado y eficaz, tanto a nivel nacional como en cualquier jurisdicción extranjera pertinente¹⁰, lo que incluye considerar si se dispone de las alternativas jurídicas adecuadas, así como si existen disposiciones sobre gestión de activos y cooperación internacional. (Para

¹⁰ La investigación documental en línea y el contacto con profesionales extranjeros pueden ser recursos útiles para la legislación extranjera. Algunos países suelen publicar leyes y orientaciones en los sitios web del Gobierno. Para obtener más información sobre estos recursos, véase el apéndice J. Otros instrumentos en materia de legislación son la plataforma TRACK de la UNODC sobre instrumentos y recursos sobre conocimientos de lucha contra la corrupción (<http://www.track.unodc.org/Pages/home.aspx>) y la Red Informática Internacional sobre Blanqueo de Dinero (IMoLIN) (consultada el 12 de agosto de 2018) (<https://www.imolin.org/>). La Iniciativa StAR también ha recopilado casi 30 guías sobre recuperación de activos que contienen herramientas y procedimientos para la recuperación de activos en sus respectivos países, así como información de contacto de organismos nacionales específicos: <https://star.worldbank.org/resources?f%5B0%5D=language%3A16>.

obtener información más detallada, véanse el capítulo 6 sobre gestión de activos y el capítulo 9 sobre cooperación internacional). Por ejemplo, la confiscación puede estar permitida por la legislación general que regula la confiscación de los instrumentos y productos del delito o por las disposiciones aplicables a un delito específico. En ambos casos, las autoridades deben asegurarse de que la confiscación relacionada con el delito investigado es jurídicamente admisible.

Cuando la legislación sobre una determinada vía judicial es insuficiente, puede ser necesario considerar otras posibilidades. Como alternativa, algunas jurisdicciones pueden introducir nuevos procedimientos aplicables a delitos cometidos antes de la promulgación de las leyes. Por ejemplo, las autoridades pueden considerar la posibilidad de introducir acuerdos de cooperación que permitan a demandados secundarios declararse culpables de un cargo menor¹¹ o beneficiarse de recomendaciones para obtener condenas inferiores a la máxima, con el objetivo de fomentar la cooperación en la localización de pruebas relacionadas con sospechosos de mayor importancia, como hizo Perú en el contexto del caso Montesinos (analizado en el recuadro 1.3 del capítulo 1) y como ha hecho Brasil en su investigación de la Operación *Lava Jato* (“lavado de coches”) (recuadro 2.4). Dado que la legislación o los procedimientos *ex post facto* probablemente serán objeto de un riguroso examen jurídico o constitucional, reviste

RECUADRO 2.4

Brasil: Introducción de la “colaboración premiada”

El éxito de los procedimientos en el caso Operación *Lava Jato* de Brasil no habría sido posible sin las recientes reformas que abrieron la posibilidad de negociación de acuerdos de cooperación, lo que permitió a los investigadores y a los fiscales obtener una reducción de la condena a cambio de revelar información pertinente para la investigación. Durante una ola de manifestaciones contra la corrupción en 2013, la presidenta Dilma Rousseff aceleró las leyes para erradicar el fraude sistémico⁹.

Más concretamente, en 2013, la Ley Federal 12850 sobre Organizaciones Delictivas permitió a los fiscales brasileños utilizar una nueva herramienta: la negociación de acuerdos de cooperación. Aunque este instrumento estaba previsto en la legislación anterior, los fiscales brasileños no solían utilizarlo porque carecía de un reglamento de aplicación (Ribeiro, 2017). La introducción de la *colaboração premiada*⁹ en dicha ley se asemeja a la práctica de la negociación de acuerdos de cooperación que se utiliza con frecuencia en Estados Unidos, aunque difiere significativamente de ella porque no puede utilizarse como base

(continúa en la página siguiente)

¹¹ Por ejemplo, Argentina promulgó en 2016 la denominada “Ley del Arrepentido”, que regula la posibilidad de que a colaboradores de delincuentes se les brinden incentivos (como la reducción de penas) si colaboran con las autoridades. Sin embargo, la ley ha sido objeto de críticas por no conceder competencias amplias a los investigadores y por ofrecer incentivos limitados a la cooperación. (Benjamin N. Gedan y Christopher Phalen [2018], “In Argentina, Why is All Quiet on the Odebrecht Front?” [En Argentina, ¿por qué está todo tranquilo en el frente del caso Odebrecht?], *Americas Quarterly*, 9 de abril de 2018, <https://www.americasquarterly.org/content/argentina-why-all-quiet-odebrecht-front>).

RECUADRO 2.4**Brasil: Introducción de la “colaboración premiada”
(continuación)**

para una condena (Ribeiro, 2017, pág. 7; Wilson Center, 2017). Además, solo se aplica a las personas físicas y no a las jurídicas^c, y únicamente puede utilizarse para obtener pruebas, tales como la identificación de otros delincuentes, la revelación de la estructura de una organización delictiva, la prevención de otros delitos de la organización, la recuperación de activos o la localización de víctimas (Ribeiro, 2017, pág. 7).

Pocos meses después de la entrada en vigor de la ley, en marzo de 2014, la Policía Federal de Brasil y el Ministerio Público Federal iniciaron una investigación sobre lo que luego se reveló como el mayor esquema de corrupción de Brasil, el caso *Lava Jato*. La investigación demostró, entre otras cosas, la implicación de un *doleiro* (hombre del dólar) —es decir, un cambista del mercado negro— y de un exdirector de Petrobras, la compañía petrolera estatal de Brasil. (Véase también el recuadro 2.13, sobre la importancia de identificar a los responsables).

Tras la detención de ambos individuos, cada uno de ellos aceptó colaborar y proporcionar información a las autoridades, lo que llevó a la firma de cientos de acuerdos de “colaboración premiada” con las partes implicadas en el escándalo (Ribeiro, 2017, pág. 9). Este instrumento se ha utilizado ampliamente durante la Operación *Lava Jato*, y se celebraron numerosos acuerdos de “colaboración premiada” entre diversos individuos y las autoridades brasileñas^d.

a. Jonathan Watts (2017), “Operation Car Wash: Is This the Biggest Corruption Scandal in History?” (Operación lavado de coches: ¿Es este el mayor escándalo de corrupción de la historia?), *The Guardian*, 1 de junio de 2017 (consultado el 27 de enero de 2019), <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>.

b. Traducido como “colaboración premiada”, en Brasil se denomina popularmente *delação premiada* (delación premiada) (Ribeiro, 2017, pág. 7).

c. Brasil no contempla la responsabilidad penal de las empresas, salvo en el caso de los delitos medioambientales. Las personas jurídicas pueden enfrentarse a la responsabilidad civil o administrativa sobre la base de la Ley de Empresas Limpias de Brasil (Ley Federal 12846, de 2013).

d. Ministerio Público Federal, *Resultados, Caso Lava Jato* (en portugués) (consultado el 10 de agosto de 2020), <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

especial importancia que los países tengan en cuenta desde el principio los posibles cuestionamientos legales que pudieran plantearse en relación con dichas leyes¹².

El Gobierno de Perú, por ejemplo, dio un paso estratégico en las primeras fases de su investigación sobre el entonces jefe del servicio de inteligencia del país, Vladimiro Montesinos: promulgó la Ley 27738, que establecía la negociación de acuerdos de cooperación en las investigaciones sobre el crimen organizado. Introdujo la “admisión de culpabilidad” y los acuerdos de cooperación, que no habían existido en Perú ni en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil tal como figuran en las de derecho anglosajón. La ley permitió que los miembros de una organización delictiva sujetos a

¹² Por ejemplo, en casos de Estados Unidos, Liechtenstein y Tailandia, se ha planteado como motivo de preocupación la retroactividad de las leyes de confiscación sin condena. Véase Greenberg y otros (2009), págs. 45 y 46, <https://star.worldbank.org/sites/default/files/Non%20Conviction%20Based%20Asset%20Forfeiture.pdf>.

enjuiciamiento (excepto los cabecillas y algunos funcionarios públicos) cooperasen con los fiscales mediante acuerdos de cooperación, a menudo proporcionando información a cambio de una reducción de la condena.

La ley sirvió para garantizar las condenas y evitar años de litigios. Lo más importante es que permitió a las autoridades peruanas obtener rápidamente información sobre el flujo de los fondos de Montesinos y, mediante un proceso de exención, recuperar activos en jurisdicciones extranjeras por valor de más de USD 175 millones.

2.4 Elaboración de una estrategia del caso

Al formular y aplicar una estrategia, es importante que los profesionales intervinientes piensen de forma creativa. Durante la preparación de la estrategia, habrán de incorporarse a la reflexión formas innovadoras de resolver un problema, como la creación con otras jurisdicciones de grupos de trabajo o de investigación conjuntos. En el contexto de casos de gran magnitud, complejos o transnacionales, será importante decidir si debe conformarse un equipo, unidad o grupo de trabajo especializado y si deben realizarse investigaciones conjuntas con autoridades extranjeras.

Dependiendo de la jurisdicción y de las circunstancias, es probable que el caso requiera equipos de investigación¹³ y de fiscalía, y que estos a su vez deban ampliarse para formar grupos de trabajo conjuntos con los organismos pertinentes (incluidos los que intervienen en la interposición de recursos civiles) o participar en investigaciones conjuntas con otras jurisdicciones. En la sección 2.6 se describen los profesionales y los organismos que deben incluirse al crear una unidad especializada o un grupo de trabajo conjunto con autoridades extranjeras. La cooperación informal eficaz en esta coyuntura es clave.

A medida que se toman decisiones y se dispone de nueva información y oportunidades, los profesionales también deben asegurarse de que cuentan con un proceso de reevaluación continua de la estrategia. El pragmatismo es esencial, lo que significa que las primeras opciones deben revisarse periódicamente (a nivel nacional y con homólogos internacionales cuando sea necesario) para garantizar que siguen siendo adecuadas a la luz de la evolución del caso. Por ejemplo, una acción de recuperación de activos basada en una vía judicial puede conducir al descubrimiento de hechos pertinentes a partir de los cuales se inicie un segundo caso por otra vía jurídica. La estrategia del caso debe ser un documento de trabajo que se revise a lo largo del proceso de recuperación de activos a medida que salgan a la luz nuevos hechos o se involucren otras partes o jurisdicciones. Al planificar y elaborar una estrategia de recuperación de activos, así como durante el

¹³ Los equipos de investigación suelen llevar a cabo investigaciones o recolección de datos antes y después de la presentación de cargos contra el demandado. En algunas jurisdicciones, sin embargo, el término “investigación” se utiliza exclusivamente para hacer referencia a las indagaciones que siguen a la presentación formal de los cargos.

avance y la gestión de los casos, los profesionales intervinientes también pueden consultar las *Directrices para la recuperación eficaz de activos robados* (recuadro 2.5).

RECUADRO 2.5

Las Directrices de Lausana

Las *Directrices de Lausana para la recuperación eficaz de activos robados* surgieron en 2014 del denominado “proceso de Lausana”, que desde 2001 convoca a seminarios internacionales de expertos de unas 30 jurisdicciones y de organizaciones internacionales (los “seminarios de Lausana”). El proceso de Lausana permite a las jurisdicciones analizar los retos de la recuperación de activos y la mejor forma de superarlos, trabajando en estrecha colaboración con el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR) del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y con el apoyo de la Iniciativa StAR del Banco Mundial y la UNODC^a.

En 2014, y en virtud del mandato de preparar las directrices encomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC, los participantes de Lausana VIII combinaron sus conocimientos en lo que hoy se conoce como las *Directrices para la recuperación eficaz de activos robados* (las “Directrices de Lausana”).

Las 10 Directrices de Lausana proporcionan una guía paso a paso y una lista de verificación de los elementos que se deben tener en cuenta al preparar y gestionar un caso de recuperación de activos. Se centran en el establecimiento y el uso de contactos; en el desarrollo de una estrategia de comunicación que permita debatir los requisitos jurídicos, el calendario y los requisitos de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, y, en consecuencia, en la formulación de una estrategia de caso que tenga en cuenta la inmovilización de activos, las investigaciones y el inicio de investigaciones paralelas.

a. Las Directrices de Lausana son pertinentes para otros usuarios además de los profesionales intervinientes, como los responsables de la formulación de políticas y los legisladores. Las directrices completas pueden consultarse en el documento *Directrices para la recuperación eficaz de activos robados*, que puede descargarse del sitio web del Instituto de Basilea sobre Gobernanza: <https://guidelines.assetrecovery.org/guidelines>. Además, en el apéndice K se ofrece una visión general de las directrices.

2.5 Establecimiento de un equipo, unidad o grupo de trabajo y realización de investigaciones conjuntas con autoridades extranjeras

Es probable que el equipo o unidad multidisciplinar que se conforme esté integrado por individuos diversos, entre los que figuren investigadores financieros y expertos en análisis financiero, contadores forenses, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, fiscales y administradores de activos. Los expertos pueden proceder del sector privado o ser enviados por otros organismos, como autoridades reguladoras, UIF, autoridades fiscales, organismos de auditoría u órganos de inspección. Cuando se decida llevar a cabo una investigación conjunta con otra jurisdicción, el equipo deberá incluir miembros que conozcan perfectamente sus mecanismos nacionales de asistencia judicial recíproca y los marcos de cooperación internacional. En la medida de lo posible,

los miembros del equipo también deben hablar los idiomas correspondientes para interactuar mejor con sus homólogos extranjeros.

2.5.1 Equipos de investigación y de fiscalía y unidades especializadas en confiscaciones

Además, los fiscales deben tener los conocimientos especializados y la experiencia financiera que les permitan presentar eficazmente sus casos ante los tribunales. Para evitar conflictos de intereses, garantizar investigaciones independientes y asegurar la credibilidad del proceso, en los casos en los que estén implicados funcionarios de alto rango se pueden nombrar fiscales especiales.

Por lo general, el encargado de dirigir la investigación o seguir las investigaciones que llevan a cabo los jueces de instrucción o los organismos encargados de hacer cumplir la ley será un fiscal de alto rango, quien será el responsable último de presentar el caso ante el tribunal. El fiscal principal debe asegurarse de que los organismos de cumplimiento de la ley recolecten las pruebas necesarias para demostrar los delitos y obtener medidas provisionales y una orden de confiscación¹⁴. Además, el fiscal actúa como interlocutor entre los jueces y los investigadores cuando los agentes de la ley necesitan autorización judicial para utilizar herramientas especiales de investigación como escuchas telefónicas, allanamientos, detenciones y acuerdos de cooperación.

A los efectos de una confiscación, las entidades que principalmente suelen tener la responsabilidad y la capacidad de recolectar y presentar pruebas relativas a los delitos específicos implicados en estos casos son los organismos de la fiscalía o los encargados de la aplicación de la ley. En la medida de lo posible, también será conveniente crear unidades especializadas de confiscación, investigación y enjuiciamiento para apoyar a los equipos de investigación primaria. De acuerdo con las experiencias pasadas, pueden surgir dificultades cuando los agentes de la ley y los fiscales son responsables tanto de probar el delito específico como de procurar la confiscación. En algunas jurisdicciones, por ejemplo, es posible que no se asignen fiscales penales hasta que la investigación esté prácticamente terminada, es decir, demasiado tarde a los efectos de la confiscación de activos. Además, los investigadores penales y los fiscales suelen tener asignada una gran cantidad de casos, por lo que tienden a dar prioridad a la obtención de una condena penal y no necesariamente a la confiscación. En este contexto, son de suma importancia el congelamiento y la incautación de activos en las primeras etapas del proceso.

Con la creación de unidades de confiscación especializadas, los investigadores y fiscales desarrollan las habilidades específicas necesarias para presentar pruebas de manera eficaz de cara a la aplicación de las leyes de confiscación. Los procedimientos de recuperación o confiscación de activos entrañan una labor de investigación más exhaustiva que la requerida para probar delitos penales, por lo que debería considerarse como buena práctica la aplicación de un enfoque independiente y objetivo. Los investigadores especializados en confiscaciones, gracias al conjunto de sus habilidades,

¹⁴ En algunas jurisdicciones de derecho civil, los jueces de instrucción pueden dirigir las investigaciones desde el inicio de los casos hasta su resolución final, aunque los fiscales pueden apelar sus decisiones.

también irán más allá que los investigadores penales en la identificación y el rastreo de activos para su confiscación, y estarán mejor posicionados cuando lleven a cabo investigaciones internacionales para hacer un seguimiento de los activos que han cambiado de jurisdicción. Si se adopta este enfoque, los profesionales especializados en confiscación deben trabajar estrechamente con sus homólogos que promueven el proceso por lo penal. No hacerlo puede tener consecuencias negativas para la causa penal, al privar a los investigadores y a los fiscales de información financiera o de pruebas que pueden ser clave para demostrar los hechos, lo que a su vez es probable que incida negativamente en los esfuerzos de confiscación.

El equipo podría ubicarse en el seno de a) órganos de lucha contra la corrupción con autoridad para investigar, procesar o ambas cosas, o b) organismos ordinarios de procesamiento o encargados de la aplicación de la ley. Independientemente de dónde se ubique el equipo, lo fundamental será que los investigadores y fiscales estén facultados por ley para investigar y procesar los delitos, así como para solicitar la incautación de los respectivos productos e instrumentos¹⁵.

2.5.2 Grupos de trabajo conjuntos

Un equipo especializado en confiscaciones puede ampliarse a un grupo de trabajo conjunto formado por miembros de varios organismos, aunque las autoridades también pueden considerar la posibilidad de formar este tipo de grupo desde el principio, en función de las jurisdicciones implicadas y de la complejidad y magnitud del caso. Un grupo de trabajo conjunto podría estar integrado por representantes de varios organismos, autoridades de aplicación de la ley y, si lo permite la legislación, entidades del sector privado que tengan interés en el enjuiciamiento o la recuperación de activos. Este grupo de trabajo facilita el intercambio de información y conocimientos especializados, y contribuye a los análisis y las revisiones de los avances más recientes en el caso.

Es importante aclarar las respectivas funciones de los miembros del equipo y de otras autoridades de aplicación de la ley para evitar confusiones o rivalidades entre los organismos. También es clave garantizar que se reconozcan debidamente los aportes de todos los organismos, lo que con frecuencia puede facilitarse mediante comunicados de prensa conjuntos y acuerdos de financiamiento.

Un grupo de trabajo conjunto puede incluir, además de organismos encargados de hacer cumplir la ley y fiscales, representantes de otros sectores para que contribuyan desde sus respectivos campos en los siguientes departamentos¹⁶:

- Tributación.
- Administración de Aduanas.
- Justicia.

¹⁵ Por lo general, las jurisdicciones extranjeras se negarán a conceder la asistencia judicial recíproca para investigaciones o procesos dirigidos por organismos no judiciales o no autorizados por la ley.

¹⁶ Véase el capítulo 3 para conocer las funciones específicas de estos organismos. La información que puede obtenerse de los organismos pertinentes se detalla en la sección 3.4.2 del capítulo 3.

- Relaciones exteriores.
- Tesorería.
- Inmigración.
- Unidades de inteligencia financiera.
- Autoridades reguladoras.
- Autoridades centrales¹⁷.
- Autoridades de gestión de activos.

En el recuadro 2.6 se ofrece un ejemplo sobre la creación de una comisión para rastrear los bienes pertenecientes a miembros del régimen del expresidente tunecino Ben Ali.

RECUADRO 2.6

Túnez: Creación de órganos de coordinación e investigación para la causa contra Ben Ali y su familia

Tras la caída y huida del presidente tunecino Ben Ali en 2011, las nuevas autoridades determinaron que él y sus asociados debían ser investigados por corrupción. El Gobierno provisional inició investigaciones sobre malversación de fondos públicos, lavado de dinero, abuso de poder y cohecho.

Para facilitar la investigación, el intercambio de información a nivel nacional y las actuaciones judiciales, el Gobierno creó un comité nacional para coordinar la evolución de los distintos casos en el extranjero. El comité estaba formado por funcionarios de los ministerios de Justicia, Finanzas y Relaciones Exteriores; del Banco Central de Túnez; de la UIF del país, la Comisión Tunecina de Análisis Financiero, y de la Administración de Aduanas^a. Además, el ministro de Justicia creó por separado una unidad de enjuiciamiento específica en el tribunal tunecino, especializada en delitos financieros.

El comité nacional desempeñó un papel decisivo en la coordinación de varias causas relacionadas con activos procedentes de la corrupción en poder de demandados en España, Francia, Italia, Líbano y Suiza. Facilitó el intercambio regular de información entre la UIF y los fiscales, así como la participación de los organismos pertinentes. También se encargó de la coordinación de las investigaciones penales y de la representación de Túnez como parte civil en los procedimientos penales que se interpusieron en Francia y Suiza.

a. Véase el "Decreto Ley 2011-15, de 26 de marzo de 2011, sobre la creación de un comité nacional para la recuperación de los bienes mal habidos existentes en el extranjero", <https://legislation-securite.tn/fr/node/43750>.

Otro ejemplo de éxito de un grupo de trabajo de ámbito nacional creado para una investigación extensa y un caso de recuperación de activos que afectó a muchas jurisdicciones es el caso de 1Malaysia Development Berhad (1MDB), descrito en el recuadro 2.7.

Por último, el sector privado podría contribuir significativamente en los casos en que se prevean dificultades al ejecutar una orden de confiscación. Este sector posee conocimientos y recursos que podrían aportar eficiencia a la gestión de casos complicados

¹⁷ El concepto de "autoridades centrales" se describe en el capítulo 8, recuadro 8.4.

Antecedentes: El caso comúnmente conocido como “1MDB” consistió en una conspiración internacional para el lavado de activos apropiados indebidamente de 1Malaysia Development Berhad (1MDB), un fondo de inversión estatal de propiedad exclusiva del Gobierno de Malasia que había sido creado para promover el desarrollo económico^a. En vez de eso, ciertos funcionarios y asociados de 1MDB presuntamente desviaron unos USD 4500 millones en fondos mediante complejas transacciones y sociedades fantasma fraudulentas utilizando cuentas bancarias en Estados Unidos, Luxemburgo, Singapur y Suiza^b.

Grupo de trabajo nacional: En Malasia se formó un grupo de trabajo de alto nivel para facilitar la interacción nacional y la coordinación internacional en el caso 1MDB. El grupo incluía al procurador general, al inspector general de la Real Policía de Malasia, al comisario en jefe de la Comisión Anticorrupción de Malasia y al gobernador de Bank Negara Malaysia (el banco central nacional).

Coordinación internacional: Las autoridades malasias establecieron estrechos mecanismos de coordinación con autoridades de Estados Unidos, Singapur y Suiza, así como con otros países que emprendieron investigaciones en sus respectivas jurisdicciones (Francia, Indonesia y Luxemburgo). Todas estas naciones cooperaron en el rastreo, la coordinación y el intercambio de información para facilitar la identificación y la repatriación transfronterizas de activos.

Los elementos esenciales y las ventajas de los mecanismos de cooperación utilizados en este caso son los siguientes:

- *Mecanismos de coordinación multilateral.* Para facilitar la recolección de información y hechos, se intercambió información mediante solicitudes de asistencia judicial recíproca o del Grupo Egmont de UIF.
- *Elusión de obstáculos jurídicos.* La cooperación eficaz y oportuna contribuyó a que las jurisdicciones participantes comprendiesen los requisitos jurídicos de otras jurisdicciones extranjeras.
- *Máxima utilización de los recursos.* La gestión eficaz de los recursos evitó duplicidades en las investigaciones, ya que los países compartieron los detalles y objetivos de sus actuaciones, como los testigos y los asuntos que se trataban.

Resultados del caso y recuperación de activos: El Tribunal Superior de Kuala Lumpur declaró culpable al ex primer ministro Najib Razak, lo condenó a 12 años de prisión y le impuso una multa de aproximadamente USD 49,4 millones^c. Hubo apelaciones tanto del fallo condenatorio como de la multa.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.7

Malasia: Coordinación nacional e internacional en la investigación del caso 1MDB (continuación)

Los principales resultados inmediatos y finales del grupo de trabajo internacional fueron los siguientes:

- Las autoridades de Singapur debían repatriar inmediatamente USD 15,3 millones a Malasia en el plazo de un año desde el inicio de la investigación.
- El yate *Equanimity*, incautado por las autoridades indonesias frente a la isla de Bali, fue entregado a las autoridades malasias. Malasia vendió después el superyate de lujo por USD 126 millones^d. Un tribunal estadounidense también permitió la venta de un avión privado inmovilizado en Singapur^e.
- El Gobierno de Estados Unidos devolvió USD 57,04 millones a Malasia tras el acuerdo alcanzado por el Departamento de Justicia estadounidense con la productora cinematográfica de Hollywood Red Granite Pictures. Aunque Malasia retiró los cargos contra el cofundador de Red Granite Pictures, productor de la película *El lobo de Wall Street*, de quien se alegaba que había recibido USD 250 millones del fondo 1MDB, en el acuerdo judicial se estableció que debía devolver activos por valor de USD 107 millones^f.
- En Estados Unidos, el Departamento de Justicia resolvió una de sus causas de decomiso civil para capturar activos por un valor estimado de USD 49 millones. Entre ellos figuraba el producto procedente de la venta de inmuebles de lujo en Beverly Hills y de un *penthouse* de lujo en Nueva York, ambos presuntamente adquiridos con dinero procedente de activos apropiados indebidamente de 1MDB^g. Este decomiso de activos se suma al anterior, por valor de USD 1000 millones, realizado por Estados Unidos.
- En mayo de 2020, la investigación estadounidense había conducido a la devolución de más de USD 1000 millones a Malasia^h.
- En julio de 2020, Goldman Sachs alcanzó un acuerdo de USD 3900 millones con el Gobierno de Malasiaⁱ. En octubre de 2020, Goldman Sachs acordó pagar más de USD 2900 millones como parte de una resolución coordinada con las autoridades penales y civiles de Estados Unidos, Malasia, la Región Administrativa Especial de Hong Kong (República Popular China), el Reino Unido, Singapur y otros países, lo que incluía una declaración de culpabilidad penal por parte de su filial en Malasiaⁱ.

En su comunicado, el Departamento de Justicia expresó su “agradecimiento por la importante ayuda prestada” por autoridades de todo el mundo, entre las que figuraban la Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido, la Oficina del Procurador General de Singapur, la Oficina Federal de Justicia de Suiza, la Autoridad de Investigación Judicial del Gran Ducado de Luxemburgo, la Oficina del Procurador General de Malasia, la Real Policía de Malasia y la Comisión Anticorrupción de Malasia. También agradeció la ayuda prestada por las autoridades de Francia y Guernsey^k.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.7

Malasia: Coordinación nacional e internacional en la investigación del caso 1MDB (*continuación*)

- a. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *United States Seeks to Recover More than \$1 Billion Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos busca recuperar más de USD 1000 millones obtenidos de la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa, 20 de julio de 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-seeks-recover-more-1-billion-obtained-corruption-involving-malaysian-sovereign>, y Departamento de Justicia de Estados Unidos (2017), *U.S. Seeks to Recover Approximately \$540 Million Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos busca recuperar aproximadamente USD 540 millones obtenidos de la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa, 15 de junio de 2017, <https://www.justice.gov/opa/pr/us-seeks-recover-approximately-540-million-obtained-corruption-involving-malaysian-sovereign>.
- b. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *U.S. Seeks to Recover Approximately \$540 Million Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund*, 15 de junio de 2017.
- c. Shivanjali Shukla (2020), "Former Malaysia PM Sentenced to 12 Years in Prison for 1MDB Scandal" (Ex primer ministro de Malasia condenado a 12 años de prisión por el escándalo de 1MDB), *JURIST*, 30 de julio de 2020, <https://www.jurist.org/news/2020/07/former-malaysia-pm-sentenced-to-12-years-in-prison-for-1mdb-scandal/>.
- d. Rupert Neate (2019), "Malaysia Sells Luxury Superyacht Seized in 1MDB Scandal for £95m" (Malasia vende el superyate de lujo incautado en el escándalo de 1MDB por GBP 95 millones), *The Guardian*, 3 de abril de 2019 (consultado el 23 de julio de 2020), <https://www.theguardian.com/world/2019/apr/03/malaysia-sell-luxury-superyacht-seized-in-1mdb-scandal-for-95m>.
- e. Reuters (2018), "Malaysian Financier's Private Jet Linked to 1MDB Scandal to Be Sold" (Se vende avión privado del financiero malasio vinculado al escándalo de 1MDB), Reuters, 1 de noviembre de 2018 (consultado el 23 de julio de 2020), <https://www.reuters.com/article/us-malaysia-politics-1mdb-jet/malaysian-financiers-private-jet-linked-to-1mdb-scandal-to-be-sold-idUSKCN1N63LS>.
- f. Christopher Copper-Ind (2020), "Malaysia Drops 1MDB Money-Laundering Case and Recovers \$107m" (Malasia abandona la causa de lavado de dinero de 1MDB y recupera USD 107 millones), *International Investment*, 15 de mayo de 2020 (consultado el 25 de junio de 2020), <https://www.internationalinvestment.net/news/4015242/malaysia-drops-1mdb-money-laundering-case-recovers-usd107m>.
- g. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *United States Reaches Settlement to Recover More than \$49 Million Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos llega a un acuerdo para recuperar más de USD 49 millones en relación con el fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa, 6 de mayo de 2020 (consultado el 10 de julio de 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-reaches-settlement-recover-more-49-million-involving-malaysian-sovereign-wealth#:~:text=The%20Department%20of%20Justice%20has,financial%20institutions%20in%20several%20jurisdictions%2C>.
- h. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *United States Reaches Settlement to Recover More than \$49 Million Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund*, comunicado de prensa, 6 de mayo de 2020.
- i. Rozanna Latiff, Joseph Sipalan y Elizabeth Dilts Marshall (2020), "Goldman to Pay Malaysia \$3.9 Billion over 1MDB Scandal, U.S. Settlement" (Goldman pagará a Malasia USD 3900 millones por el escándalo de 1MDB, Acuerdo con Estados Unidos), Reuters, 24 de julio de 2020, <https://www.reuters.com/article/us-malaysia-politics-1mdb-goldmansachs/goldman-to-pay-malaysia-3-9-billion-over-1mdb-scandal-u-s-settlement-seen-close-idUSKCN24P14L>.
- j. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *Goldman Sachs Resolves Foreign Bribery Case and Agrees to Pay Over \$2.9 Billion* (Goldman Sachs resuelve un caso de soborno en el extranjero y acuerda pagar más de USD 2900 millones), 22 de octubre de 2020, <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/goldman-sachs-resolves-foreign-bribery-case-and-agrees-pay-over-29-billion>.
- k. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Goldman Sachs Resolves Foreign Bribery Case and Agrees to Pay Over \$2.9 Billion*, 22 de octubre de 2020.

(Home Affairs Committee [Comité de Asuntos del Interior], 2016, págs. 19 y 20). Por consiguiente, la colaboración de los organismos públicos con el ámbito privado, especialmente en el contexto de procedimientos relacionados con recursos civiles, podría permitir una recuperación más eficaz de los activos de origen delictivo¹⁸. El Comité Selecto de Asuntos del Interior del Reino Unido ha recomendado la creación de un mercado para la ejecución y el cobro privados de las órdenes de confiscación impagas, en el que los participantes recibirán una parte de lo recaudado.

2.5.3 Investigaciones conjuntas con autoridades extranjeras

En investigaciones complejas que requieran una intervención coordinada con otras jurisdicciones, debe considerarse la posibilidad de realizar una investigación conjunta o de constituir un grupo de trabajo del organismo encargado del caso en el que

¹⁸ Véase también la sección 4.2.5 del capítulo 4, sobre las ventajas de colaborar con el sector privado en el caso de las monedas virtuales.

participen autoridades extranjeras¹⁹. Cuando se las autoriza, las investigaciones conjuntas evitan la duplicación de esfuerzos y pueden facilitar la cooperación, el intercambio de información y la formulación de una estrategia común (como el procesamiento de una causa en una o varias jurisdicciones). También sirven para evitar algunos de los riesgos que se presentan al formular una solicitud de asistencia judicial recíproca (como alertar a las personas investigadas y perder tiempo con recursos posteriores), porque los profesionales intervinientes trabajan orientados hacia un propósito común.

Cuando hay litigios en curso en varios foros jurisdiccionales, una investigación conjunta (así como las conferencias especializadas sobre el caso) puede garantizar que los distintos litigantes estén informados de lo que ocurre en las demás jurisdicciones. En las jurisdicciones con capacidad limitada y un marco jurídico débil en cuanto a medidas provisionales y confiscación, una investigación conjunta puede facilitar el intercambio de conocimientos entre sus miembros o permitir el seguimiento del asunto en la jurisdicción con un marco jurídico más eficiente. En Europa, Eurojust ha establecido la posibilidad de organizar equipos conjuntos de investigación²⁰.

No obstante, dado que las investigaciones conjuntas pueden ser difíciles de coordinar, los profesionales intervinientes tendrán que considerar si se dan las condiciones para una investigación conjunta exitosa. En este sentido, deben verificar la existencia de marcos jurídicos adecuados que permitan a las autoridades competentes llevar a cabo, en ausencia de una solicitud de asistencia judicial recíproca, investigaciones conjuntas, la recolección de pruebas por parte de profesionales extranjeros en la jurisdicción anfitriona y el intercambio directo de información. Las leyes que prevén la jurisdicción extraterritorial pueden ser útiles porque se requiere que cada autoridad participante tenga competencia sobre un delito.

Por otra parte, los medios informales de cooperación —como los memorandos de entendimiento entre las UIF y el intercambio de información entre ellas a través del mecanismo del Grupo Egmont— son otras vías que deben tenerse en cuenta, dado que pueden permitir que la investigación avance de manera más acelerada y eficiente. Los profesionales intervinientes también deben confirmar que disponen de recursos suficientes, una formación adecuada y adaptada a las circunstancias del caso si fuera necesario, medidas de seguridad para la información operativa y un entorno de confianza y compromiso. Por último, las partes tendrán que acordar un propósito común, la duración del proyecto, la distribución de los costos y los procedimientos, así como el uso de la información recolectada. Dichos acuerdos pueden recogerse en un memorando de entendimiento.

¹⁹ Véanse la UNCAC, artículo 49, y la UNTOC, artículo 19, sobre el establecimiento de órganos conjuntos de investigación a partir de acuerdos, arreglos o convenios bilaterales o multilaterales en función de cada caso.

²⁰ Eurojust es la Agencia de la Unión Europea (UE) para la Cooperación Judicial Penal, creada para estimular la coordinación y cooperación entre las autoridades investigadoras y judiciales competentes de los Estados miembros, en particular en relación con casos graves de delincuencia organizada que afecten a dos o más Estados miembros de la UE. Tiene su sede en La Haya (Países Bajos). Para obtener más información sobre los equipos conjuntos de investigación, véase la sección “JIT” del sitio web de Eurojust: <http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/JITs/Pages/JITs-sitemap.aspx>.

2.6 Contacto con homólogos extranjeros y evaluación de la capacidad de acceder a la cooperación internacional

2.6.1 Canales de conexión y asistencia internacional

El establecimiento, en las primeras fases del caso, de un enlace, aunque sea informal, con investigadores, fiscales o jueces de instrucción extranjeros puede ayudar a los profesionales a evaluar las posibles dificultades, elaborar una estrategia, obtener información preliminar y asistencia informal²¹, confirmar los requisitos para la asistencia judicial recíproca y generar un clima de buena voluntad en el proceso de cooperación internacional. Pueden explorarse los posibles canales de asistencia administrativa, por ejemplo, entre las UIF y las autoridades de la administración fiscal y aduanera. Establecer contactos con los agregados de las fuerzas de aplicación de la ley o con los magistrados de enlace destinados en las embajadas es una buena manera de garantizar las relaciones con las autoridades de jurisdicciones extranjeras. En los casos de mayor importancia, las reuniones presenciales con los homólogos han resultado muy útiles para el éxito de la cooperación internacional. El contacto directo contribuye a demostrar que existe voluntad política y facilita el debate sobre los obstáculos, las estrategias y la ayuda necesaria.

Algunas autoridades han optado por organizar conferencias especializadas sobre el caso en cuestión o talleres en los que participan representantes de cada una de las autoridades extranjeras que tienen un posible interés. El Foro Mundial para la Recuperación de Activos (GFAR), celebrado en 2017 por el Reino Unido y Estados Unidos y organizado por la Iniciativa StAR, sirvió también de foro para debatir casos relacionados con Nigeria, Sri Lanka, Túnez y Ucrania. Para facilitar la labor de los investigadores y fiscales interesados en la identificación y el rastreo de activos, este foro les brindó acceso a los centros financieros²².

Este enfoque es especialmente eficaz en los casos que implican a varias jurisdicciones o cuando los recursos limitan los viajes al extranjero. En este contexto, la Interpol es una organización internacional clave. Aunque principalmente facilita la interacción entre policías, en sus análisis de determinados casos también puede invitar a fiscales y jueces de instrucción. En la sección 8.3 del capítulo 8, se describen en más detalle el proceso de cooperación internacional y los posibles contactos. Un ejemplo de mecanismo de coordinación con homólogos internacionales es el que se estableció en el caso 1MDB en Malasia (recuadro 2.7).

²¹ La asistencia informal suele consistir en asistencia oficial que se presta fuera del contexto de una solicitud formal de asistencia judicial recíproca. En algunas jurisdicciones se considera que la asistencia informal es “formal” porque el concepto está autorizado en la legislación sobre asistencia judicial recíproca e involucra a autoridades, organismos o administraciones formales. Véase el capítulo 8 para una información más detallada.

²² Para obtener más información, véase la sección del GFAR en el sitio web de la Iniciativa StAR: <https://star.worldbank.org/case-study/global-forum-asset-recovery-gfar>.

2.6.2 Enfrentar los desafíos y evaluar las condiciones para la cooperación

Las diferencias en las tradiciones jurídicas (derecho anglosajón frente a derecho civil) y en los sistemas de confiscación (basados en el valor o fundamentados en la propiedad) plantean desafíos y generan frustraciones a la hora de cooperar con jurisdicciones extranjeras. Los profesionales intervinientes pueden encontrar diferencias en la terminología, los procedimientos, las cargas probatorias y el tiempo necesario para obtener asistencia. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones de derecho civil se pueden congelar activos con mayor facilidad gracias a que los fiscales o jueces de instrucción están facultados para ello y pueden adoptar medidas rápidas. En cambio, en determinadas jurisdicciones de derecho anglosajón, estas medidas implican una solicitud judicial previa. Los sistemas de confiscación basados en el valor suelen requerir pruebas de que los activos están vinculados a la persona que ha sido acusada o condenada por un delito, mientras que los sistemas de confiscación basada en la propiedad exigen pruebas de la conexión entre los activos y el delito.

El uso de una terminología incorrecta o el incumplimiento de los requisitos probatorios necesarios pueden dar lugar a confusiones, retrasos o incluso a la denegación de la asistencia. Aunque en este manual se intentan destacar algunas de esas diferencias, es conveniente que el profesional mantenga un contacto personal continuo para cerciorarse de que está al corriente de todos y cada uno de los aspectos de otros sistemas, de modo de garantizar que se aplica el curso de acción adecuado.

Las autoridades responsables de la recuperación de activos a nivel internacional deben verificar lo antes posible si en las jurisdicciones extranjeras se cumplen las condiciones necesarias para obtener asistencia informal (en particular de las UIF y de sus homólogos de los sectores tributario y aduanero) y asistencia judicial recíproca formal. También deben verificar si existen obstáculos de carácter práctico o jurídico al obtener esa asistencia.

Un posible obstáculo de carácter jurídico para la asistencia judicial recíproca es el cumplimiento del principio de doble incriminación, es decir, que la conducta en la que se basa la solicitud de asistencia esté tipificada como delito tanto en la jurisdicción requirente como en la requerida. Dado que en general se acepta que la doble incriminación debe revisarse sobre la base de la conducta, no de la terminología, este requisito puede cumplirse aportando hechos o pruebas que respalden delitos aceptables para la jurisdicción requerida. Por ejemplo, si en la jurisdicción a la que se remite el requerimiento no están tipificados como delitos sancionables el “enriquecimiento ilícito” o el “patrimonio no justificado”²³, los profesionales intervinientes tendrán que aportar hechos que justifiquen un delito que esté tipificado en esa jurisdicción, como el lavado de dinero.

En el recuadro 2.8 se exponen los tipos de problemas que pueden surgir al intentar obtener cooperación internacional, cuestiones que se analizan en mayor detalle en los capítulos 8 y 9. Si resulta evidente que no se pueden conceder solicitudes de asistencia

²³ UNCAC, art. 20.

judicial recíproca para la ejecución de medidas provisionales y órdenes de confiscación nacionales, será necesario considerar vías alternativas lo antes posible. Para recuperar activos robados, o para proporcionar material sobre un caso para sustentar un proceso en una jurisdicción extranjera, cabe la posibilidad de recurrir a la confiscación sin condena o a acciones de derecho civil (por ejemplo, los procedimientos formales de insolvencia).

RECUADRO 2.8

Obstáculos a la cooperación internacional en la recuperación de activos

Los siguientes obstáculos pueden comprometer los esfuerzos orientados a la cooperación internacional (como se analiza más adelante, en los capítulos 8 y 9):

- Obstáculos jurídicos:
 - o leyes y procedimientos ineficaces en materia de cooperación internacional, ejecución de órdenes extranjeras y restitución de activos;
 - o ausencia de autoridad jurídica para cooperar informalmente;
 - o capacidad limitada para prestar asistencia antes de la presentación de cargos penales;
 - o plazos legales para las investigaciones y los procesos en la jurisdicción requirente que no dejan tiempo suficiente para el proceso de asistencia judicial recíproca;
 - o leyes que obligan a informar al titular de los activos sobre el interés de una jurisdicción extranjera.
- Necesidad de cumplir el requisito de doble incriminación y de ofrecer las garantías necesarias (como la reciprocidad, los límites en el uso de la información o el pago de costos o daños y perjuicios).
- Denegaciones por motivos de intereses esenciales, naturaleza de la sanción, procedimientos en curso en la jurisdicción requerida, falta de garantías procesales en el Estado requirente y delitos específicos (como la evasión fiscal).
- Duración del proceso (retrasos) debido a formalidades, tiempos de tramitación y apelaciones.
- Requisitos probatorios demasiado difíciles de cumplir (por ejemplo, que una solicitud se considere como “operación de tanteo del terreno” porque es demasiado genérica y carece de detalles suficientes para identificar la cuenta bancaria en cuestión).
- Diferencias en los sistemas de confiscación (basados en el valor o en la propiedad) que pueden dar lugar a problemas que dificulten su ejecución.

2.7 Obtener el apoyo y los recursos adecuados

Una condición necesaria para la recuperación de activos es la voluntad política, es decir, la intención demostrada y creíble de los actores políticos, los funcionarios y los mecanismos del Estado de combatir la corrupción y recuperar los activos. Sin la voluntad política y el apoyo de los dirigentes de los Gobiernos, las interferencias políticas y la falta de recursos pueden convertirse en grandes obstáculos para el avance de un caso²⁴.

En consecuencia, los profesionales tendrán que identificar aliados y conseguir apoyo para el caso, tanto a nivel político como entre los distintos organismos²⁵. Un firme apoyo público —que puede generarse con la ayuda de los medios de comunicación (especialmente, los periodistas de investigación) y organizaciones no gubernamentales (ONG)— puede contribuir a generar o mantener la voluntad política de alto nivel. La presentación de informes de situación periódicos a altos funcionarios políticos en los que se examinen las necesidades y los recursos puede ayudar a mejorar y mantener los compromisos. Tal como se ha mencionado anteriormente en este capítulo, el GFAR fue un gran ejemplo de interacción productiva entre los profesionales intervinientes, así como de apoyo de los responsables de la formulación de políticas. Al mismo tiempo, es importante que los profesionales eviten cualquier injerencia perjudicial, en particular si los presuntos delincuentes son aliados políticos o amigos personales de autoridades gubernamentales.

Además de conseguir el apoyo político y público, debe garantizarse un financiamiento adecuado para cada etapa del proceso de recuperación de activos, preferentemente a través de la legislación. Las investigaciones de recuperación de activos pueden ser abrumadoras para una jurisdicción de ingreso bajo o mediano, ya que requieren un equipo de profesionales con experiencia y capacidad para analizar registros bancarios, rastrear e inmovilizar fondos en jurisdicciones extranjeras, redactar solicitudes adecuadas de asistencia judicial recíproca y, finalmente, obtener una orden firme de confiscación.

Si las autoridades están interesadas en llevar a cabo una investigación y un proceso de enjuiciamiento a nivel nacional, las jurisdicciones extranjeras pueden estar dispuestas a aportar personal (por ejemplo, un mentor), financiamiento o formación para los investigadores y fiscales. En casos civiles, algunas jurisdicciones han ayudado a financiar

²⁴ Para un análisis de cómo la falta de voluntad política puede impedir la recuperación de activos, véase Stephenson y otros (2011), https://star.worldbank.org/sites/default/files/barriers_spanish_final_0.pdf.

²⁵ La falta de voluntad política quedó de manifiesto en el caso de corrupción y malversación de fondos contra el expresidente congoleño (posteriormente zaireño) Mobutu Sese Seko. A pesar de que las autoridades suizas congelaron USD 5,5 millones de los activos del expresidente (solo una pequeña parte de los USD 4000 millones o más que se calcula que tenía en el país), que nombraron una persona de enlace para el asunto y que propusieron a un abogado para que representara a la República Democrática del Congo, el Gobierno no actuó hasta que prescribieron los presuntos delitos cometidos por Mobutu. En consecuencia, los fondos fueron entregados a sus herederos en 2009 (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, págs. 16 y 17), https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.

acciones civiles privadas contra funcionarios corruptos de jurisdicciones con poca capacidad que se habían apropiado indebidamente de activos, mientras que algunos bufetes de abogados privados se han encargado de casos de manera gratuita o con honorarios únicamente destinados a contingencias.

A falta de apoyo político o de recursos adecuados para emprender una investigación a nivel nacional y recuperar activos mediante la confiscación o una acción civil, las autoridades pueden proporcionar material sobre el caso y pruebas a las autoridades extranjeras (que asumen la competencia) para contribuir a la buena marcha de sus procedimientos.

Los países pueden establecer mecanismos para asignar recursos a los organismos encargados de hacer cumplir la ley que participan en la recuperación de activos a través de planes de incentivación. Por ejemplo, el producto del delito recuperado puede repartirse entre los organismos estatales y los de investigación o procesamiento pertinentes o los tribunales. En el Reino Unido, los activos recuperados al amparo de la Ley sobre los Productos del Delito (POCA), de 2002, se distribuyen entre los organismos operativos encargados de la aplicación de la ley en virtud del Plan de Incentivos para la Recuperación de Activos (ARIS), establecido en 2006 y conforme al cual los activos recuperados se reparten entre los organismos operativos y el Ministerio del Interior. Los organismos de aplicación de la ley utilizan los activos recuperados para el financiamiento de esfuerzos similares con futuros activos²⁶. Desde el ejercicio 2011-12, se han utilizado GBP 307 millones en fondos del ARIS devueltos a organismos operativos para tales fines, lo que equivale al 88 % del gasto reportado del ARIS²⁷. Sin embargo, se han formulado algunas críticas contra estos métodos, al considerarlos “prácticas policiales con fines de lucro”, dado que el ARIS también recompensa a quienes no han tomado parte en la recuperación de activos (Home Affairs Committee [Comité de Asuntos del Interior], 2016, pág. 18)²⁸.

Por otra parte, el producto del delito también puede utilizarse para financiar iniciativas, actividades y programas comunitarios dirigidos a los afectados. Un ejemplo de ello es el programa *Cashback for Communities* de Escocia, que invierte el dinero incautado a los delincuentes en iniciativas para la juventud. Desde 2008, el programa ha financiado aproximadamente 2 millones de actividades y oportunidades para los jóvenes y se centra, sobre todo, en hacer frente a las desigualdades de los más desfavorecidos (Home Affairs Committee [Comité de Asuntos del Interior], 2016, pág. 18; Scottish Government [Gobierno de Escocia], 2017).

²⁶ Ministerio del Interior, “Boletín estadístico de recuperación de activos, 2011/12 a 2016/17”, *Boletín estadístico 15/17*, septiembre de 2017, pág. 9.

²⁷ Ministerio del Interior, “Boletín estadístico de recuperación de activos”, pág. 3.

²⁸ Por ello, el Comité de Asuntos del Interior recomendó la devolución o donación de al menos el 10 % de los activos de origen delictivo a las comunidades afectadas (Home Affairs Committee [Comité de Asuntos del Interior], 2016, págs. 18 y 19).

2.8 Cómo abordar problemas y obstáculos jurídicos

En las primeras fases de un caso de recuperación de activos, los profesionales intervinientes deben evaluar los posibles problemas y obstáculos jurídicos y considerar las opciones para abordarlos. Entre estas dificultades figuran cuestiones de competencia, la inmunidad de la que gozan funcionarios sospechosos, los plazos de prescripción, las disposiciones sobre restitución y los estándares de prueba aplicables.

Los profesionales deben tener en cuenta que hay otros sistemas jurídicos además de los de derecho civil y de derecho anglosajón, como, por ejemplo, los sistemas de derecho consuetudinario, los sistemas de derecho mixto y los sistemas de derecho religioso. Por consiguiente, los marcos jurídicos, las prácticas y los mecanismos institucionales pueden variar de un país a otro y han de abordarse en consecuencia. Los conceptos que se exponen a continuación —con la intención de distinguir los países de derecho anglosajón de los de derecho civil— brindan a los profesionales una presentación simplificada de un sinnúmero de conceptos. Siendo conscientes de ello, los profesionales intervinientes habrán de tener siempre en cuenta la posibilidad de entablar una cooperación informal con sus homólogos extranjeros para tener conocimiento de estas cuestiones y determinar si van a generar dificultades que habrá que abordar o resolver.

2.8.1 Jurisdicción

La potestad jurisdiccional es la facultad práctica conferida a las autoridades legalmente establecidas para investigar, procesar, resolver y hacer cumplir cuestiones jurídicas²⁹. Antes de poner en marcha una acción, las autoridades deben comprobar que los tribunales sean competentes para conocer del asunto.

En los procedimientos penales, un país puede reclamar jurisdicción sobre los delitos cometidos por acusados nacionales o extranjeros en territorio nacional (jurisdicción territorial). Un país también puede reclamar jurisdicción para los delitos cometidos por sus propios ciudadanos o por entidades constituidas en un país extranjero (jurisdicción personal). En algunos países, la comisión de un solo elemento del delito en territorio nacional será suficiente para reclamar la competencia, incluso si otros elementos se cometieron en una jurisdicción extranjera, como, por ejemplo, en una situación en la que un acto de soborno se cometió en una jurisdicción extranjera, pero se procedió al lavado del dinero utilizando bancos o intermediarios nacionales. Algunas autoridades también pueden reclamar la competencia incluso si ciertos actos periféricos relacionados con el delito implican de alguna manera a su territorio.

²⁹ Véanse la UNCAC, artículo 42; la UNTOC, artículo 15, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, artículo 5, que obligan a los Estados parte a adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la convención respectiva.

Ante la falta de jurisdicción territorial y personal, los delitos solo pueden ser procesados por autoridades extranjeras³⁰. En el recuadro 2.9 se explica cómo las autoridades estadounidenses obtuvieron jurisdicción sobre Gulnara Karimova, sus asociados y las empresas que pagaban sobornos y que querían adquirir y mantener negocios en Uzbekistán.

RECUADRO 2.9

Uzbekistán: Jurisdicción de Estados Unidos sobre el caso de corrupción de Gulnara Karimova

Antecedentes: Gulnara Karimova, hija del expresidente de Uzbekistán, Islam Karimova, estuvo implicada en varios esquemas de corrupción por recibir sobornos de empresas de telecomunicaciones que cotizan en bolsa a cambio de su influencia sobre las autoridades uzbekas, lo que permitió a tales empresas operar y mantener sus negocios en el mercado del país^a. Según el Proyecto de Denuncia de la Corrupción y el Crimen Organizado (OCCRP), Karimova recibió sobornos y acciones de las empresas de telecomunicaciones por valor de más de USD 1000 millones. (En relación con el uso de sociedades fantasma propiedad de Karimova, véase también el capítulo 3, recuadro 3.2).

Estados Unidos pudo reclamar la jurisdicción para investigar a Karimova, sus asociados y las empresas que pagaron los sobornos porque el sistema financiero estadounidense se utilizó para muchas de las transacciones ilícitas^b. Las autoridades estadounidenses suscribieron varios acuerdos de resolución con los tres principales proveedores internacionales de telecomunicaciones implicados.

Resultados de los casos contra las empresas de telecomunicaciones: VimpelCom, una de las mayores empresas de telecomunicaciones del mundo y emisora de valores que cotizan en la bolsa de Estados Unidos, junto con su filial uzbeka, Unitel, admitió haber pagado más de USD 114 millones en sobornos a Karimova entre 2006 y 2012 para entrar en el mercado uzbeko y seguir operando en él^c. Según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, esos pagos se blanquearon mediante cuentas bancarias y activos en todo el mundo, incluidas cuentas en Nueva York. En 2016, Unitel se declaró culpable, mientras que VimpelCom firmó un convenio de enjuiciamiento diferido con el Departamento de Justicia y llegó a un acuerdo con la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos y la Fiscalía de los Países Bajos, por los que accedió a pagar un total combinado de aproximadamente USD 795 millones en sanciones penales y regulatorias de ambos países^d. (Véase también el capítulo 8, recuadro 8.2, sobre la exitosa colaboración en este caso entre fiscales y entes reguladores de 20 países).

Telia Company, empresa internacional de telecomunicaciones y anterior emisora de valores cotizados en Estados Unidos, junto con su filial uzbeka, Coscom, admitió haber pagado más de USD 331 millones en sobornos a Karimova a través de cuentas en Nueva York^e. En 2017, Coscom se declaró culpable, mientras que

(continúa en la página siguiente)

³⁰ Esto es así, por ejemplo, si un ciudadano extranjero se apropia indebidamente de activos de una filial extranjera de una empresa estatal y las actividades de lavado de dinero se realizan en jurisdicciones extranjeras.

RECUADRO 2.9

Uzbekistán: Jurisdicción de Estados Unidos sobre el caso de corrupción de Gulnara Karimova (continuación)

Telia firmó un convenio de enjuiciamiento diferido con el Departamento de Justicia y un acuerdo con la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos, la Fiscalía de los Países Bajos y la Autoridad Fiscal de Suecia, por los que acordó pagar un total combinado de aproximadamente USD 965 millones en sanciones penales y regulatorias^f.

Mobile Telesystems (MTS), la mayor empresa rusa de telecomunicaciones móviles y sociedad que cotiza en la bolsa de valores de Estados Unidos, junto con su filial uzbeka, Kolorit Dizayn Ink (“Kolorit”), admitió haber pagado aproximadamente USD 420 millones en sobornos a Karimova entre 2004 y 2012 a cambio de obtener valiosos activos de telecomunicaciones y realizar negocios en Uzbekistán^g. En 2019, Kolorit se declaró culpable, mientras que MTS celebró un convenio de enjuiciamiento diferido con el Departamento de Justicia y llegó a un acuerdo con la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos, por lo que accedió a pagar una cantidad total combinada de USD 850 millones en sanciones penales y regulatorias^h.

Enjuiciamiento penal de Karimova: En 2019 se presentaron contra Karimova en el Distrito Sur de Nueva York cargos formales de asociación con fines delictivos para el lavado de dinero. En concreto, fue acusada de haber aceptado más de USD 864 millones en sobornos de las tres empresas de telecomunicaciones que cotizan en bolsa y de proceder a su lavado a través del sistema financiero estadounidenseⁱ. En 2015, Karimova fue declarada culpable en Uzbekistán por malversación de fondos y extorsión, y condenada a cinco años de libertad condicional con arresto domiciliario^j. En 2017, fue declarada culpable de cargos de corrupción y condenada a cinco años de “libertad limitada”^k. En 2019, un tribunal ordenó que Karimova volviera a la cárcel por infringir las condiciones de su condena.

Resultados de la recuperación de activos: Hasta ahora, las investigaciones en Estados Unidos han dado lugar a más de USD 2600 millones en multas y restituciones a nivel mundial^l. En 2016, el Departamento de Justicia estadounidense también presentó dos demandas civiles en las que solicitaba el decomiso de un total de USD 850 millones en relación con fondos blanqueados o sobornos pagados por las citadas empresas de telecomunicaciones a Karimova, dinero que había sido depositado en cuentas bancarias en Bélgica, Irlanda, Luxemburgo y Suiza^m. Antes de ser depositados en las cuentas de esos países, los fondos ilícitos se transmitían a través de instituciones financieras estadounidenses, lo que otorgó jurisdicción a Estados Unidos. En septiembre de 2020, Suiza y Uzbekistán firmaron un acuerdo marco para la devolución de activos por valor de USD 131 millones (CHF 119 millones [119 millones de francos suizos]) a Uzbekistán. Los activos se utilizarán en beneficio del pueblo de Uzbekistánⁿ.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.9

Uzbekistán: Jurisdicción de Estados Unidos sobre el caso de corrupción de Gulnara Karimova (continuación)

- a. Miranda Patrusic (2015), "How the President's Daughter Controlled the Telecom Industry" (Cómo la hija del presidente controlaba el sector de las telecomunicaciones), OCCRP, 22 de marzo de 2015, <https://www.occrp.org/en/corruptistan/uzbekistan/gulnarakarimova/presidents-daughter-controlled-telecom-industry>; Departamento de Justicia de Estados Unidos (2019), *Mobile Telesystems Pjsc and Its Uzbek Subsidiary Enter into Resolutions of \$850 Million with the Department of Justice for Paying Bribes in Uzbekistan* (Mobile Telesystems Pjsc y su filial uzbeka firman acuerdos por USD 850 millones con el Departamento de Justicia por el pago de sobornos en Uzbekistán), comunicado de prensa, 7 de marzo de 2019, <https://www.justice.gov/opa/pr/mobile-telesystems-pjsc-and-its-uzbek-subsidiary-enter-resolutions-850-million-department>.
- b. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Mobile Telesystems Pjsc*, 7 de marzo de 2019.
- c. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *VimpelCom Limited and Unitel LLC Enter Into Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$795 Million; United States Seeks \$850 Million Forfeiture in Corrupt Proceeds of Bribery Scheme* (VimpelCom Limited y Unitel LLC acuerdan una resolución global de casos de sobornos en el extranjero por más de USD 795 millones; Estados Unidos busca decomisar USD 850 millones obtenidos a partir de una corrupta trama de sobornos), comunicado de prensa, 18 de febrero de 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>.
- d. El importe incluye sanciones penales, restitución de beneficios ilícitos e intereses calculados hasta el momento de la sentencia (Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel LLC*, 18 de febrero de 2016).
- e. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2017), *Telia Company AB and Its Uzbek Subsidiary Enter into a Global Foreign Bribery Resolution of More than \$965 Million for Corrupt Payments in Uzbekistan* (Telía Company AB y su filial uzbeka llegan a un acuerdo global para la resolución de casos de soborno en el extranjero por más de USD 965 millones por pagos con fondos procedentes de la corrupción en Uzbekistán), comunicado de prensa, 21 de septiembre de 2017, <https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsidiary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965>.
- f. El importe incluye sanciones penales, restitución de beneficios ilícitos e intereses calculados hasta el momento de la sentencia (Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Telia Company AB*, 21 de septiembre de 2017).
- g. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Mobile Telesystems Pjsc*, 7 de marzo de 2019.
- h. El importe incluye sanciones penales y civiles. MTS también ha aceptado la imposición de un supervisor de cumplimiento independiente (Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Mobile Telesystems Pjsc*, 7 de marzo de 2019).
- i. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Mobile Telesystems Pjsc*, 7 de marzo de 2019. MTS y Kolorit admitieron haber pagado USD 420 millones en sobornos a Karimova.
- j. Lisa Lambert y Chris Sanders (2019), "U.S. Indicts Gulnara Karimova in Uzbek Corruption Scheme" (Estados Unidos acusa a Gulnara Karimova por un esquema de corrupción en Uzbekistán), Reuters, 7 de marzo de 2019, <https://www.reuters.com/article/us-mob-telesystems-usa/u-s-indicts-gulnara-karimova-in-uzbek-corruption-scheme-idUSKCN1QO2GL>.
- k. Eurasianet (2019), "Karimova Back to Prison in Uzbekistan, Indicted in US" (Karimova vuelve a la cárcel en Uzbekistán, acusada en Estados Unidos), *Eurasianet.org*, 7 de marzo de 2019, <https://eurasianet.org/karimova-back-to-prison-in-uzbekistan-indicted-in-us>.
- l. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Mobile Telesystems Pjsc*, 7 de marzo de 2019.
- m. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel LLC*, 18 de febrero de 2016.
- n. Departamento Federal de Relaciones Exteriores (Suiza) (2020), *Switzerland and Uzbekistan Sign an Agreement with a View to the Restitution of Confiscated Assets* (Suiza y Uzbekistán firman un acuerdo con vistas a la restitución de activos confiscados), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-80393.html>.

Los profesionales intervinientes deben ser conscientes de que todas las transacciones que se realizan en dólares estadounidenses en todo el mundo se compensan en definitiva a través del sistema financiero de Estados Unidos y pueden depender de la banca corresponsal. Los bancos corresponsales o intermediarios tienden puentes entre las instituciones financieras nacionales y las estadounidenses, ya que facilitan los servicios financieros y los servicios de pago transfronterizos (descritos con más detalle en la sección 4.2.4 del capítulo 4, sobre transferencias electrónicas). En consecuencia, la justicia estadounidense puede tener jurisdicción sobre el lavado de dinero en todas las transacciones con la moneda local que se realicen a través de la banca corresponsal.

En casos multijurisdiccionales podría plantearse el problema de que un país extranjero con competencia sobre un asunto decida interponer su propio caso, o que se vea obligado a ello. Puede hacerlo basándose en la información proporcionada por el Estado damnificado durante el proceso de asistencia informal y administrativa y la presentación de una solicitud de asistencia judicial recíproca. Dado que esto podría

hacer descarrilar un caso de ámbito nacional (porque se alerta a la persona investigada o porque la asistencia judicial recíproca podría verse suspendida), es importante que los profesionales intervinientes lo tengan bien presente, identifiquen cuándo es aplicable y adopten las medidas de precaución y coordinación necesarias para asegurar que pueda procederse sin dificultad en ambas causas. En el capítulo 11 se ofrece un análisis más detallado de las cuestiones jurisdiccionales y de los procedimientos iniciados por autoridades extranjeras.

2.8.2 Inmunities de las que gozan las autoridades

Las inmunities de las que gozan las autoridades públicas les permiten evitar ser procesadas por delitos penales. En la mayoría de las jurisdicciones, las prerrogativas incorporadas en la legislación nacional o en disposiciones constitucionales se denominan “inmunities nacionales”. También hay “inmunities internacionales”, que se aplican en todos los países en virtud del derecho internacional consuetudinario y los tratados internacionales, como la inmunidad funcional y la personal. La “inmunidad funcional” se concede a las autoridades extranjeras que realizan actos de Estado (por ejemplo, jefes de Estado o de Gobierno, miembros superiores del gabinete, ministros de Relaciones Exteriores y ministros de Defensa). La “inmunidad personal” protege a ciertas autoridades extranjeras (en particular, jefes de Estado y agentes diplomáticos) de la detención y los procedimientos penales, civiles o administrativos (normalmente mientras están en el cargo). Las inmunities personales por lo general cesan cuando un funcionario deja su cargo, mientras que las inmunities funcionales pueden seguir vigentes aún después.

Si la acción de recuperación de activos implica a un jefe de Estado, un miembro del Parlamento, un juez u otro funcionario de alto rango, los profesionales intervinientes habrán de tener en cuenta las inmunities de las que gozan estos funcionarios³¹. En particular, tendrán que analizar a) el tipo y el alcance de la inmunidad (por ejemplo, si se trata de una inmunidad funcional o personal, y si protege al funcionario de responsabilidad penal, civil o administrativa); b) si se puede revocar la inmunidad, y c) si es necesario, la posibilidad de presentar cargos contra otras personas involucradas en los delitos, incluidos miembros de la familia, cómplices e implicados en el blanqueo de los fondos.

Algunas jurisdicciones han modificado su legislación en materia de inmunidad para permitir el enjuiciamiento de funcionarios, pero no la aplicación de sanciones específicas, como el encarcelamiento³². En algunos casos, una jurisdicción puede no reconocer las inmunities nacionales aplicables en otra jurisdicción e iniciar un procesamiento por lavado de dinero o soborno en el extranjero. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido contra el funcionario nigeriano Diepreye Alamieyeseigha (capítulo 1, recuadro 1.5), el enjuiciamiento por cargos de corrupción no era aplicable porque los

³¹ Según el artículo 30 de la UNCAC, los Estados parte deben mantener un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunities o prerrogativas jurisdiccionales y la posibilidad de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo por delitos cometidos.

³² Este es el caso de Argentina.

hechos tuvieron lugar en Nigeria, donde el demandado gozaba de inmunidad. Sin embargo, como el lavado de los fondos provenientes de la corrupción tuvo lugar en el Reino Unido, esa inmunidad no fue aplicable en esa jurisdicción³³. Las inmunidades internacionales incluso se han dejado de lado en casos que implican la inmovilización e incautación de activos depositados en instituciones financieras extranjeras³⁴. Si hubiera dudas sobre las posibilidades de éxito en un procedimiento penal, pero sobre el que sí podría establecerse la responsabilidad civil, deberían considerarse vías que incluyan la confiscación sin condena y los procedimientos de derecho civil.

En los recuadros 2.10 y 2.11 se explica cómo se abordaron las inmunidades de las que gozaban los funcionarios públicos de Guinea Ecuatorial y Brasil, respectivamente.

RECUADRO 2.10

Guinea Ecuatorial: Inmunidades en el caso del vicepresidente Teodoro Nguema Obiang Mangue

Resumen: Teodoro Obiang, vicepresidente de Guinea Ecuatorial (e hijo del gobernante del país, Teodoro Obiang Nguema Mbasogo), fue condenado en octubre de 2017 por los tribunales penales franceses por el desvío de fondos adquiridos de forma corrupta hacia inversiones en Francia que incluían, entre otras, una mansión en París valorada en GBP 110 millones, una escudería de costosos automóviles deportivos y un yate de lujo de 76 metros^a.

Procesamiento: No fueron fiscales franceses los que iniciaron el procesamiento contra Teodoro Obiang, sino dos ONG con un mandato de lucha contra la corrupción —Association Sherpa, un grupo francés de abogados, y el capítulo francés de Transparencia Internacional (TI Francia)—, que etablaron un procedimiento penal con petición de parte civil contra los presidentes de la República del Congo (Denis Sassou Nguesso), Gabón (Omar Bongo Ondimba, fallecido en 2009) y Guinea Ecuatorial (Teodoro Obiang), así como contra los miembros de sus familias y allegados. (Véase también el capítulo 3, recuadro 3.5, sobre el apoyo prestado por las organizaciones de la sociedad civil en la investigación general)^b.

Reclamaciones de inmunidad: La causa hubo de superar varios obstáculos^c. Aparte de la negativa de la fiscalía francesa a iniciar una investigación judicial, el Gobierno de Guinea Ecuatorial trató de proteger a Obiang y sus bienes nominándolo, en octubre de 2011, para delegado en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), cargo que

(continúa en la página siguiente)

³³ El Reino Unido ha procesado a gobernadores nigerianos por delitos de corrupción y lavado de dinero en circunstancias en las que se les aplicaban inmunidades de índole nacional (Chaikin y Sharman, 2009).

³⁴ En un caso de soborno de funcionarios kazajos por parte de un empresario estadounidense, el Tribunal Federal Suizo se negó a descongelar USD 84 millones depositados en cuentas bancarias suizas, a pesar de que Kazajstán alegaba que el dinero estaba protegido por la doctrina de inmunidad soberana (Chaikin, 2010, págs. 2 y 3). Finalmente, Estados Unidos se incautó de los fondos mediante la confiscación sin condena. Para obtener información más detallada, véase el análisis de la Fundación BOTA en el capítulo 11, recuadro 11.7.

le conferiría inmunidad penal. Finalmente, Obiang no llegó a asumir ese cargo, pero fue nombrado segundo vicepresidente del país. Para impedir la incautación de activos de gran valor, el Gobierno de Guinea Ecuatorial también alegó que la mansión de Obiang, de 101 habitaciones y sita en el número 42 de la avenida Foch en París, formaba parte de la misión diplomática nacional^d.

En junio de 2016, Guinea Ecuatorial presentó una demanda contra Francia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para el reconocimiento de la supuesta inmunidad de Obiang. La CIJ resolvió que no tenía competencia *prima facie* para conocer la demanda de Guinea Ecuatorial relativa a la inmunidad de Obiang^e. Sin embargo, ordenó a Francia que, a la espera de una decisión definitiva, tomara las medidas necesarias para garantizar la inviolabilidad de las dependencias de la misión diplomática de Guinea Ecuatorial en la mansión.

Condenas y confiscaciones: En octubre de 2017, la sala 32 del Tribunal Correccional de París (tribunal penal) declaró a Obiang culpable de lavado de dinero, malversación, abuso de confianza y corrupción, y lo condenó a tres años de prisión y a una multa de EUR 30 millones. A pesar de ello, la sentencia quedó en suspenso durante cinco años, siempre y cuando Obiang no fuera condenado en ese tiempo por un nuevo delito.

Tras Francia recibió EUR 10 000 en concepto de daños morales y EUR 41 081 en concepto de daños materiales. El tribunal también ordenó la incautación de EUR 150 millones en activos que Obiang tenía en Francia. No obstante, el tribunal no ordenó la incautación de los activos de la mansión, a la espera de la decisión de la CIJ^f. El tribunal rechazó todas sus pretensiones de defensa de fondo y de procedimiento, incluidas sus reclamaciones de inmunidad procesal, argumentando que el nombramiento como vicepresidente se efectuó después de haber sido acusado formalmente por los tribunales franceses. Obiang apeló la sentencia, pero el tribunal de apelación confirmó la condena y las confiscaciones.

Resoluciones de la CIJ y reclamaciones pendientes: Guinea Ecuatorial interpuso una demanda ante la CIJ, alegando que Francia había violado las inmunidades internacionales. La CIJ concluyó que, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, también conocida como “Convención de Palermo”), carecía de jurisdicción para examinar la reclamación de Guinea Ecuatorial relativa a la inmunidad de Obiang. Además, la CIJ concluyó que, conforme al Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, era competente para examinar las alegaciones de Guinea Ecuatorial en relación con la situación del inmueble situado en el número 42 de la avenida Foch en París como sede diplomática, incluidas las reclamaciones relacionadas con la incautación del mobiliario y otros bienes de sus dependencias. La decisión sobre este último asunto aún está pendiente^g.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 2.10

Guinea Ecuatorial: Inmunidades en el caso del vicepresidente Teodoro Nguema Obiang Mangue (continuación)

- a. Shirley Pouget (2017), "Why a Trial in Paris Marks a Milestone for Anti-Corruption Activists" (Por qué un juicio en París marca un hito para los activistas anticorrupción), sitio web de Open Society Foundations, 16 de junio de 2017 (consultado el 13 de agosto de 2018), <https://www.justiceinitiative.org/voices/why-trial-paris-marks-milestone-anticorruption-activists>.
- b. Pouget, "Why a Trial in Paris", 16 de junio de 2017.
- c. Perdriel-Vaissière (2017) ofrece una visión completa de los hechos y los obstáculos (desde la presentación de la publicación del informe del Comité Católico contra el Hambre y por el Desarrollo [CCFD], en 2007, hasta diciembre de 2016) y argumenta que, sin la petición de TI Francia de unirse al proceso como parte civil y la decisión de admitirla por parte del Tribunal de Casación, la causa habría resultado desestimada. Para acceder a un resumen del proceso en sus etapas iniciales, véase también TI (2010), "*Biens Mal Acquis*" Case: French Supreme Court Overrules Court of Appeals Decision (Causa *Biens Mal Acquis*: El máximo tribunal francés anula la decisión del Tribunal de Apelación), comunicado de prensa, 9 de noviembre de 2010 (consultado el 13 de agosto de 2018), https://www.transparency.org/news/pressrelease/20101109_biens_mal_acquis_case_french_supreme_court_overrules_court_of_appe.
- d. Rick Messick (2017), "The Obiang Trial: Lessons from a Decade-Long Legal Battle" (El juicio de Obiang: Lecciones de una batalla legal de una década), GAB | *The Global Anti-Corruption Blog*, 26 de junio de 2017 (consultado el 13 de agosto de 2018), <https://globalanticorruptionblog.com/2017/07/26/the-obiang-trial-lessons-from-a-decade-long-legal-battle/>.
- e. CIJ (2016), *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* (Inmunidades y actuaciones penales [Guinea Ecuatorial c. Francia]), comunicado de prensa n.º 2016/38, 7 de diciembre de 2016, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/163/19286.pdf>.
- f. Shirley Pouget y Ken Hurwitz (2017), "French Court Convicts Equatorial Guinean Vice President Teodorin Obiang for Laundering Grand Corruption Proceeds" (Un tribunal francés condena al vicepresidente de Guinea Ecuatorial, Teodorin Obiang, por blanqueo de fondos procedentes de la corrupción), GAB | *The Global Anti-Corruption Blog*, 30 de octubre de 2017 (consultado el 13 de agosto de 2018), <https://globalanticorruptionblog.com/2017/10/30/french-court-convicts-equatorial-guinean-vice-president-teodorin-obiang-for-laundering-grand-corruption-proceeds/>.
- g. CIJ (2018), *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, resumen 2018/3, 6 de junio de 2018, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/163/163-20180606-SUM-01-00-EN.pdf>; CIJ (2020), *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, comunicado de prensa n.º 2020/16, 21 de febrero de 2020 (consultado el 9 de agosto de 2020), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/163/163-20200221-PRE-01-00-EN.pdf>.

RECUADRO 2.11

Brasil: *Foro privilegiado* y fin de la impunidad

Antecedentes: Al amparo de la Constitución brasileña, ciertas autoridades de todos los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y de todos los niveles (federal, estatal y municipal) —entre ellos el presidente, los miembros del Congreso, los gobernadores y los alcaldes— gozaron durante mucho tiempo de un estatuto legal especial en cuanto a la jurisdicción aplicable. En virtud de este estatuto, solo podían ser juzgados por tribunales superiores (por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal) y no por tribunales inferiores, en función del cargo respectivo y del asunto analizado.

Este derecho de jurisdicción privilegiada, conocido como *foro privilegiado* (fuero privilegiado), estaba relacionado con el cargo y no con la persona física que lo ocupaba^a. El principal objetivo de esta prerrogativa era proteger a las autoridades de los juicios por motivos políticos, asegurándose de que sus casos fueran juzgados por jueces más experimentados^b. Al mismo tiempo, sin embargo, puede haber promovido la impunidad de los legisladores más poderosos del país, porque los casos pueden tardar muchos años en ser juzgados por el "lento" Supremo Tribunal Federal^c.

(continúa en la página siguiente)

Fallo contra el privilegio de los funcionarios: En mayo de 2018, el Supremo Tribunal Federal resolvió restringir la aplicabilidad del fuero privilegiado exclusivamente a los miembros del Congreso, lo que significó que los congresistas activos (senadores y representantes de la Cámara) serían juzgados en el Supremo Tribunal Federal solo si presuntamente hubieran cometido delitos relacionados con su cargo durante su mandato vigente; de lo contrario, serían juzgados por tribunales inferiores^d. La sentencia restringe la inmunidad de los legisladores en funciones y despeja el camino para que numerosos casos pasen a tribunales inferiores^e.

Condenas resultantes: Solo después de que abandonaron sus cargos fue posible la resolución de causas en fallos condenatorios contra varios políticos implicados en la Operación *Lava Jato*. Con la mencionada restricción del fuero privilegiado, las autoridades de aplicación de la ley disponen ahora de la posibilidad de investigar los casos de numerosos políticos mientras ocupan cargos públicos^f.

Entre los políticos y las autoridades gubernamentales de Brasil condenados figuran Luiz Ignácio Lula da Silva (expresidente), José Dirceu (ex jefe del gabinete presidencial), Pedro Correa (exdiputado) y Eduardo Cunha (expresidente de la Cámara). (Sobre la importancia de identificar a los responsables, véase el recuadro 2.13)^g.

En particular, el expresidente Luiz Ignácio Lula da Silva fue condenado por el Tribunal Superior de Justicia en abril de 2019 (tras modificar una primera sentencia de julio de 2017) a más de ocho años de prisión, y por el Tribunal Regional Federal de la 4.^a Región en noviembre de 2019 a más de 17 años y una multa por corrupción y lavado de dinero^h.

a. Consultoría Legislativa del Senado de Brasil, 5 de mayo de 2017 (consultado el 3 de abril de 2019), <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/05/mais-de-54-mil-autoridades-tem-foro-privilegiado-revela-estudo-da-consultoria>.

b. Sarah DiLorenzo (2018), "Senior Politicians in Brazil Could Soon Face Swifter Justice" (Políticos de alto nivel en Brasil podrían enfrentarse pronto a una justicia más rápida), *Associated Press*, 1 de mayo de 2018 (consultado el 27 de enero de 2019), <https://www.apnews.com/55ac3382f4f54ac8b9fcad48ad02451e>.

c. Joe Leahy (2018), "Brazilian Politicians Lost Key Legal Protection" (Políticos brasileños perdieron protección legal clave), *Financial Times*, 4 de mayo de 2018.

d. André Richter (2018), "Brazil's Supreme Court Votes to Restrict Politicians' Near Immunity" (El Supremo Tribunal Federal de Brasil vota para restringir la cuasiinmunidad de los políticos), *Agência Brasil*, 3 de mayo de 2018 (consultado el 27 de enero de 2019), <http://agenciabrasil.ebc.com.br/en/politica/noticia/2018-05/brazils-supreme-court-votes-restrict-near-immunity>.

e. Leahy, "Brazilian Politicians", 4 de mayo de 2018. Además, como se cita en *The New York Times*, el juez Sérgio Moro declaró: "En mi opinión, el caso conocido como *Lava Jato* representa el fin de la impunidad como norma en Brasil para este tipo de delitos"; véase Ernesto Londoño (2017), "A Judge's Bid to Clean Up Brazil from the Bench" (La apuesta de un juez por limpiar Brasil desde el banquillo), *The New York Times*, 25 de agosto de 2017 (consultado el 27 de enero de 2019), <https://www.nytimes.com/2017/08/25/world/americas/judge-sergio-moro-brazil-anti-corruption.html>.

f. Leahy, "Brazilian Politicians", 4 de mayo de 2018. El sitio web de noticias brasileño G1 (<https://g1.globo.com/>) también informó que, tras la decisión, iban a transferirse a tribunales inferiores más de 500 procesos penales en curso en el Supremo Tribunal Federal.

g. A excepción de la sentencia contra Paulo Roberto Costa (exdirector de Petrobras), que es firme, la mayoría de estas sentencias son susceptibles de apelación.

h. Para tener una visión relativamente actualizada de todos los procedimientos relacionados con el expresidente Lula, véase *BBC News Brasil* (2019), "Entenda em que pé estão os processos e acusações contra o ex-presidente Lula" (Conocer el estado de los procesos y acusaciones contra el expresidente Lula), 27 de noviembre de 2019 (consultado el 10 de agosto de 2020), <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49647499>.

2.8.3 Plazos de prescripción o exención

En la mayoría de las jurisdicciones es imposible iniciar un procedimiento penal o civil después de que haya transcurrido un determinado período desde la comisión del delito, lo que se conoce como “plazo de prescripción” o “plazo de exención”. El período varía según las jurisdicciones y suele depender de la gravedad del delito (las faltas graves suelen tener plazos de prescripción más prolongados)³⁵.

En general, el plazo de prescripción comienza en la fecha en que se produjo el delito. Sin embargo, en el caso de los delitos continuados, el plazo de prescripción suele calcularse a partir del cese de las actividades ilícitas. Un ejemplo de delito continuado es el lavado de dinero, que muchas jurisdicciones consideran como tal mientras el producto obtenido de modo ilícito esté bajo control del demandado. Además, puede haber variaciones jurisdiccionales en virtud de las cuales se considere que el devengo de intereses en una cuenta utilizada para el lavado de dinero representa un delito continuado, mientras que otras pueden exigir un uso activo de esa cuenta³⁶.

La mayoría de los países prevén plazos de prescripción “absolutos” y “relativos”. Los plazos de prescripción “absolutos” establecen los términos de la prescripción con independencia de las causas de suspensión e interrupción; es decir, el plazo de la prescripción no puede ampliarse. En cambio, los plazos de prescripción “relativos” estipulan los plazos máximos para iniciar un procedimiento y admiten períodos de suspensión e interrupción (TI Italia, 2016, págs. 14 y 15).

El plazo de prescripción puede suspenderse (retardarse) o incluso reiniciarse por diversos motivos, como el comienzo de una investigación penal, el inicio de un procedimiento formal (como el comienzo de un juicio), la complejidad del caso, una solicitud de asistencia judicial recíproca, inmunidad o cuando el demandado es un fugitivo o ha evadido la acción de la justicia (TI Italia, 2016, pág. 16). Además, en algunas jurisdicciones, el inicio del plazo de prescripción puede retrasarse hasta que se descubre el delito o hasta después de que el funcionario público deja su cargo³⁷. Por ejemplo, si las facturas ficticias y la contabilidad falsa ocultan sobornos que se pagan a un intermediario, la provisión no empezaría a correr hasta después de descubrirse el fraude. El concepto de “descubrimiento” deberá ser determinado por la ley o los tribunales, mientras que la decisión de establecer la fecha en la que se produjo tal hecho suele determinarse en los tribunales.

³⁵ En algunas jurisdicciones, por ejemplo, un proceso por asesinato puede no tener plazo de prescripción, mientras que el procesamiento por un robo puede estar limitado a cinco años tras la comisión del delito.

³⁶ *Toussie c. Estados Unidos*, 397 U.S. 112, 114, 90 S. Ct. 858, 25 L.Ed.2d 156 (1970). En Estados Unidos, conforme a la “doctrina del delito continuado”, el efecto práctico de un delito de esa naturaleza implica la ampliación del plazo de prescripción “más allá del término establecido”. *Estados Unidos c. Jaynes*, 75 F.3d 1493, 1505 (10th Cir. 1996). “La asociación con fines delictivos [...] es el prototipo de delito continuado”.

³⁷ Por ejemplo, según el artículo 67 del Código Penal de la Nación Argentina, el plazo de prescripción comienza para todos los demandados después de que el funcionario público haya dejado su cargo. En los casos de confiscación sin condena, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido aplican el principio de “descubrimiento” (véase, por ejemplo, el título 19 del Código de Estados Unidos, párrafo 1621).

La expiración del plazo de prescripción supone un reto para los profesionales intervinientes, que se agudiza aún más en los casos de corrupción porque las pruebas de un acuerdo para la corrupción o de una apropiación indebida de bienes suelen descubrirse mucho después de que el funcionario corrupto haya dejado su cargo. La brevedad de los plazos de prescripción y la falta de disposiciones sobre la presentación de pruebas pueden obstaculizar la investigación, el enjuiciamiento y la resolución de la causa. De hecho, algunas jurisdicciones pueden exigir que el delito subyacente esté dentro del plazo de prescripción incluso en el caso de delitos continuados. Así, aun cuando el elemento esencial del delito de lavado de dinero (por ejemplo, la tenencia de activos procedentes de un delito) sea continuado, el hecho de que no pueda procesarse el delito subyacente a causa de la vigencia de leyes de prescripción impide a las autoridades emprender actuaciones judiciales en relación con el ilícito de lavado de dinero.

Los profesionales interesados en recuperar activos robados deben conocer los plazos de prescripción aplicables en la jurisdicción en cuestión³⁸ y deben:

- identificar los delitos con un plazo de prescripción más favorable (por ejemplo, malversación, lavado de dinero y posesión de bienes robados);
- buscar leyes o decisiones judiciales que retrasen el inicio del plazo de prescripción hasta el descubrimiento del delito o que suspendan dicho plazo cuando los activos se encuentren fuera de la jurisdicción;
- verificar si las actuaciones específicas de los fiscales o de las fuerzas encargadas de la aplicación de la ley han supuesto la suspensión o el reinicio del período de prescripción;
- prestar atención a las categorías especiales de personas que reciben un trato preferente debido a sus cargos, como los jefes de Estado o los ministros (TI Italia, 2016, pág. 21), ya que dicho trato podría incluir inmunidades o procedimientos constitucionales, administrativos o judiciales especiales que deben llevarse a cabo para procesarlas, lo que daría lugar a retrasos significativos; sin embargo, habrá de tenerse en cuenta también que las inmunidades válidas en una jurisdicción pueden no ser aplicables en otra;
- estudiar todas las posibilidades jurídicas —como la confiscación con condena o sin ella, las acciones civiles y la solicitud de inicio de procedimientos por parte de

³⁸ Corte Suprema Civil y Penal de Grecia, Decisión 1/2011. El caso de Akis Tsohatzopoulos, cofundador del partido socialista griego y exministro de los Gobiernos socialistas griegos durante más de 30 años (especialmente como ministro de Defensa), plantea varias cuestiones en materia de prescripción. Tsohatzopoulos fue acusado de cohecho pasivo con circunstancias agravantes (beneficio obtenido a partir de propiedad del Estado), cuya punibilidad ya se había extinguido debido a un plazo de prescripción especial previsto en la Constitución griega para el inicio de procesos penales contra miembros del Gobierno en ejercicio o de Gobiernos previos. En consecuencia, el cargo de cohecho pasivo fue declarado inadmisibile. Sin embargo, fue acusado de lavado de dinero y condenado por ello, pues este delito no estaba sujeto a la limitación constitucional. La prescripción del delito subyacente de cohecho pasivo se consideró irrelevante para el enjuiciamiento por lavado de dinero.

una autoridad extranjera— para determinar cuál es el plazo de prescripción más favorable³⁹;

- considerar la posibilidad de utilizar las pruebas de una investigación penal de un delito que ha prescrito, ya que a menudo pueden conducir al descubrimiento de otro delito que no ha prescrito.

2.8.4 Disposiciones legislativas, órdenes judiciales y acuerdos sobre restitución de activos

Al elegir entre entablar un procedimiento penal extranjero o nacional y un procedimiento mediante otras vías jurídicas, los profesionales involucrados deben tener en cuenta varios parámetros relacionados con la devolución de los activos y la cantidad por recuperar. Cuando se trata de fondos públicos malversados o blanqueados que se han recuperado en virtud de la ejecución de una orden de confiscación por parte de una jurisdicción requirente al amparo de la UNCAC, la jurisdicción requerida debe devolver esos activos⁴⁰. Por otro lado, esta obligación solo es aplicable a otros delitos tipificados en la UNCAC si la jurisdicción requirente demuestra ser la legítima propietaria de los activos o cuando el Estado parte requerido reconoce el daño causado al Estado parte requirente⁴¹.

No obstante, si los activos se confiscaron fuera de estos parámetros —incluso mediante un caso nacional de lavado de dinero llevado a cabo por autoridades extranjeras—, la devolución dependerá de la legislación de la jurisdicción de confiscación, otros tratados aplicables o los acuerdos específicos vigentes⁴². A veces, son necesarios acuerdos de restitución de activos para garantizar su devolución efectiva (como se analiza en los capítulos 9 y 11). Además, los procedimientos extranjeros pueden estar limitados a los delitos de lavado de dinero, y eso puede ser un obstáculo cuando llega el momento de confiscar el producto de los delitos subyacentes o conexos, especialmente en las jurisdicciones que confiscan únicamente los activos vinculados a los delitos que constituyen el fundamento de la causa (véase la sección 7.3.2 del capítulo 7, sobre la confiscación basada en el valor).

³⁹ De acuerdo con el título 19 del Código de Estados Unidos, artículo 1621, el plazo de prescripción para la confiscación sin condena (a diferencia del plazo de prescripción para los procesos penales) comienza a correr desde el descubrimiento del delito que da lugar a la acción de confiscación y puede suspenderse si los activos se encuentran fuera de las fronteras estadounidenses.

⁴⁰ En el artículo 57 3) de la UNCAC se establece que, en caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados (tal como se los define en la convención), los bienes confiscados se restituirán al Estado parte requirente.

⁴¹ En todos los demás casos, la parte requerida tiene la obligación de dar “consideración prioritaria” a la repatriación de activos a la jurisdicción requirente, a la restitución de activos a sus legítimos propietarios o a la indemnización de las víctimas de la corrupción.

⁴² Dichas circunstancias influyeron en la decisión de Perú de entablar una causa interna contra los bienes de Vladimiro Montesinos en Suiza. Pese a que cabía la posibilidad de que Suiza iniciara acciones sobre determinadas partes del caso en virtud de su legislación de drogas, la legislación de reparto de activos de la época habría permitido la restitución de una porción de los fondos a Perú. Tras las deliberaciones con Suiza sobre la mejor estrategia, Perú decidió emprender procesos internos y recurrir a la asistencia judicial recíproca y las exenciones legislativas con el fin de recuperar una mayor parte de los fondos. Para obtener más detalles, véase el análisis del caso en el capítulo 1, recuadro 1.3.

2.8.5 Estándares probatorios

Los profesionales intervinientes también deben valorar si las pruebas disponibles son suficientes para cumplir con los estándares probatorios requeridos para la localización, las medidas provisionales, la confiscación, las acciones civiles o la condena, tanto a nivel nacional como en jurisdicciones extranjeras, cuando corresponda. Aunque el estándar aplicable varía según las jurisdicciones, se considera que, por lo general, cuanto más invasiva sea la técnica o medida de investigación, mayor será el nivel de prueba requerido (figura 2.1).

Reviste cierta importancia que los profesionales intervinientes en casos que precisan de cooperación internacional sean conscientes de que tanto la terminología utilizada como la forma de entender el estándar probatorio suelen diferir en los distintos sistemas jurídicos, ya sea el derecho anglosajón o el civil, sistemas mixtos u otros sistemas. En la mayoría de las jurisdicciones de derecho anglosajón, por ejemplo, un fallo condenatorio requiere de un nivel de prueba “más allá de toda duda razonable”, mientras que la confiscación (ya sea penal o sin condena) precisa del estándar más bajo de “balance de probabilidades” o “preponderancia de la prueba”, normalmente aplicable en los procedimientos civiles (derecho privado). En la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil, el estándar probatorio es el mismo para un fallo condenatorio, una confiscación penal o sin condena, o una resolución a favor del demandante en un procedimiento civil, es decir, un “convencimiento profundo” de la verdad.

Las jurisdicciones de derecho anglosajón aplican un enfoque probabilístico para evaluar las pruebas, esto es, la posibilidad cuantificable de que se produzca el hecho, expresada en forma de probabilidades o porcentaje. Las jurisdicciones de derecho civil se centran más en la impresión subjetiva del juez. Además, los sistemas mixtos o de otro tipo pueden plantear requisitos específicos.

FIGURA 2.1

Estándares probatorios en las acciones de recuperación de activos

	Medidas de localización	Medidas provisionales, algunas técnicas de investigación (como órdenes de allanamiento e incautación)	Orden de confiscación o acción civil	Fallo condenatorio
Derecho anglosajón	Motivos razonables de sospecha	Motivos razonables para creer o causa probable	Balance de probabilidades o preponderancia de la prueba	Prueba más allá de toda duda razonable
Derecho civil	Pruebas necesarias para establecer la verdad	Pruebas necesarias para establecer la verdad	Convencimiento profundo de la verdad	Convencimiento profundo de la verdad

Fuente: Banco Mundial.

Los profesionales intervinientes deben conocer estas distinciones para asegurarse de que aportan pruebas suficientes para cumplir el estándar aplicable. Cuando las pruebas son insuficientes para cumplir con el estándar probatorio requerido conforme a un modelo determinado, pueden considerar otras alternativas. Por ejemplo, la imposibilidad de acreditar una condena penal “más allá de toda duda razonable” imposibilitará que se proceda a la confiscación con condena. No obstante, puede ser posible recuperar el producto y los instrumentos de la corrupción mediante una acción civil privada o a través de un procedimiento de confiscación sin condena (a nivel nacional o en una jurisdicción extranjera) si se cumple el estándar probatorio más bajo correspondiente.

2.9 Identificación de todas las partes responsables

En la mayoría de las jurisdicciones, las partes que han facilitado a sabiendas la transferencia del producto del delito o han recibido activos ilegítimos pueden ser consideradas responsables en virtud de diversos ilícitos tipificados en ordenamientos civiles o penales, como connivencia, asociación con fines delictivos, ignorancia deliberada, negligencia y abstención u omisión fraudulentas. Este es el caso, en concreto, de las personas jurídicas y sus directores, así como de los banqueros, gestores financieros, agentes inmobiliarios, notarios o abogados que, deliberadamente, no realizan las indagaciones razonables⁴³. En algunas jurisdicciones, los tribunales pueden no aceptar las alegaciones de falta de conocimiento cuando los honorarios de consultoría no guardan proporción con los servicios prestados o se abonan a agentes sin la experiencia técnica pertinente. Otras jurisdicciones pueden considerar a la sociedad matriz responsable de los actos cometidos por su filial, siempre y cuando exista una implicación directa de los empleados y directivos de aquella (OECD [OCDE], 2016).

Orientar las actuaciones específicamente hacia las partes receptoras o facilitadoras puede tener dos grandes ventajas. Primero, puede aumentar las posibilidades de reclamar la restitución o la indemnización a entidades o individuos distintos del funcionario corrupto, dado que los facilitadores pueden disponer de grandes recursos financieros. Segundo, a veces es posible obtener información y cooperación de terceros o de copartícipes que pueden contribuir al caso contra el funcionario corrupto. Al mismo tiempo, los profesionales intervinientes deben tener en cuenta las posibles desventajas, como complicar la gestión del caso y desviar o diluir los recursos en demasiadas direcciones. Los casos descritos en los recuadros 2.12 y 2.13 ilustran la importancia de identificar y clasificar a todas las partes responsables (como también se analiza en el capítulo 10).

⁴³ De acuerdo con la recomendación 22 del GAFI, a las actividades y profesiones no financieras designadas les son aplicables los requisitos de diligencia debida con respecto al cliente y el mantenimiento de registros en las siguientes situaciones: casinos, agentes inmobiliarios, comerciantes de piedras y metales preciosos, abogados, notarios, contadores y proveedores de servicios societarios y fideicomisos (FATF [GAFI], 2019).

Antecedentes: En 2004, el procurador general de Zambia interpuso una demanda civil en nombre de la República de Zambia contra el expresidente Frederick Chiluba y otros implicados, con el fin de recuperar las sumas transferidas por el Ministerio de Finanzas entre 1995 y 2001 (como se explica en el recuadro 1.4 del capítulo 1). Entre los demandados estaban el letrado Iqbad Meer y su bufete Meer Care & Desai, así como los letrados Bimal Thaker, Bhupendra Bhailal Thaker y su bufete Cave Malik & Co. Véase también el capítulo 10, recuadro 10.3, en relación con el fundamento del procedimiento civil interpuesto en este caso.

Actuaciones centradas en Iqbad Meer (y su bufete, Meer Care & Desai): El Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido calificó el comportamiento de Meer de “ignorancia fraudulenta clásica”^a. Dicho de otro modo, Meer seguía las instrucciones que recibía sin cuestionar las operaciones en las que participaba en nombre de sus clientes porque a) sabía con precisión lo que estaba ocurriendo y que había una asociación con fines delictivos, en la que participaba voluntariamente, o bien b) prefería no enterarse. El tribunal declaró a Meer responsable de asociación con fines delictivos, de prestar asistencia deshonestas, de robar el dinero que se canalizaba a través de la cuenta de su cliente y de facilitar el robo en lugar de negarse a participar^b.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación consideró que el Tribunal Superior había errado al declarar a Meer responsable de asistencia deshonestas y asociación con fines delictivos porque no había considerado la posibilidad de que Meer fuera honrado pero no lo suficientemente competente, informado o experimentado con el tipo de transacción como para entender que estaba involucrado en actividades de lavado de dinero^c. De hecho, el tribunal calificó su conducta de “honrada, aunque insensata”^d. El tribunal concluyó que el letrado debería haber actuado con más cautela, pero argumentó a favor de la honradez. No obstante, Meer fue suspendido del ejercicio de la abogacía durante tres años por incumplimiento de las normas deontológicas pertinentes (UNODC, 2015, pág. 21).

Causa de Bimal Thaker y Bhupendra Bhailal Thaker (y su bufete de abogados, Cave Malik & Co.): Según el Tribunal Superior, la conducta de Bimal Thaker tampoco fue honrada porque sabía que el dinero del Gobierno se utilizaba para adquirir propiedades ilegalmente ocultando su origen y engañando a los bancos^e. Por consiguiente, el tribunal concluyó que era responsable de asistencia deshonestas y de asociación con fines delictivos para robar dinero desviándolo a través de la cuenta de su cliente^f.

a. Tribunal Superior de Justicia, División de Equidad (2007), EWHC 952 (Ch.), 04/05/2007, párr. 587.

b. Tribunal Superior de Justicia (2007), párr. 589.

c. Tribunal de Apelación, Sala de lo Civil (2008), EWCA Civ 1007, 31/07/2008, párr. 267.

d. Tribunal de Apelación (2008), párr. 294.

e. Tribunal Superior de Justicia (2007), párr. 851.

f. Tribunal Superior de Justicia (2007), párr. 875.

RECUADRO 2.13

Brasil: Identificación de las partes responsables en la Operación *Lava Jato*

En marzo de 2014, la Policía Federal de Brasil puso en marcha una investigación contra la empresa estatal Petróleo Brasileiro (“Petrobras”) y algunas de las mayores empresas constructoras de Brasil, incluido el conglomerado Odebrecht, en relación con un esquema de sobornos a escala mundial. La investigación, denominada Operación *Lava Jato* —que tomó el nombre de un lavadero de vehículos utilizado para el blanqueo de dinero—, demuestra la importancia de identificar y clasificar a los posibles actores responsables cuando se investiga una compleja trama de sobornos en la que intervienen muchas partes.

En concreto, el Ministerio Público Federal de Brasil dividió a los distintos implicados en la trama de sobornos en cuatro grupos^a:

- El “grupo empresarial”; formado por empleados y agentes de varias empresas constructoras brasileñas que participaron en la trama de sobornos y fueron los responsables de pagar sobornos y comisiones ilegales a políticos y ejecutivos superiores de Petrobras.
- El “grupo administrativo”; formado por ejecutivos superiores de Petrobras.
- El “grupo político”; formado por políticos, entre ellos funcionarios del Congreso Nacional retirados o en ejercicio y representantes de partidos políticos, que, junto con el grupo administrativo, servían a los intereses de las empresas constructoras.
- El “grupo financiero”; formado por los denominados *doleiros*, en referencia a los cambistas del mercado negro responsables del lavado de dinero y de la entrega de los pagos.

a. El Ministerio Público Federal describe los cuatro grupos en la página *Entenda o caso* (Entienda el caso) del caso *Lava Jato*, sitio web de la Policía Federal de Brasil: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. También aplicó esas clasificaciones en su denuncia contra Adir Assad, Agenor Medeiros y otros, con fecha 9 de agosto de 2016.

2.10 Consideraciones específicas de las causas penales

En la sección 2.10.1 se exponen varias consideraciones adicionales para los profesionales que promueven causas en lo penal dirigidas a la recuperación de activos.

2.10.1 Identificación de los tipos penales aplicables

El cohecho no es el único cargo posible que hay que tener en cuenta al trazar una estrategia para los procedimientos de recuperación de activos robados. En el cuadro 2.1 se indican algunos de los cargos que los profesionales intervinientes deberían pensar en presentar. (Para obtener una descripción de los términos, véase el apéndice A).

Cuadro 2.1 Cargos penales que deben considerarse en la recuperación de activos, por categoría

Categoría	Posibles cargos
Apropiación indebida o desvío de fondos y bienes	<ul style="list-style-type: none"> • Robo o hurto • Malversación de fondos • Apropiación indebida • Fraude, falsas pretensiones, declaración falsa
Cohecho, abuso del cargo y delitos conexos	<ul style="list-style-type: none"> • Cohecho (funcionarios públicos nacionales y extranjeros) • Cohecho en el sector privado • Incumplimiento del deber • Tráfico de influencias • Abuso de funciones • Conflicto de intereses • Financiamiento ilegal de partidos políticos o campañas • Extorsión • Delitos relacionados con la infracción de leyes antimonopolio o de defensa de la competencia
Lavado, ocultamiento, adquisición, posesión o uso del producto del delito	<ul style="list-style-type: none"> • Conversión o transferencia de bienes • Ocultamiento y disimulación • Adquisición, posesión o uso del producto del delito • Enriquecimiento ilícito
Facilitación y otros delitos pertinentes	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de declaración o declaración falsa de bienes • Delitos administrativos • Incumplimiento de la normativa sobre contratación pública • Adulteración o falsificación de documentos • Delitos contables • Infracciones tributarias • Fraude aduanero o contrabando • Fraude postal y electrónico • Asociación ilícita y participación en organizaciones delictivas • Asistencia mediante contribución o incitación • Obstrucción de la justicia

La corrupción suele implicar la comisión de varios delitos. Al seleccionar los ilícitos, los profesionales deben tener en cuenta los siguientes factores: a) los hechos del caso; b) la disponibilidad de pruebas y si las pruebas directas o circunstanciales cumplen los elementos de los delitos; c) las ayudas procesales, como las presunciones refutables⁴⁴; d) la probabilidad de fallo condenatorio; e) las posibles sanciones; f) el interés público,

⁴⁴ Numerosas jurisdicciones emplean “presunciones refutables”, que ayudan de forma efectiva a la fiscalía o al demandante a cumplir la carga de la prueba. Por ejemplo, si la fiscalía establece que hubo participación en actividades de delincuencia organizada, se presume que los bienes del demandado son producto de la actividad delictiva (a menos que este pueda rebatir esa presunción). Para consultar más ejemplos, véase la sección 7.4.1 del capítulo 7.

y g) la capacidad de obtener asistencia y medidas de cumplimiento en el extranjero, según corresponda.

Además de los delitos de corrupción más evidentes, los fiscales también deben tener en cuenta otros delitos que pudieran aumentar la probabilidad de conseguir un fallo condenatorio. Entre ellos se encuentran la asociación ilícita, la asistencia mediante contribución o incitación, la recepción o la posesión de productos del delito o el lavado de dinero⁴⁵. Con frecuencia, la vía más eficaz por la que se puede proceder es la del lavado de dinero, sobre todo en las jurisdicciones que permiten el enjuiciamiento por autolavado (es decir, poseer, transferir u ocultar el producto de un delito) y no exigen la prueba de todos los elementos del delito subyacente para llegar a una condena⁴⁶. Los profesionales intervinientes deben ser conscientes de que estas decisiones de la fiscalía pueden afectar a los procedimientos en jurisdicciones extranjeras y deben intentar coordinarse con los homólogos extranjeros. En el recuadro 2.14 se presentan ejemplos de enjuiciamiento por delitos como la alteración de libros y registros contables y la falsificación de declaraciones regulatorias en el contexto del cohecho.

RECUADRO 2.14

Procesamiento por delitos relacionados con la contabilidad, los registros y el control interno: Disposiciones del Reino Unido y Estados Unidos

Estados Unidos c. Siemens^a: Las autoridades descubrieron que se sobornaba a funcionarios públicos para conseguir contratos con el Estado. Los sobornos se contabilizaron como pagos a consultores que posteriormente los canalizaban a funcionarios públicos. Siemens y sus filiales en Argentina, Bangladesh y la República Bolivariana de Venezuela se declararon culpables de los cargos de asociación ilícita y de violación de las disposiciones sobre alteración de libros y registros contables y controles internos tipificados en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos^b, en un acuerdo de admisión de culpabilidad que dio lugar a una multa de USD 450 millones.

Estados Unidos c. BAE Systems^c: La empresa sobornó a varios funcionarios públicos para conseguir acuerdos de venta de armas en diferentes países; finalmente, llegó a un acuerdo global con Estados Unidos y el Reino Unido. En Estados Unidos, la empresa se declaró culpable de los cargos de asociación ilícita para realizar declaraciones falsas en relación con determinadas declaraciones y compromisos administrativos, y aceptó pagar una multa de USD 400 millones y asumir compromisos adicionales de cumplimiento permanente. En el

(continúa en la página siguiente)

⁴⁵ En Francia, los delitos tributarios o de falsificación contable, la malversación de fondos o el abuso de confianza —delitos frecuentemente asociados a actividades corruptas— pueden ser más fáciles de probar que el cohecho.

⁴⁶ En Bélgica se puede procesar por lavado de dinero a personas sospechadas de implicación en transacciones financieras fraudulentas si hay pruebas suficientes de que sabían que los activos eran de origen ilícito. Los fiscales no tienen que establecer los elementos del delito subyacente.

RECUADRO 2.14

Procesamiento por delitos relacionados con la contabilidad, los registros y el control interno Disposiciones del Reino Unido y Estados Unidos (continuación)

Reino Unido, la empresa se declaró culpable de un cargo de incumplimiento de la obligación de llevar registros contables y aceptó pagar una multa de GBP 30 millones.

a. Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, Estados Unidos de América c. Siemens Aktiengesellschaft, Siemens S. A. (Argentina), Siemens Bangladesh Ltd. y Siemens S. A. (Venezuela), memorando de sentencia, 12 de diciembre de 2008 (consultado el 12 de agosto de 2018), <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/05/02/12-12-08siemensvenez-sent.pdf>. Véanse también el título 18 del Código de Estados Unidos, párrafo 371, y el título 15 del Código, párrafos 78 b) 2) B), 78 m) b) 5) y 78 f) f) a).

b. En Estados Unidos, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores comparten la responsabilidad de hacer cumplir la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero. El Departamento de Justicia tiene autoridad para hacer cumplir la ley en casos penales contra empresas públicas, y autoridad para hacer cumplir la ley penal y civil en asuntos nacionales. La Comisión de Bolsa y Valores es responsable de las acciones de aplicación civil contra las empresas públicas (DOJ [Departamento de Justicia de Estados Unidos] y SEC [Comisión de Bolsa y Valores], 2012).

c. Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, Estados Unidos de América c. BAE Systems PLC, N.º 1:10-Cr-035 (JDB), memorando de sentencia, 22 de febrero de 2010 (consultado el 12 de agosto de 2018), <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-22-10baesystems-memo.pdf>.

En determinadas jurisdicciones, como las de Argentina, Brasil y Colombia, el delito de enriquecimiento ilícito se considera una herramienta especialmente útil para perseguir a los funcionarios corruptos⁴⁷. De esta forma, se sanciona a los funcionarios públicos por cualquier incremento significativo de su patrimonio declarado que no esté razonablemente corroborado por sus ingresos lícitos. De hecho, alivia la carga para la fiscalía, que de otro modo tendría que establecer los diversos elementos de un delito de corrupción (como el acto de corrupción, el beneficio y el *quid pro quo*). Algunas jurisdicciones que no tipifican como delito este tipo de conductas las han incorporado a su legislación civil o administrativa⁴⁸.

En el Reino Unido, la legislación sobre requerimientos de justificación patrimonial puede tener efectos similares, ya que tales disposiciones permiten a las autoridades fiscales congelar y, en última instancia, confiscar los activos de los demandados que no pueden demostrar que fueron adquiridos con recursos legítimos (para un análisis de esta práctica, véase la sección 3.4.10 del capítulo 3). Los profesionales intervinientes deben ser conscientes de que la formulación de cargos por el delito de enriquecimiento ilícito puede obstaculizar la cooperación internacional en las jurisdicciones que no prevén este delito en su legislación nacional (véase el capítulo 9, recuadro 9.2).

⁴⁷ Véanse la UNCAC, artículo 20, y la Convención Interamericana contra la Corrupción (IACAC [CICC]), artículo IX. Ambas convenciones exigen a los Estados parte que consideren la posibilidad de adoptar las disposiciones pertinentes. Para un análisis más detallado sobre cómo la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito puede contribuir al proceso de recuperación de activos, véase Muzila y otros (2012), https://star.worldbank.org/sites/star/files/on_the_take_-_criminalizing_illicit_enrichment_to_fight_corruption.pdf.

⁴⁸ Incluso algunas jurisdicciones que sí tipifican el enriquecimiento ilícito como delito penal utilizan vías civiles para lograr la recuperación de los activos robados.

2.10.2 Anticiparse a los desafíos relacionados con la evidencia

Los profesionales intervinientes deben tener en cuenta las dificultades que pueden presentarse al establecer los elementos específicos de un delito más allá de toda duda razonable (cuadro 2.2). En algunas jurisdicciones puede haber presunciones refutables que ayuden a los fiscales a establecerlos. (Para un análisis de las presunciones, véase la sección 7.4.1 del capítulo 7).

Cuadro 2.2 Principales desafíos relacionados con la evidencia a la hora de establecer los elementos de determinados delitos penales en el contexto de la recuperación de activos

Delito	Desafíos
Cohecho	El establecimiento del delito puede requerir que se pruebe que el soborno efectivamente se ofreció, prometió o pagó como parte de un “pacto de corrupción”; también puede ser preciso que se pruebe la existencia de un acuerdo previo sobre los términos del soborno y la demostración de un <i>quid pro quo</i> entre el sobornador y el funcionario público o empleado del sector privado. Será difícil encontrar pruebas de un pacto de corrupción —que a menudo se acuerda en secreto—, especialmente si la investigación se lleva a cabo mucho después de los hechos. Cuando hay filiales o intermediarios que pagan sobornos en el extranjero, es posible que los fiscales tengan que demostrar que los gerentes o directores de la sede central conocían el delito o tenían la intención de que la filial o el intermediario lo cometieran. Los demandados pueden alegar que los empleados que pagaron sobornos a funcionarios públicos extranjeros actuaron a título personal, burlando las directrices corporativas.
Enriquecimiento ilícito	Para demostrar el enriquecimiento ilícito puede ser necesario evaluar los bienes o ingresos ocultos de una persona.
Robo o malversación de fondos	El delito puede no aplicarse a bienes raíces, a la prestación de servicios o a activos intangibles.
Lavado de dinero	Suele requerir la prueba de la comisión de un delito subyacente, así como de transacciones o planes organizados para ocultar o encubrir el origen, la propiedad o el control ilegales de los activos.
Adulteración o falsificación	Puede requerir pruebas de que los documentos falsificados tienen importancia o consecuencias legales. Otros tipos de documentos no suelen considerarse susceptibles de ser adulterados. En algunas jurisdicciones, los delitos contables se aplican exclusivamente a los estados contables publicados.
Responsabilidad penal de personas jurídicas	La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede no existir en todas las jurisdicciones o no aplicarse a todos los tipos de delitos. Cuando se presentan cargos contra personas jurídicas, como grandes empresas multinacionales, puede ser difícil identificar a un responsable individual dentro de una cadena de gestión.
Fraude	Cuando se comete a lo largo de un período prolongado, el fraude puede implicar cientos o incluso miles de delitos individuales, cuyo procesamiento judicial puede resultar engorroso o difícil. El uso de cargos de muestra o representativos puede tener consecuencias adversas en procedimientos de confiscación conexos.

Debe realizarse un examen caso por caso de las dificultades que pueden plantear los distintos delitos. Por ejemplo, cuando durante la investigación preliminar no se dispone de pruebas documentales escritas ni de indicio de *quid pro quo* sobre soborno, puede ser más fácil de probar el enriquecimiento ilícito que el cohecho⁴⁹. No obstante, si los investigadores descubren tales pruebas, el cohecho se convertirá en el delito más fácil de probar, porque el enriquecimiento ilícito requiere que la fiscalía reúna información sobre el patrimonio y el estilo de vida del demandado.

2.10.3 Imposibilidad de obtener una condena

En la mayoría de las jurisdicciones no se pueden entablar causas penales sin la presencia del demandado, como en los casos de fuga o fallecimiento. En algunas jurisdicciones de derecho civil sí cabe la posibilidad de proceder con un juicio penal en ausencia del acusado si este se ha dado a la fuga. Sin embargo, las condenas en estos casos pueden no ser definitivas, ya que el fugitivo podría apelar las decisiones judiciales al ser detenido. Por otra parte, algunas leyes de confiscación contienen disposiciones sobre fuga que permiten que la ley se siga aplicando incluso en caso de huida o fallecimiento del demandado.

Si el demandado es un fugitivo, las autoridades deben considerar la posibilidad de obtener su extradición en el contexto de convenios multilaterales y bilaterales, la legislación del Estado al que ha huido, o ambos. Este proceso puede resultar prolongado y frustrante, especialmente cuando entre los trámites de extradición en la jurisdicción extranjera se incluyen procedimientos judiciales y posibles apelaciones ante tribunales superiores.

Además, si el país que extradita negase algunos de los delitos penales en los que se basa el requerimiento, el principio de especialidad (denominado también “principio de uso limitado”)⁵⁰ podría obligar al país requirente a cesar la investigación o el enjuiciamiento por esos delitos. Los profesionales intervinientes pueden buscar alternativas, como la presentación de una denuncia ante las autoridades extranjeras (que conduzca a la confiscación con condena o sin ella en esa jurisdicción) o el inicio de un procedimiento nacional de confiscación sin condena. Si el demandado ha fallecido, las autoridades pueden considerar la posibilidad de emprender una acción civil privada contra el patrimonio heredado por los descendientes (en tribunales nacionales o extranjeros) o la confiscación sin condena nacional o extranjera.

Si las autoridades carecen de pruebas suficientes que cumplan el estándar probatorio para establecer una condena, los profesionales intervinientes deben considerar si hay

⁴⁹ Obsérvese que el enjuiciamiento por enriquecimiento ilícito puede ser problemático en algunas jurisdicciones, en lo que respecta al cumplimiento del requisito de doble incriminación en materia de asistencia judicial recíproca. Para obtener más información, véase la sección 9.2.2 del capítulo 9.

⁵⁰ Para obtener más información sobre el principio de especialidad, véase la sección 9.2.2 del capítulo 9, sobre los requisitos de asistencia judicial recíproca.

pruebas suficientes para proceder mediante una acción civil privada o un procedimiento de confiscación sin condena (véase la sección 2.8.5 relativa a los estándares probatorios).

2.11 Gestión de casos

Para aumentar la eficacia, la responsabilidad y la transparencia, será importante que existan políticas y procedimientos adecuados que garanticen que los presuntos delincuentes sean acusados adecuadamente, que las pruebas se recolecten en forma correcta y pasen de las entidades de aplicación de la ley a los fiscales y a los tribunales, y que se respeten los derechos del procesado al debido proceso. El incumplimiento de los requisitos de confidencialidad o de las garantías procesales puede llevar a la anulación de la causa en el ámbito nacional, a la pérdida de credibilidad y a la imposibilidad de obtener cooperación internacional de jurisdicciones extranjeras. En investigaciones complejas y de gran envergadura suele ser aconsejable asignar a uno o varios profesionales específicos la responsabilidad de recolectar, cotejar y gestionar las pruebas de forma segura. A continuación, se exponen algunos ejemplos de políticas y procedimientos importantes.

2.11.1 Planificación y liderazgo estratégicos

Aunque es preferible establecer las estrategias al principio del caso, las autoridades deben asegurarse de que la toma de decisiones sea un proceso continuo y fluido. En cualquier momento del proceso de recuperación de activos pueden surgir dificultades o desafíos imprevistos que requieran nuevos métodos de investigación o la búsqueda de vías alternativas.

Para garantizar la máxima flexibilidad, el caso debe ser objeto de revisión frecuente en reuniones que cuenten con la participación de responsables de la formulación de políticas, fiscales y, cuando corresponda, jueces de instrucción y otros organismos interesados. Estas reuniones deben basarse en informes o expedientes pormenorizados, actualizados y exactos en los que se detallan las decisiones recientes y su justificación, y en ellas habrá de dedicarse tiempo a prever posibles desafíos u oportunidades. Muchas jurisdicciones han considerado útil nombrar a un gestor de casos responsable de coordinar las reuniones, tomar las decisiones finales, garantizar los recursos, etc.

2.11.2 Coordinación y plazos

El caso debe planificarse para garantizar que las medidas de investigación y las solicitudes de asistencia judicial recíproca se coordinen con las medidas provisionales y las detenciones, de modo de evitar la desaparición o el traslado de activos o la huida de la persona sujeta a investigación. Por ello, la cooperación informal (como se destaca en el capítulo 8) es siempre clave para el éxito de las investigaciones internacionales.

Cuando corresponda la incautación de bienes, las cuestiones relacionadas con la gestión de activos deben evaluarse como parte del proceso de planificación. También deben establecerse mecanismos que garanticen la seguridad de los testigos clave, de los

funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de los abogados o de los jueces que se ocupan de casos de gran repercusión. Esta coordinación es especialmente importante en las fases iniciales de la investigación, ya que numerosas tareas —como la recopilación de información básica, la solicitud de documentos, el interrogatorio de testigos y la presentación de solicitudes de asistencia judicial recíproca— podrían alertar a las posibles personas investigadas y darles la oportunidad de destruir u ocultar pruebas documentales, influir en testigos clave, trasladar u ocultar activos, obtener apoyo político o huir a jurisdicciones extranjeras.

Ese riesgo debe evaluarse constantemente y minimizarse mediante la elección cuidadosa de técnicas de investigación encubiertas en las primeras fases de la investigación, como, por ejemplo, al realizar vigilancia física y electrónica, monitorear las comunicaciones electrónicas y las redes sociales, examinar el correo y la basura, o usar informantes. Cuando se necesiten técnicas más evidentes (como allanamiento de domicilios o empresas, órdenes de incautación o de exhibición de documentos, o entrevistas a testigos y personas investigadas), será importante considerar la posibilidad de coordinar esas actividades con el momento de las detenciones o de la inmovilización o incautación de activos. (Para obtener información adicional sobre estas cuestiones, véanse, entre otros, la sección 3.2 del capítulo 3, “Elaboración de un plan de investigación”; el capítulo 5, secciones 5.4.2 acerca de las “Consideraciones sobre la administración de los activos” y 5.5 acerca del “Momento de aplicación de las medidas provisionales”, y el capítulo 6, “Administración de los activos sujetos a confiscación”).

Además, en las investigaciones financieras complejas puede resultar muy ventajoso contar con investigadores experimentados que se encarguen de realizar las entrevistas.

2.11.3 Implementación de un sistema de gestión de casos

Las bases de datos electrónicas que contienen información sobre casos de recuperación de activos pueden ser muy útiles. Por ejemplo, la Base de Datos Conjunta de Recuperación de Activos (JARD) del Reino Unido es una base de datos operacional gestionada por la Agencia Nacional de Investigaciones Criminales en la que figura información sobre los casos de recuperación de activos de los que se ha ocupado el sistema de justicia penal. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley —Policía, Fiscalía de la Corona, Oficina de Fraudes Graves y otras autoridades locales— proporcionan la información para las entradas de esta base de datos. Los datos se modifican constantemente a medida que avanzan los procesos; se añaden casos nuevos y se resuelven otros⁵¹.

Los expedientes deben estar organizados para asegurarse de que se cumplan los plazos pertinentes al caso; por ejemplo, que los cargos se presenten dentro del plazo de prescripción y que se apliquen las prórrogas de las medidas provisionales, la detención preventiva de los sospechosos u otros recursos temporales. El expediente del caso debe

⁵¹ Ministerio del Interior, “Boletín estadístico de recuperación de activos, 2011/12 a 2016/17”, *Boletín estadístico 15/17*, septiembre de 2017, pág. 3.

incluir también los activos que se desea recuperar, gráficos que ilustren el flujo de las operaciones financieras, explicaciones de los cálculos del producto del delito (realizados de acuerdo con la legislación nacional) y resúmenes de las pruebas testimoniales y documentales.

Las pruebas deben estar numeradas, registradas y almacenadas en un lugar seguro, junto con los registros de la cadena de custodia entre la incautación y el almacenamiento. Aunque estos preparativos llevan mucho tiempo y puede parecer que obstaculizan el avance del caso, son necesarios para garantizar la integridad de las pruebas o la cadena de custodia. El apéndice L contiene las directrices de la Iniciativa StAR sobre la organización de los expedientes para maximizar la eficiencia.

La redacción de informes es un aspecto importante de una investigación penal al que, a menudo, no se presta atención o se le da menos prioridad. Sin embargo, en las investigaciones sobre la recuperación de activos, adquiere una importancia aún mayor porque tales procesos pueden ser largos, complejos y multijurisdiccionales. La redacción de informes precisos, oportunos y concisos ayudará, por ejemplo, a incluir los antecedentes necesarios para cumplir los requisitos probatorios en las solicitudes de pruebas de la asistencia judicial recíproca. Es imprescindible que los profesionales intervinientes documenten sus hallazgos periódicamente a lo largo de toda la investigación, así como después de eventos significativos. Los informes deben redactarse de forma clara y concisa (preferiblemente el mismo día del acontecimiento que se describe) y deben incluir toda la información y los sucesos pertinentes. Deben ser revisados y aprobados por un supervisor lo antes posible.

2.11.4 Cómo atender las solicitudes de información de los medios de comunicación

Los casos de corrupción, sobre todo los que involucran a funcionarios de alto nivel, suelen atraer la atención de los medios de comunicación. Los profesionales intervinientes deben estar preparados para manejar adecuadamente las solicitudes de información de los medios; de lo contrario, la divulgación inadvertida de información confidencial puede tener consecuencias desastrosas para un caso.

En la mayoría de las jurisdicciones, la responsabilidad de tratar con los medios de comunicación recae en el procurador general o en el director de un organismo estatal pertinente (por ejemplo, Asuntos Públicos, oficina de personal o Departamento de Justicia). Normalmente, se designa como persona de contacto con los medios de comunicación a un funcionario superior de la oficina local o, en los casos más importantes, a un miembro de alto rango del equipo. Estas personas deben estar debidamente formadas y familiarizadas con las orientaciones y los procedimientos aplicables (si se dispone de ellos), tales como las formas de dirigirse a los medios a través de comunicados o conferencias de prensa, los tipos de información que pueden divulgarse en una investigación en curso y la coordinación con los homólogos nacionales en cuestiones de importancia nacional o regional. En algunos casos, los profesionales intervinientes han considerado útil designar a una persona de contacto para la

información procesal (no sustantiva), que sepa explicar el funcionamiento del sistema judicial.

En definitiva, hay que evitar cualquier declaración que pueda obstaculizar las medidas judiciales contra la persona investigada. En algunos casos, los profesionales también pueden considerar el uso de los medios como instrumento para obtener el apoyo del público, pero deben asegurarse de que este tipo de comunicación esté permitido y se lleve a cabo en el contexto de la legislación o regulación pertinentes⁵².

Bibliografía

- BEIS (Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Government of the United Kingdom). 2017. “Register of People with Significant Control: Guidance for People with Significant Control over Companies, Societates Europaeae, Limited Liability Partnerships and Eligible Scottish Partnerships.” London: The Stationery Office. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/753028/170623_NON-STAT_Guidance_for_PSCs_4MLD.pdf.
- CCFD (Catholic Committee against Hunger and for Development). 2007. *Biens mal acquis ... profitent trop souvent: La fortune des dictateurs et les complaisances occidentales* [Ill-Gotten Goods . . . Too Often Do Benefit: Western Complacency and the Wealth of Dictators]. [In French] Report, Studies and Advocacy Department, CCFD, Paris. https://web.archive.org/web/20081123194925/http://www.ccf.asso.fr/e_upload/pdf/biens-mal-acquis.pdf.
- Chaikin, David. 2010. “International Anti-Money Laundering Laws: Improving External Accountability of Political Leaders.” U4 Brief 2010:4, Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway. <https://www.cmi.no/publications/file/3775-international-anti-money-laundering-laws-improving.pdf>.
- Chaikin, David, and Jason C. Sharman. 2009. *Corruption and Money Laundering: A Symbiotic Relationship*. New York: Palgrave Macmillan. <https://www.palgrave.com/gp/book/9780230613607>.
- COE (Council of Europe). 2018. “Report of the Independent Investigation Body on the Allegations of Corruption with the Parliamentary Assembly.” Report, COE, Strasbourg, France. <http://assembly.coe.int/Communication/IBAC/IBAC-GIAC-Report-EN.pdf>.
- DOJ and SEC (US Department of Justice and US Securities and Exchange Commission). 2012. “FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.” Guide produced by the DOJ Criminal Division and the SEC Enforcement Division, Washington, DC. <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>.

⁵² Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Operación *Lava Jato* de Brasil, donde los profesionales utilizaron la prensa para conseguir el apoyo de la opinión pública. Aunque la práctica de filtrar información a la prensa puede suscitar objeciones serias, “el flujo constante de revelaciones mantiene al público interesado y a los líderes de los partidos a la defensiva” (Gilbert, 1995, págs. 134 y 135).

- ESI (European Stability Initiative). 2012. “Caviar Diplomacy: How Azerbaijan Silenced the Council of Europe, Part 1.” Report, ESI, Berlin. https://www.esiweb.org/pdf/esi_document_id_131.pdf.
- ESI (European Stability Initiative.) 2016. “The European Swamp (Caviar Diplomacy, Part 2): Prosecutors, Corruption and the Council of Europe.” Report, ESI, Berlin. <https://www.esiweb.org/pdf/ESI%20-%20The%20Swamp%20-%20Caviar%20Diplomacy%20Part%20two%20-%202017%20December%202016.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2012. “Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery.” Best Practices Paper, FATF and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- FDFA (Swiss Federal Department of Foreign Affairs). 2016. “No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets.” Booklet, FDFA, Bern. https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.
- Gilbert, Mark. 1995. *The Italian Revolution: The End of Politics, Italian Style?* Boulder, CO: Westview Press.
- Greenberg, Theodore S., Linda M. Samuel, Wingate Grant, and Larissa Gray. 2009. *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/default/files/Non%20Conviction%20Based%20Asset%20Forfeiture.pdf>.
- Home Affairs Committee. 2016. “Proceeds of Crime, Fifth Report of Session 2016–2017.” Report of the Home Affairs Committee printed June 29, 2016, by authority of the House of Commons, UK Parliament, London. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmhaff/25/25.pdf>.
- IACAC (Inter-American Convention against Corruption) (B-58), adopted at the Organization of American States (OAS) Specialized Inter-American Conference, Third Plenary Session, March 29, 1996, Caracas, Venezuela, RB. http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf.
- Muzila, Lindy, Michelle Morales, Marianne Mathias, and Tammar Berger. 2012. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/958781468339641204/pdf/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption.pdf>.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 2016. “Typologies on the Role of Intermediaries in International Business Transactions: Final Report.” Report of the Working Group on Bribery in International Business Transactions, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (DAF) Anti-Corruption Division, OECD, Paris. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/43879503.pdf>.

- Perdriel-Vaissière, Maud. 2017. “France’s *Biens Mal Acquis* Affair: Lessons from a Decade of Legal Struggle.” Paper, Legal Remedies for Grand Corruption series, Open Society Foundations, New York. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/8e7d1268-b5fb-44cf-b549-bc0ed6500667/legal-remedies-11-perdriel-20170612.pdf>.
- Ribeiro, Fausto de Assis. 2017. “The Accidental Trojan Horse: Plea Bargaining as an Anticorruption Tool in Brazil.” Working Paper No. 627, International Institute of Social Studies of Erasmus University Rotterdam (ISS), The Hague, Netherlands. <https://repub.eur.nl/pub/97967>.
- Rossi, Ivana M., Laura Pop, and Tammar Berger. 2017. *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-To Guide for Effective Financial Disclosure*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf>.
- Scottish Government. 2017. “CashBack for Communities: Annual Report 2017.” Program report, Scottish Government, Edinburgh. <https://cashbackforcommunities.org/wp-content/uploads/2017/11/CashBack-Annual-Report-2016-17-Final.pdf>.
- Stephenson, Kevin M., Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabrielle Dunker, and Melissa Panjer. 2011. *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Barriers%20to%20Asset%20Recovery.pdf>.
- TI Italia (Transparency International Italia). 2016. “Impact of Statutes of Limitation in Corruption Cases Affecting EU Financial Interests: A Comparative Report.” Report, TI Italia, Milan. https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2017/01/TI_Report_Prescrizione.pdf.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.
- UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2015. “Digest of Asset Recovery Cases.” Digest by the UNODC Corruption and Economic Crime Branch, United Nations, New York. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-05350_Ebook.pdf.
- Wilson Center. 2017. “Dr. Rodrigo Janot on the Role of Plea Bargains in the Fight Against Corruption in Brazil.” Event Summary, July 2017, The Brazil Institute, Wilson Center, Washington, DC. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/janot_summary.pdf.

3. Obtención de pruebas y rastreo de activos (1): Medidas de investigación

3.1 Observaciones preliminares

Una de las mayores dificultades que pueden plantearse en un caso de recuperación de activos es poder presentar las pruebas que vinculan los activos a las actividades delictivas (confiscación basada en la propiedad) o que establecen el importe del beneficio derivado de un delito (confiscación basada en el valor)¹. Para establecer este vínculo (también denominado “nexo” o “rastreo documental”), los profesionales deben identificar y rastrear los activos —o “seguir el dinero”— hasta que se pueda determinar el vínculo con el delito o la ubicación de los activos.

Sin embargo, lo más habitual es que los activos se hayan movido por todo el mundo utilizando esquemas que implican sociedades extraterritoriales, vehículos corporativos, titulares nominales, intermediarios, “hombres de paja” y una variedad de operaciones financieras para lavar los fondos y opacar la visibilidad de este vínculo. Por consiguiente, los casos de recuperación de activos suelen requerir un trabajo intensivo de documentación y, como resultado, consumen mucho tiempo, son complicados y exigen habilidades técnicas diversas. Entre las capacidades con las que deben contar los profesionales figuran las siguientes:

- obtener información pertinente mediante técnicas de investigación tradicionales;
- utilizar de forma exhaustiva la información disponible de fuentes abiertas nacionales y extranjeras;
- obtener pruebas de corroboración mediante entrevistas a testigos o a personas investigadas;
- recolectar pruebas contextuales o circunstanciales;
- saber qué información se puede obtener de las instituciones financieras;
- analizar extractos bancarios, registros comerciales, documentos financieros y contratos;
- determinar quiénes son los titulares reales;
- coordinar tareas con las autoridades de jurisdicciones extranjeras;
- organizar la información de manera oportuna, completa y coherente.

Además, los profesionales intervinientes deben saber desde el principio de qué instrumentos jurídicos disponen para obtener más pruebas o resolver un caso, como la

¹ Para un análisis de los sistemas de confiscación basados en la propiedad y en el valor, véase la sección 7.3 del capítulo 7.

negociación de acuerdos de admisión de culpabilidad y la identificación de un amplio conjunto de partes a las que se pueda procesar judicialmente (incluido el caso de la ignorancia deliberada)².

En los capítulos 3 y 4 se presentan algunas de las técnicas que los profesionales intervinientes pueden utilizar para rastrear activos y analizar datos financieros, así como para obtener pruebas fidedignas y admisibles en casos de recuperación de activos. Las técnicas que se describen también pueden ser útiles para reunir pruebas que demuestren los elementos de los delitos que se están investigando.

Las diversas técnicas de investigación empleadas en todo el mundo —que se describen a continuación— servirán de ayuda a los profesionales en estos cometidos³. Sin embargo, las jurisdicciones pueden limitar el uso de algunas de esas técnicas o incluso pueden no permitir algunas. Además, las jurisdicciones diferirán en cuanto a las técnicas que requieren autorización judicial previa o la aplicación de un procedimiento especial. Normalmente, en el caso de las medidas coercitivas (como las órdenes de allanamiento, el acceso a la información de las cuentas bancarias y la vigilancia electrónica), puede ser necesario algún tipo de autorización previa; en cambio, para las medidas no coercitivas, como la obtención de información pública y de inteligencia de otros organismos estatales, es posible que no se requiera autorización.

Es indispensable que los profesionales determinen qué técnicas están autorizadas por ley y se aseguren de que se cumplan todos los requisitos jurídicos, las políticas y los procedimientos correspondientes. En el marco de una investigación, el profesional interviniente debe adoptar los protocolos adecuados para preservar la cadena de custodia de las pruebas de origen en las que se basará el caso. De este modo, se podrá demostrar ante las autoridades competentes que dichas pruebas se han obtenido legalmente y que, por tanto, son admisibles en cualquier procedimiento judicial previsto.

El respeto al imperio de la ley y a las garantías procesales de los acusados también será esencial, especialmente si se solicita asistencia internacional. Desviarse de los requisitos legales, las políticas y los procedimientos o violar los derechos del acusado puede ser catastrófico para un caso, ya que podría suponer la invalidación e inadmisibilidad de las pruebas descubiertas mediante el uso de esos métodos impropios, y posiblemente de toda la investigación. Por ello, los profesionales intervinientes deben velar por la protección de los siguientes derechos del acusado garantizados por instrumentos internacionales: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia, el derecho a la privacidad y la protección de la propiedad

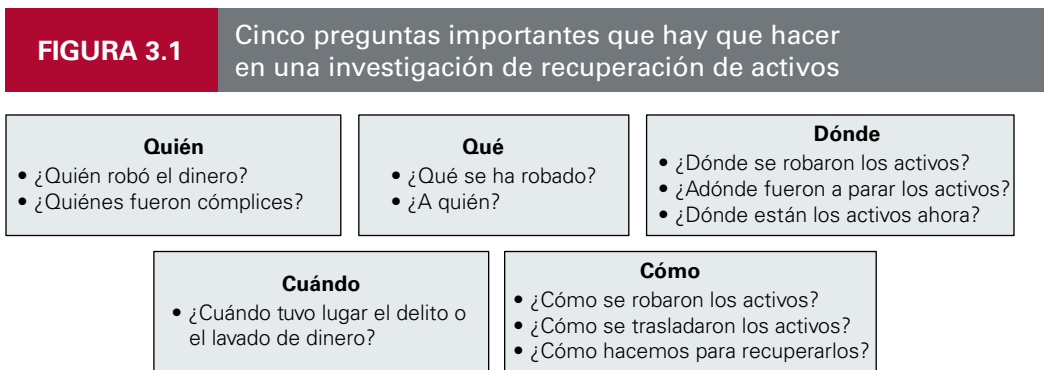
² Algunas jurisdicciones han creado unidades especializadas de investigadores que rastrean los activos, mientras que otros especialistas se centran en la recolección de pruebas relacionadas con delitos penales o conductas ilícitas. Debe haber una estrecha cooperación entre estos grupos de investigadores para evitar que se perjudique la investigación penal o la investigación de rastreo de activos.

³ Estos capítulos no tienen como objeto ser un manual exhaustivo de cada técnica. Se pueden encontrar guías más detalladas en internet y en fuentes públicas como bibliotecas y librerías. Además, muchos organismos nacionales y extranjeros cuentan con guías específicas que están dispuestos a compartir.

(Attisso, 2010, pág. 11). En los casos que requieran cooperación internacional, muchas jurisdicciones se negarán a brindar cooperación informal o asistencia judicial recíproca si perciben que no se han respetado los derechos del acusado⁴. (Véase también la sección 9.2.5 del capítulo 9, sobre los motivos de denegación, con especial atención al debido proceso).

3.2 Elaboración de un plan de investigación

Básicamente, en todas las investigaciones —y en especial, en los casos complejos de recuperación de activos robados— se busca establecer la verdad y responder a los cinco interrogantes tradicionales (figura 3.1): quién, qué, dónde, cuándo y cómo. Un plan de investigación establece el marco para responder estas preguntas y recolectar información y pruebas de manera eficiente y exhaustiva.



Fuente: Banco Mundial.

Para evitar la desaparición de los activos es fundamental rastrearlos en una fase temprana de la investigación, simultáneamente con la investigación de los delitos penales de corrupción, lavado de dinero, etc. La elaboración de un plan de investigación es un primer paso esencial y a menudo requiere adoptar una decisión sobre si conviene formular un enfoque centrado en la investigación de las actividades corruptas, en el lavado de dinero asociado a ellas o en ambas cosas. En el primer caso, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley investigan las actividades corruptas y luego siguen el rastro del dinero para identificar y recuperar el producto y los instrumentos del delito. En el segundo caso, los investigadores comienzan por el análisis de las operaciones financieras para vincularlas después a la corrupción u otros delitos.

Dado que los hechos subyacentes rara vez son estáticos, un plan de investigación evolucionará constantemente a lo largo de todo el proceso. La selección del enfoque aplicable dependerá de las jurisdicciones implicadas, de las vías judiciales que se espera

⁴ Para obtener más información sobre estos derechos básicos, véanse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, en vigor en 1976) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), ambos de las Naciones Unidas, así como acuerdos multilaterales regionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, en vigor en 1953).

seguir y de los recursos, el tiempo y la información preliminar sobre el caso de que dispongan los investigadores. En este contexto, los primeros contactos con homólogos extranjeros mediante canales informales también serán de utilidad.

En un caso complejo, en el plan de investigación generalmente se establecerán las estrategias indagatorias y judiciales para cada etapa, así como otros procedimientos jurídicos, entre ellos, los siguientes:

- la fecha y la secuencia de los hitos importantes (por ejemplo, las solicitudes de órdenes provisionales, el ejercicio de medidas coercitivas, los interrogatorios de asociados o personas investigadas, las solicitudes de asistencia judicial recíproca o el inicio de procedimientos judiciales);
- la secuencia de las acciones específicas que permitan alcanzar dichos hitos;
- el momento en que se llevan a cabo las medidas;
- las responsabilidades de organismos e investigadores específicos;
- las jurisdicciones implicadas y el plan de cooperación formal e informal;
- el presupuesto y los recursos para la investigación;
- una evaluación de lo que se puede obtener, a qué costo y en cuánto tiempo.

Es probable que entre los pasos específicos figuren la identificación de las personas, las sociedades y los activos implicados en el caso, y las conexiones entre ellos, seguida de un análisis de los activos y los flujos financieros. (Véase, por ejemplo, el análisis del caso Operación *Lava Jato* de Brasil en el recuadro 3.1, que ilustra la importancia de comprender los flujos financieros en un esquema de corrupción, especialmente cuando se utilizan numerosas sociedades fantasma). Resultará útil preparar perfiles de las personas investigadas, de los cómplices clave, de las empresas (por ejemplo, historial de la propiedad, transferencias de intereses y actividades principales) y de los activos (por ejemplo, titularidad y transferencias de intereses), así como actualizaciones de estos perfiles a medida que evoluciona el caso.

RECUADRO 3.1

Entender las conexiones y los flujos financieros:
El uso de sociedades fantasma en el caso
Operación *Lava Jato* de Brasil

Antecedentes: El gran escándalo de corrupción de Brasil conocido como *Operação Lava Jato* (Operación lavado de coches) pone de manifiesto la importancia de adoptar las medidas que sean necesarias para identificar a las partes, las empresas y los activos implicados en un caso, para entender sus conexiones y analizar los flujos financieros. Este caso se refiere a un gran esquema de corrupción que utilizaba una compleja red de sociedades fantasma —no solo en Brasil, sino también en jurisdicciones con paraísos fiscales— para blanquear el producto de la corrupción que tenía lugar en Brasil, o para transferir el dinero a personas y empresas en el extranjero. (Para obtener más información

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 3.1

Entender las conexiones y los flujos financieros: El uso de sociedades fantasma en el caso Operación *Lava Jato* de Brasil (continuación)

sobre el caso, véanse el capítulo 2, recuadros 2.4 y 2.11; el capítulo 4, recuadro 4.2; el capítulo 5, recuadro 5.5, y el capítulo 8, recuadro 8.1).

Uso de sociedades fantasma brasileñas: Las sociedades fantasma brasileñas tenían una doble función: blanquear el producto de la corrupción en Brasil y transferir dinero a personas y empresas en el extranjero. Esto se llevó a cabo mediante la utilización de contratos falsos entre sociedades fantasma y empresas constructoras brasileñas, con el respaldo de facturas ficticias. Los *doleiros* (cambistas del mercado negro habitualmente responsables del lavado de dinero) entregaban los beneficios blanqueados en forma de efectivo a los beneficiarios previstos^a. También utilizaban sociedades fantasma brasileñas para eludir los controles de divisas del país mediante contratos de importación falsos con empresas en el extranjero que también estaban constituidas por *doleiros*^b.

Uso de sociedades fantasma extraterritoriales: El esquema de corrupción se fue perfeccionando con el tiempo, y las operaciones se canalizaron a través de múltiples estratos de sociedades y cuentas bancarias en paraísos fiscales. Esos estratos solían incluir una primera capa extraterritorial cuyos beneficiarios eran empresas constructoras brasileñas, una segunda capa extraterritorial controlada por *doleiros* y una tercera capa extraterritorial cuyos beneficiarios eran funcionarios públicos y políticos.

El caso de Odebrecht —empresa constructora internacional con sede en Brasil que se vio involucrada en el escándalo— ilustra el funcionamiento de las sociedades extraterritoriales. Odebrecht había constituido varias sociedades extraterritoriales —como Smith & Nash Engineering (en las Islas Vírgenes Británicas)^c, Arcadex (en Belice), Golac Projects and Construction (en las Islas Vírgenes Británicas) y Havinsur (en Uruguay)—, todas ellas con cuentas bancarias en el PKB Privatbank de Suiza.

Valiéndose de las cuentas suizas correspondientes a esas sociedades, Odebrecht luego transfería dinero a cuentas bancarias pertenecientes a la segunda capa de sociedades extraterritoriales, constituidas por *doleiros*, como Constructora Internacional del Sur (en Panamá), Sagar Holding (en Panamá), Innovation Research Engineering and Development (en Antigua y Barbuda) y Klienfeld Services (en Antigua y Barbuda). A su vez, los *doleiros* utilizaban esta segunda capa de sociedades extraterritoriales para transferir el dinero a la tercera capa, conformada, por ejemplo, por Quinus Services, Milzart Overseas Holdings y Pexo (todas ellas constituidas en Panamá), que tenían como beneficiarios finales a empleados de Petrobras^d.

Odebrecht reprodujo el *modus operandi* de corrupción de *Lava Jato* en sus actividades comerciales en todo el mundo. Para obtener ventajas indebidas, Odebrecht sobornó a funcionarios públicos extranjeros mediante el mismo esquema de múltiples capas de entidades y cuentas bancarias extraterritoriales.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 3.1

Entender las conexiones y los flujos financieros: El uso de sociedades fantasma en el caso Operación *Lava Jato* de Brasil (continuación)

Según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, Odebrecht pagó sobornos en 11 países, entre ellos, Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, la República Bolivariana de Venezuela y la República Dominicana. Solo en Panamá, Odebrecht fue acusada de pagar más de USD 59 millones en sobornos a funcionarios del Gobierno y a intermediarios que trabajaban en su nombre^e.

Procesos e incautaciones: En el marco de la investigación de la fiscalía panameña sobre la trama de sobornos de *Lava Jato*, Ricardo Alberto Martinelli y Luis Enrique Martinelli (hijos del expresidente panameño Ricardo Martinelli Berrocal) fueron acusados de aceptar sobornos de Odebrecht por valor de USD 22 millones. Las autoridades de Suiza también están investigando a los hijos de Martinelli y se han incautado de USD 22 millones que se encontraban en bancos suizos y pertenecían a ellos.

Odebrecht habría utilizado la misma red de sociedades fantasma y cuentas bancarias extraterritoriales para realizar pagos a empresas en paraísos fiscales propiedad de los hermanos Martinelli, como Kadair Investments (constituida en las Islas Vírgenes Británicas). Kadair Investments recibió cuatro transferencias bancarias de Odebrecht a su cuenta en el Banque Pictet, en Suiza, por distintos valores: USD 1,8 millones, USD 2,26 millones, USD 3,2 millones y USD 1,5 millones. Estos pagos se canalizaron a través de cuatro empresas extraterritoriales, respectivamente: Trident Inter Trading, Innovation Research Engineering and Development, Constructora Internacional del Sur y Klienfeld Services, constituidas en Panamá o Antigua y Barbuda^f.

a. Por ejemplo, según el Ministerio Público Federal de Brasil, esto fue lo que ocurrió en la construcción de un edificio para el Centro de Investigación y Desarrollo Américo Miguez de Mello (Cenpes) de Petrobras. El Consorcio Novo Cenpes, responsable de la ejecución de las obras (integrado por cinco empresas constructoras —OAS, Carioca Engenharia, Construbase Engenharia, Construcap CCPS Engenharia y Schahi Engenharia— firmó un contrato con MRT Gestão Empresarial, que, a pesar de no haber ejecutado ningún servicio, dio lugar al pago de cuatro facturas por un importe de BRL 492 533,88 (492 533,88 reales brasileños) cada una (véase la denuncia contra Adir Assad, Agenor Medeiros y otros, 9 de agosto de 2016, <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/denunciaabismo.pdf>). Posteriormente, dichas cantidades fueron utilizadas para pagar en efectivo a Renato Duque, Pedro Barusco y Paulo Adalberto Albes Ferreira, empleados de Petrobras.

b. Según el Ministerio Público Federal de Brasil, Alberto Youssef, junto con Leonardo Meirelles, Pedro Argese, Esdra de Arantes, Raphael Flores y Carlos Alberto, transfirieron al extranjero la cantidad de USD 444 659 188,75 mediante operaciones de cambio de divisas, utilizando las siguientes sociedades fantasma brasileñas (donde "ME" significa "microempresa" y "EPP", "entidad de pequeña empresa"): Bosred Serviços de Informática ME; Hmar Consultoria em Informática ME; Labogem S/A Química Fina e Biotecnologia; Indústria e Comércio de Medicamentos Labogem; Piroquímica Comercial EPP; RMV & CVV Consultoria em Informática ME, y las sociedades fantasma en el extranjero DGX Imp. and Exp. y RFY Imp. Exp. (Fausto Macedo [2014], "Justiça abre ação contra doleiro da Lava Jato" [La justicia abre juicio contra el doleiro de Lava Jato], *exame.com*, 23 de abril de 2014, <https://exame.com/brasil/justica-abre-acao-contra-doleiro-da-lava-jato/>).

c. La jurisdicción de constitución del vehículo corporativo se menciona entre paréntesis después de su nombre.

d. Denuncia contra César Rocha, Marcelo Odebrecht y otros, 16 de octubre de 2015.

e. Estados Unidos de América c. Odebrecht S. A., acuerdo de admisión de culpabilidad, Cr. No. 16-643 (RJD) (F#2016R00709), 12 de diciembre de 2016, <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>.

f. Rolando B. Rodríguez (2017), "Ricardo y Luis Enrique Martinelli Linares recibieron millones de Odebrecht", *La Prensa*, 23 de enero de 2017, https://www.prensa.com/imprensa/panorama/Ricardo-Enrique-Martinelli-Linares-Odebrecht_0_4672782785.html.

En casos complejos que implican actividades delictivas graves y grandes volúmenes de documentación, a los profesionales intervinientes les resultará útil establecer

prioridades y centrarse en tipos específicos de documentación, de cuentas, o en un marco temporal en función de la naturaleza del caso. Por ejemplo, obtener, asegurar y analizar toda la documentación de las cuentas bancarias que pueda interpretarse y trazarse fácilmente es muy útil en los casos de lavado de dinero en los que los investigadores necesitan mostrar los vínculos entre individuos y empresas y revelar el flujo de dinero. Sin embargo, en el caso de un individuo que vive de sobornos en efectivo, las pruebas más importantes pueden ser los testimonios de los testigos (como los de asociados comerciales, empleados y vecinos) o la información de fuentes abiertas (como la procedente de títulos de propiedad, registros judiciales, registros fiscales y medios sociales).

Los profesionales intervinientes también pueden considerar que los expedientes en papel generan desafíos para la gestión de los casos y que no se ajustan a las necesidades de los investigadores que pueden estar trabajando en un caso, quizás en diferentes períodos del ciclo de investigación. Este problema se puede resolver con un sistema electrónico de gestión de casos. Estos sistemas no solo pueden ampliarse para seguir y registrar los pasos de la investigación y otros datos básicos, sino también para incrementar la presentación electrónica de documentos, agilizar el proceso de presentación de informes y facilitar los esquemas de descubrimiento o divulgación. El sistema electrónico de gestión también podría incluir la capacidad de crear documentos electrónicos con hipervínculos desde una unidad de disco compartida, lo que garantizaría que todo el registro de la investigación esté en gran parte en un lugar seguro. La Iniciativa StAR del Banco Mundial y de la UNODC ha elaborado orientaciones sobre cómo establecer y utilizar sistemas de gestión de casos (véase el apéndice L).

En las secciones siguientes se explican otras consideraciones importantes que deben tenerse en cuenta a lo largo de una investigación sobre la recuperación de activos.

3.2.1 Consideraciones sobre la titularidad efectiva

Con frecuencia, y especialmente en los casos de gran corrupción, los funcionarios corruptos no tienen activos o cuentas bancarias a su nombre. En su lugar, los activos están en manos de otras personas o empresas para disfrazar el papel del funcionario como titular real, la “persona física” que en definitiva posee o controla los activos o las cuentas bancarias (recuadro 3.2). Por esta razón, es útil elaborar perfiles de la persona investigada y análisis de redes de sus asociados y de operaciones comerciales sospechosas (inversiones poco habituales, préstamos, acuerdos de consultoría o comisiones por resultados exitosos). Es importante que los profesionales intervinientes investiguen los activos y las cuentas bancarias de los posibles implicados, entre ellos:

- parientes, cónyuges y parejas sentimentales; asociados comerciales; amigos y allegados, o incluso empleados del hogar;
- titulares nominales, intermediarios u “hombres de paja”: individuos que son engañados o participan voluntariamente en la protección del funcionario corrupto mediante la tenencia de un activo o la apertura y gestión de una cuenta, a menudo a cambio de una pequeña comisión;

RECUADRO 3.2

Uzbekistán: Titularidad efectiva de sociedades fantasma en el caso Gulnara Karimova

Según la demanda de decomiso civil formulada por Estados Unidos, Gulnara Karimova (exfuncionaria uzbeka e hija del expresidente de Uzbekistán) utilizó sociedades fantasma de las que era titular real para obtener participaciones en el capital de determinadas filiales uzbecas de empresas de telecomunicaciones y posteriormente vendió estas participaciones a las empresas de telecomunicaciones con una ganancia excesiva^a.

Además, una sociedad fantasma propiedad de Karimova celebró una serie de contratos con las empresas de telecomunicaciones o sus filiales, lo que le permitió recibir millones de dólares en pagos procedentes de la corrupción. A cambio de estos pagos, su sociedad fantasma dispuso que su filial renunciara a los derechos de uso de ciertos activos valiosos, acordando que la sociedad fantasma no recibiría el pago completo de las empresas de telecomunicaciones hasta que esos activos fueran asignados a sus filiales uzbecas por un organismo estatal uzbeco mediante un proceso no transparente y no competitivo.

Asimismo, una sociedad fantasma celebró contratos de consultoría multimillonarios con dos de las empresas de telecomunicaciones (VimpelCom y TeliaSonera) para estructurar grandes pagos procedentes de la corrupción a Karimova con el fin de inducirla a utilizar su influencia en el Gobierno y ayudar a sus operaciones en Uzbekistán (una parte del caso que se analiza con más detalle en el capítulo 2, recuadro 2.9).

a. Denuncia, Estados Unidos c. Todos los fondos depositados en el número de cuenta Ch140876000050335300 (S.D.N.Y., 2016), <https://www.justice.gov/opa/file/826636/download>.

- vehículos corporativos, como empresas, fideicomisos, sociedades de responsabilidad limitada y fundaciones. Para acceder a una lista y descripción de algunos vehículos corporativos, véase el apéndice B⁵.

En el caso de activos depositados en instituciones financieras, algunas pueden proporcionar el nombre de la persona física que es la titular real de la cuenta⁶. Sin embargo, no todos los bancos pueden obtener esta información, especialmente cuando se utiliza una cadena de personas jurídicas para disfrazar al titular real. Aunque

⁵ El uso indebido de vehículos corporativos en los casos de gran corrupción (tanto en actos de corrupción como en el lavado del producto de la corrupción) se analiza en Van der Does de Willebois y otros (2011), https://star.worldbank.org/sites/default/files/puppetmasters_spanish_web_final.pdf.

⁶ La comunidad internacional ha adoptado normas que obligan a las instituciones financieras a actuar con la diligencia debida en lo que respecta a conocer a los clientes y a los titulares reales que están detrás de estos, a obtener información sobre la naturaleza de la relación comercial y a aplicar medidas reforzadas en las relaciones con las personas expuestas políticamente, es decir, los funcionarios públicos de nivel superior, sus familias y sus allegados. Véanse la UNCAC, artículo 52, y las recomendaciones 10 y 12 del GAFI sobre “Debida diligencia del cliente” y “Personas expuestas políticamente”, respectivamente (FATF [GAFI], 2019). Lamentablemente, estas normas no siempre se aplican (Greenberg y otros, 2010, págs. 7 a 13).

mediante los registros se puede identificar a los accionistas u otras partes implicadas, no siempre se revela el titular real. Incluso cuando la persona que abre la cuenta identifica a un titular final, puede proporcionar datos falsos para ocultar la identidad del funcionario corrupto.

Dadas estas limitaciones y el hecho de que muchos otros activos no incluyen información sobre la titularidad efectiva, los profesionales intervinientes deben asegurarse de que en la investigación se adopten medidas para determinar y corroborar qué personas (y empresas) reales constituyen los verdaderos titulares de los activos. En consecuencia, un investigador puede recurrir a técnicas de investigación tradicionales o desarrollar información procedente de fuentes abiertas para complementar el análisis de la información documental proporcionada por las instituciones financieras.

3.2.2 Consideraciones sobre activos mezclados

Al rastrear activos en el sector financiero, es importante recordar que el producto de la corrupción es fungible, es decir, que puede haberse combinado con otros activos no vinculados al delito, que puede haber cambiado de forma y que su flujo puede haberse modificado mediante canales diversos. Pero incluso si tal producto cambia de forma (como, por ejemplo, en el caso de USD 1 millón depositado en una cuenta y transferido en partes posteriormente a diferentes cuentas bancarias, o utilizado para comprar bienes), la forma final que adopte o su valor equivalente pueden ser confiscados⁷.

3.2.3 Adopción de medidas provisionales

Por último, los profesionales intervinientes no deben dejar nunca de evaluar si es práctico y factible adoptar medidas provisionales de incautación e inmovilización de activos descubiertos mientras trabajan en su localización. En algunos casos, pueden decidir mantener la cuenta abierta y vigilar la actividad que se produzca en ella para descubrir nuevas pistas. Sin embargo, si existe el peligro de que la persona investigada reciba un aviso y haga desaparecer los activos o los traslade, habrá que plantearse si aplicar medidas provisionales, dado que no sería infrecuente que tal iniciativa pudiera alertarla. Para un análisis de las medidas provisionales, véase el capítulo 5.

3.3 Elaboración de un perfil de la persona investigada

En todas las investigaciones, un primer paso esencial es la creación de un perfil de la persona investigada. Los profesionales intervinientes recopilan y registran toda la información básica relacionada con la persona, como la que la identifica de forma completa y muestra cualquier alias que utilice. Todos estos datos deben mantenerse

⁷ En este sentido, es importante que las jurisdicciones definan de forma amplia en su legislación lo que son “activos” o “bienes” y el “producto del delito”. Véase la UNCAC, artículo 2 d). Para acceder a un análisis de los fondos combinados, véase también la sección 7.3.1 del capítulo 7 (“Confiscación basada en la propiedad”).

ordenados dentro de la carpeta del caso. En los casos multijurisdiccionales, se espera que la información del perfil del sujeto se comparta con los homólogos extranjeros. En el recuadro 3.3 se ofrece una lista de comprobación de la información pertinente que los profesionales deben tratar de reunir en las primeras fases de una investigación.

RECUADRO 3.3

Lista de comprobación de la información básica para un perfil de persona investigada

Los profesionales intervinientes deben recolectar y mantener la siguiente información durante las primeras etapas de una investigación de recuperación de activos:

- nombre (incluidos los alias), fecha y lugar de nacimiento de la persona investigada, copias del certificado de nacimiento, y de pasaportes y documentos nacionales de identidad;
- nombres (incluidos los alias) y fechas y lugares de nacimiento de los cónyuges, hijos, padres, nuevas parejas (si están divorciados o separados), hermanos, cuñados, familiares directos (tíos, primos, abuelos, nietos) y familiares del cónyuge;
- números de teléfono pertinentes (de empresa, de casa, de celular), direcciones de correo electrónico y cualquier otro dato de contacto, que, en algunas jurisdicciones, pueden obtenerse de la información de abonado proporcionada a un proveedor de servicios de internet;
- fotografías recientes de todas las personas investigadas y sus asociados (incluida la identificación emitida por el Gobierno);
- una tarjeta de huellas dactilares;
- resultados de la búsqueda de antecedentes penales;
- registro académico, historial laboral y pertenencia a asociaciones;
- resultados de las búsquedas de fuentes públicas sobre las personas investigadas, sus asociados y empresas afiliadas, utilizando motores de búsqueda de internet, redes sociales, informes de medios de comunicación locales e internacionales y bibliotecas;
- información de organismos estatales (como se explica en la sección 3.4.2);
- declaraciones salariales del sujeto de parte de un empleador estatal pertinente, si procede;
- registros inmobiliarios, como contratos de compraventa, hipotecas, solicitudes de préstamo y tasaciones;
- información que identifique a bancos o cuentas bancarias y otras entidades que puedan tener registros comerciales; los profesionales también pueden considerar las órdenes de retención (como se explica en el recuadro 3.10).

3.4 Obtención de información, datos financieros y otras pruebas

A medida que se identifica a las personas investigadas, los profesionales intervinientes tendrán que obtener información y datos financieros sobre ellas y asegurarse de que se logren pruebas fiables y admisibles para el juicio. En función del plan de investigación, los datos financieros pueden incluir todos los activos y pasivos, los ingresos y los gastos de las personas investigadas y sus empresas. Los documentos y otras pistas deben obtenerse de diversos orígenes, como internet y otras fuentes públicas; organismos estatales; instituciones financieras, incluidos los servicios de banca electrónica; proveedores de servicios monetarios; bufetes de abogados y contadores; prestadores de servicios fiduciarios y empresariales; agentes inmobiliarios; marchantes de arte; compañías de seguros; competidores comerciales; programas de viajes y de recompensas; empresas, familiares, empleados y asociados de las personas investigadas, y las propias personas investigadas (como se analiza, por ejemplo, en el recuadro 3.11 sobre requerimientos de justificación patrimonial).

La selección de una técnica de investigación concreta debe evaluarse como parte del plan o marco de investigación general (véase la sección 3.2) y coordinarse entre las diferentes unidades de investigación nacionales y extranjeras, según proceda.

Por lo general, el profesional interviniente debe comenzar con el uso de las técnicas de investigación más sencillas y no intrusivas (como la recopilación de información básica, incluidas las búsquedas en internet y en los medios de comunicación, para preparar el perfil de la persona investigada) antes de aplicar otras más complejas (como las escuchas telefónicas). Además, los profesionales pueden considerar el uso de técnicas encubiertas (como la vigilancia física, la información pública, las búsquedas en medios sociales de fuentes abiertas, la información de otros organismos estatales y las búsquedas en la basura) antes de pasar a técnicas directas como los registros —previa obtención de una orden de allanamiento— en zonas en las que una persona tiene una expectativa de privacidad razonable. Siempre que sea posible, se debe considerar el uso de *software* de anonimización para proteger la identidad del profesional al realizar búsquedas en línea y en redes sociales. En todo momento, el profesional debe actuar con cautela y discreción en el enfoque de la investigación para evitar alertar a las personas investigadas.

Los profesionales también deben tener en cuenta que el uso de una técnica puede proporcionar pistas o información que se conviertan en motivo para tomar medidas adicionales. El registro de un negocio o de una residencia puede revelar pruebas que vinculen a la persona investigada con una cuenta bancaria, pruebas que pueden respaldar una orden posterior para obtener información sobre cuentas bancarias, una vez demostrado el nexo con la persona. La vigilancia física puede revelar la presencia de un potencial agente o intermediario profesional que debe ser investigado. Los documentos obtenidos mediante una orden de exhibición de un banco pueden revelar los nombres de los funcionarios del banco o de las personas involucradas en una transacción que, a su vez, pueden proporcionar pistas adicionales si se las entrevista. Para acceder a un ejemplo de cómo pueden utilizarse las técnicas de investigación en la práctica, véase el recuadro 3.4, en el que se exponen las técnicas aplicadas en el Reino Unido en el caso de Joshua Dariye, gobernador de un estado nigeriano.

En el Reino Unido, un grupo de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tomaron conocimiento de las denuncias de corrupción y de apropiación indebida de bienes contra Joshua Dariye, exgobernador del estado nigeriano de Plateau, y sospecharon que los activos podían encontrarse en el país. Mediante las siguientes técnicas de investigación, acabaron por rastrear los activos y vincularlos a los delitos.

1. **Técnica:** Los investigadores buscaron en los registros públicos información sobre Dariye en el Reino Unido (en registros de la propiedad, de vehículos y de sociedades). También buscaron información de otros organismos estatales, incluida la UIF del Reino Unido. Para obtener más información sobre las UIF, véase la sección 3.4.2.
Resultado: No se encontró ningún vínculo con Dariye.
2. **Técnica:** Los investigadores identificaron a la familia y a asociados de Dariye y comprobaron si había algún nexo con el Reino Unido.
Resultado: Los investigadores descubrieron que los hijos de Dariye asistían a un colegio privado en el Reino Unido.
3. **Técnica:** Los investigadores realizaron indagaciones en el banco desde el que se sufragaban las cuotas escolares (esta potestad está permitida a los investigadores financieros).
Resultado: Los investigadores descubrieron que Dariye utilizaba una tarjeta de crédito del banco Barclays y que el saldo se pagaba cada mes mediante una transferencia desde la cuenta bancaria de Joyce Oyebanjo^a.
4. **Técnica:** Los investigadores obtuvieron una orden de exhibición para acceder a los registros escolares de los hijos de Dariye.
Resultado: Los investigadores confirmaron que las cuotas escolares habían sido abonadas por Joyce Oyebanjo.
5. **Técnica:** Los investigadores buscaron información pública sobre Oyebanjo, así como información disponible en otros organismos estatales. También obtuvieron una orden de exhibición de las cuentas bancarias de Oyebanjo.
Resultado: Se descubrió que Oyebanjo, empleado como funcionario de Vivienda en el Reino Unido, tenía 15 cuentas bancarias con fondos por un total de aproximadamente GBP 1,5 millones (unos USD 2,3 millones), así como bienes inmuebles por valor de GBP 2 millones (unos USD 3,1 millones). Además, Oyebanjo gestionaba una de las propiedades de Dariye en Regents Park Plaza, adquirida a nombre de Joseph Dagwan y pagada, a través de varias empresas, por el Fondo Ecológico del estado de Plateau (Nigeria).
6. **Técnica:** Los investigadores realizaron comprobaciones sobre referencias crediticias que revelaron cuentas bancarias operadas por las personas

(continúa en la página siguiente)

investigadas. Los activos se rastrearon desde estas cuentas bancarias hasta otras cuentas bancarias, propiedades y vehículos corporativos. Se utilizaron órdenes de exhibición y allanamiento para obtener información adicional y rastrear los activos.

Resultado: Se descubrió que Dariye tenía una cuenta bancaria registrada con una dirección concreta de Londres. El examen de las cuentas bancarias de Dariye y Oyebanjo reveló la existencia de grandes transferencias electrónicas procedentes de diversos bancos de Nigeria.

7. **Técnica:** Los investigadores utilizaron una orden de exhibición para obtener el expediente de transmisión de la propiedad de la vivienda de Londres que obraba en poder del abogado que se ocupó de esa operación.

Resultado: El expediente reveló que la propiedad se había comprado utilizando un nombre falso y que se había pagado a través de una cuenta bancaria de Londres perteneciente a una empresa nigeriana.

8. **Técnica:** Se envió una solicitud de asistencia judicial recíproca a Nigeria para determinar el origen de los fondos recibidos. Obsérvese que, en este caso, la asistencia judicial recíproca formal se utilizó en la última etapa y que la cooperación informal fue clave en los pasos anteriores (véanse los capítulos 8 y 9 sobre cooperación internacional).

Resultado: Se comprobó que los fondos de una subvención con fines ecológicos que había obtenido Dariye fueron desviados y ocultados en la cuenta bancaria de su propia empresa, con la ayuda del personal del banco. Los fondos se desviaron a una empresa, y Dariye creó en Nigeria la cuenta bancaria conexas; posteriormente, este transfirió los fondos a Londres para utilizarlos. La empresa nigeriana que compró la propiedad en Londres también estaba relacionada con el robo de subvenciones ecológicas, pues había recibido GBP 100 millones (aproximadamente USD 157 millones) de los fondos sustraídos. La empresa había pagado GBP 400 000 (aproximadamente USD 626 800) por la propiedad londinense después de que Dariye autorizó un contrato del Gobierno del estado de Plateau para la instalación de equipos de televisión por valor de GBP 37 millones (aproximadamente USD 58 millones) en dicho estado.

Este caso ilustra la enorme importancia que tiene para los profesionales intervinientes el hecho de “conocer a las personas investigadas” e identificar a todos los parientes cercanos, asociados comerciales y otras personas que pudieran ayudarlas a robar fondos y trasladarlos a jurisdicciones extranjeras. Los profesionales intervinientes deben utilizar todas las técnicas disponibles (como recurrir a otros organismos estatales, fuentes públicas y medidas coercitivas) porque nunca se sabe de dónde puede surgir la siguiente pista.

a. Oyebanjo, el banquero de Dariye en el Reino Unido, pagó las tasas y los servicios públicos en nombre de Dariye, e incluso las cuotas escolares del colegio privado de sus dos hijos.

3.4.1 Información procedente de fuentes abiertas

La información de fuentes abiertas se define por lo general como la información disponible públicamente que se puede recopilar por cualquier medio legal, lo que incluye redes sociales o internet de forma gratuita, de pago o por suscripción. La información procedente de fuentes abiertas y de otros organismos estatales puede sacar a la luz los activos que poseen las personas investigadas, sus familiares y asociados, así como las empresas asociadas.

La información de fuentes abiertas se utiliza a lo largo de toda la investigación: desde su inicio, como ayuda para evaluar la credibilidad de las denuncias, hasta la presentación de pruebas admisibles en el juicio. En las etapas preliminares, la información de fuentes abiertas puede utilizarse para elaborar el plan de investigación, lo que incluye la evaluación de las posibles dificultades a las que habrá de hacer frente en la fundamentación jurídica para que el caso llegue a buen puerto y la elaboración del perfil de la persona investigada. Esta información puede contribuir también a desarrollar pistas o a identificar los activos nacionales o extranjeros que se encuentran en poder de los sujetos investigados, sus familias y asociados, y las empresas asociadas. También puede ayudar a identificar a los asociados y a los posibles testigos y a elaborar el perfil del sujeto (sección 3.3) y el perfil financiero (sección 4.3 del capítulo 4), así como a sentar las bases para las órdenes de allanamiento e incautación (sección 3.4.8).

En la categoría de información procedente de fuentes abiertas se incluye lo que esté disponible públicamente a través de internet y de las redes sociales (incluso la información archivada). Entre las actividades que pueden resultar de utilidad a lo largo de toda la fase de rastreo de los activos figuran la identificación y recuperación de información de medios digitales, el análisis de la información en línea en el caso del correo electrónico y el examen de la actividad en medios sociales (como Facebook e Instagram) y las cuentas de redes profesionales (como LinkedIn). Por ejemplo, las redes sociales han ayudado a identificar activos que supuestamente pertenecían a representantes de las personas investigadas, pero que estas mostraban de manera recurrente en sus publicaciones. Los profesionales intervinientes deben considerar la posibilidad de determinar la huella digital de sus investigados en una fase temprana del proceso y trabajar con los proveedores de servicios de internet y las empresas de redes sociales para rastrear los activos utilizando la geolocalización y otros datos de la dirección del protocolo de internet (IP).

En cualquier caso, la información que se encuentra en las redes sociales y en internet no siempre es exacta y no es en sí misma prueba suficiente de hechos importantes. Puede ser necesaria una corroboración adicional mediante técnicas de investigación tradicionales.

Las categorías de la información procedente de fuentes abiertas son las siguientes:

- Registros públicos oficiales (nacionales y extranjeros).
 - Registros de constitución societaria o de nacimiento, muerte, matrimonio, bienes raíces.

- Bases de datos privadas, comerciales o sobre cumplimiento de las normas.
 - Informes de propiedad y de crédito.
 - Bases de datos de diligencia debida o de conocimiento del cliente.
- Litigios civiles, divorcios y procesos de sucesión (si los hubiera).
- Registros y declaraciones de sociedades (incluidos los estados financieros).
- Solicitudes de patentes y marcas.
- Inscripciones de organizaciones sin fines de lucro.
- Declaraciones de impuestos o información sobre planes de jubilación (si los hubiera).
- Sitios de rastreo de bienes móviles, en relación con el movimiento de aeronaves⁸, embarcaciones marítimas y vehículos de motor.
- Publicaciones en medios sociales.
- Medios de comunicación (como periódicos, diarios de comercio, revistas de interés general o sitios web).
- Expedientes educativos, publicaciones de organizaciones de exalumnos.
- Información que describe la facultad legal para confiscar e información pertinente de otros países.
 - Informes del GAFI: <https://www.fatf-gafi.org/>.
 - Reportes informativos por países, por ejemplo, los informes disponibles en el sitio web del Departamento de Justicia de Estados Unidos, www.state.gov.
 - Guías sobre recuperación de activos y titularidad efectiva, por ejemplo, las guías disponibles en <https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A90> y <https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A89>.
- Informes de investigación y de ONG, por ejemplo, los informes publicados por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ), Global Witness, Global Financial Integrity y Public Eye⁹.

Los profesionales intervinientes también pueden considerar la posibilidad de suscribirse a bases de datos comerciales que contengan información pertinente. Para consultar una lista de sitios web de fuente abierta útiles, véase el apéndice J.

Además, se puede obtener información de organizaciones de la sociedad civil que recolectan pruebas, que luego puede ser remitida a las autoridades judiciales responsables de una investigación. Estas organizaciones pueden participar activamente en una investigación en función del marco jurídico. Por ejemplo, en las jurisdicciones

⁸ Por ejemplo, el jet privado de lujo asociado al caso del bloque petrolífero OPL 245 de Nigeria (analizado en el capítulo 5, recuadro 5.4) fue rastreado utilizando el sitio web de FlightAware (<https://uk.flightaware.com>). Véase Lionel Faull y Margot Gibbs (2020), “Nigeria Seizes Luxury Private Jet Linked to OPL245 Money Laundering in Montreal” (Nigeria se incauta de un lujoso jet privado vinculado al lavado de dinero del OPL 245 en Montreal), *Finance Uncovered*, 6 de junio de 2020, <https://www.financeuncovered.org/investigations/nigeria-seizes-luxury-private-jet-linked-to-opl245-money-laundering-in-montreal/>.

⁹ Para consultar los informes de estas ONG, véanse los sitios web del ICIJ (<https://www.icij.org/>), Global Witness (<https://www.globalwitness.org/es/>), Global Financial Integrity (<https://gfiintegrity.org/>) y Public Eye (<https://www.publiceye.ch/en/>).

en las que el marco jurídico permite que las organizaciones de la sociedad civil especializadas en asuntos de corrupción y anticorrupción inicien procedimientos judiciales, la contribución de esas organizaciones al avance del caso puede ser muy positiva. En el recuadro 3.5 se analiza el modo en que estas organizaciones y grupos contribuyeron a la investigación judicial contra Teodorín Obiang, de Guinea Ecuatorial.

RECUADRO 3.5

Guinea Ecuatorial: Contribución de la sociedad civil a la investigación sobre Teodorín Obiang

Una cuestión clave en este caso era si Transparencia Internacional Francia (TI Francia) estaba legitimada para sumarse a un procedimiento penal como “parte civil damnificada”.

El grupo de abogados franceses Association Sherpa entabló un procedimiento penal por corrupción en el caso *Biens mal acquis* (descrito en el capítulo 2, nota 7). A pesar de la existencia de una investigación policial en la que se habían revelado numerosos activos de los que era titular el exvicepresidente de Guinea Ecuatorial, Teodoro Nguema Obiang (más conocido como Teodorín), el fiscal retiró los cargos que se habían formulado en su contra. Para acceder a un análisis del proceso seguido contra Teodorín Obiang en lo que respecta a cuestiones relacionadas con la inmunidad, véase el capítulo 2, recuadro 2.10.

TI Francia decidió unirse a la causa penal interpuesta por Sherpa como “parte civil damnificada”^a, con la esperanza de que se emprendiera una investigación judicial sobre el asunto (Perdriel-Vaissière, 2017). Antes de pronunciarse sobre la investigación, el tribunal tuvo que determinar en primer lugar si TI Francia tenía suficiente interés legal para estar legitimada, hecho que finalmente se resolvió de forma positiva. No obstante, esa decisión se apeló y se siguió litigando contra ella hasta la instancia del máximo tribunal de Francia en lo penal (el Tribunal de Casación), que, en un fallo entonces histórico, confirmó la decisión del tribunal inferior.

TI Francia y Sherpa también contribuyeron activamente a la investigación (Perdriel-Vaissière, 2017) con las siguientes medidas:

- la recolección de información y pruebas de diversas fuentes;
- el envío del material recolectado a los magistrados responsables de la investigación;
- la investigación de los aspectos de la ley que podrían impedir un resultado exitoso;
- el descubrimiento de activos (incluida la propiedad sita en la avenida Foch 42, en París) cuyo titular real era Teodorín Obiang.

a. En virtud de un nuevo artículo del Código de Procedimiento Penal francés (el artículo 85), una parte civil damnificada puede sumarse a la causa previa presentación de una petición en la que alegue los daños sufridos a raíz de un delito o una falta.

Además, los periodistas pueden desempeñar un papel crucial para encontrar detalles de un esquema de corrupción, recolectando pruebas y entregándolas a las autoridades¹⁰.

3.4.2 Información de otros organismos estatales

También deben examinarse los datos que puedan obtenerse de otros organismos estatales, como los que se describen a continuación (figura 3.2).

Unidades de inteligencia financiera (UIF): El GAFI es un organismo intergubernamental que establece normas mundiales para la lucha contra el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. De acuerdo con la recomendación 29 del GAFI, los países deben establecer una UIF que sirva de centro nacional para la recepción y el análisis (operativo y estratégico) de reportes de operaciones sospechosas y otra información relacionada con el lavado de dinero, los delitos subyacentes y el financiamiento del terrorismo, y para la difusión de la información pertinente, tanto de forma espontánea como mediante solicitud previa¹¹.

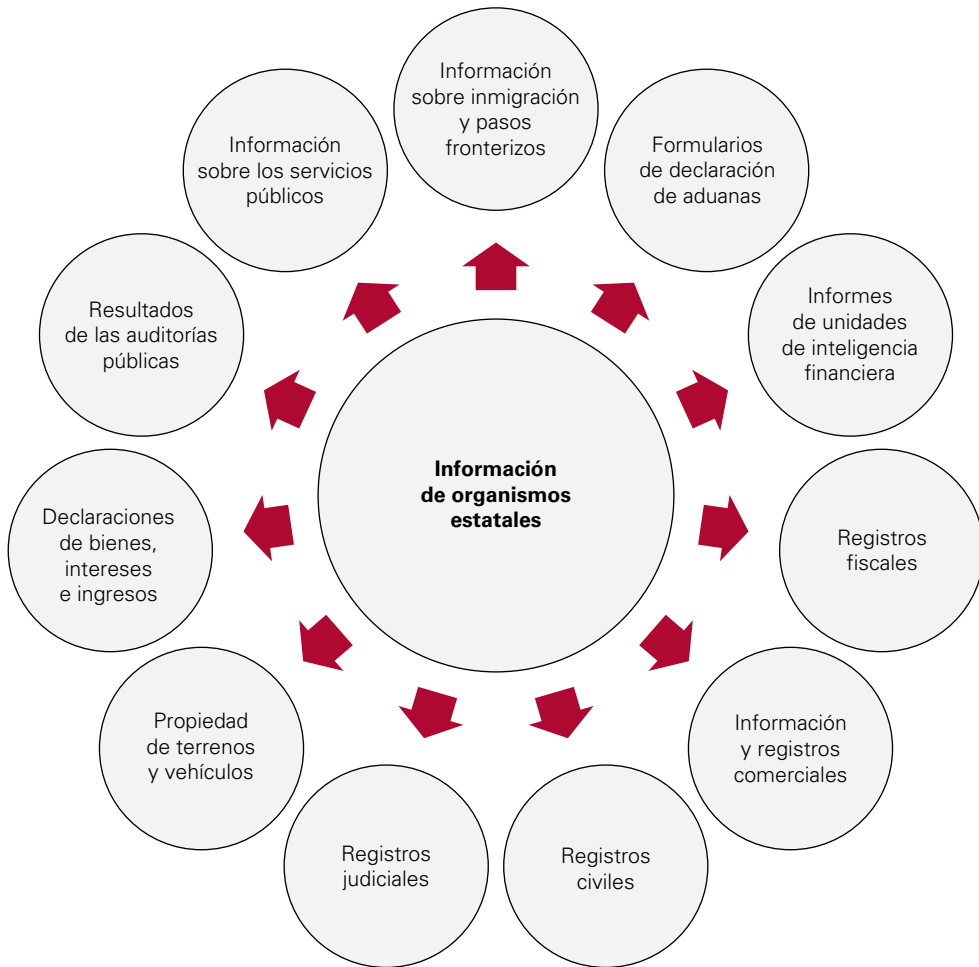
Las UIF, que pueden tener competencias de investigación y constituirse dentro de la rama judicial, apoyan los esfuerzos de los organismos encargados de hacer cumplir la ley o funcionan como autoridades administrativas independientes¹². Como importante fuente de información financiera, pueden ayudar a reconstruir el rastro del dinero. Para una descripción más detallada de las funciones y posibles contribuciones de una UIF, véase el capítulo 2, recuadro 2.1.

Los países deben asegurarse de que sus respectivas UIF soliciten la adhesión al Grupo Egmont internacional. En el recuadro 3.6 se explica la función del Grupo Egmont sobre la base de su declaración de objetivos y de los “Principios para el intercambio de información entre las UIF” para los casos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (Egmont Group [Grupo Egmont], 2013).

¹⁰ Daniel Politi (2018), “Bags of Cash in Argentina: Driver’s Notes Propel Corruption Inquiry” (Bolsos de dinero en Argentina: Las notas de un chofer impulsan una investigación de corrupción), *The New York Times*, 3 de agosto de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/08/03/world/americas/argentina-corruption-investigation.html>. En un caso que se difundió y aún no se ha resuelto, un periodista del diario argentino *La Nación* recibió en 2018 de un chofer oficial una caja llena de cuadernos de espiral de un alto funcionario del Ministerio de Planificación Federal, en los que se detallaba la entrega de más de USD 50 millones en sobornos en efectivo entre 2005 y 2015. Las pruebas se entregaron a las autoridades. Según los investigadores, los sobornos ascendían a cerca de USD 160 millones. Los fiscales argentinos describen a los expresidentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner como los líderes de este esquema de corrupción.

¹¹ Véanse la recomendación 29 del GAFI, “Unidades de inteligencia financiera” (FATF [GAFI], 2019, pág. 23), y su nota interpretativa (FATF [GAFI], 2019, págs. 103 a 105).

¹² “Unidades de inteligencia financiera (UIF)” en *About Egmont*, sitio web del Grupo Egmont (consultado el 13 de noviembre de 2019), <https://egmontgroup.org/about/finacial-intelligence-units/>. También hay modelos híbridos que sirven de intermediarios entre las autoridades de aplicación de la ley y las judiciales. Para obtener más información sobre las unidades de inteligencia financiera, véase IMF (FMI) y World Bank (Banco Mundial) (2004).

FIGURA 3.2**Fuentes de información preliminar de organismos estatales**

Fuente: Banco Mundial.

Cuando sea posible¹³, los profesionales de los organismos encargados de hacer cumplir la ley que presenten un requerimiento a una UIF deberán incluir en él lo siguiente:

- reportes de operaciones sospechosas (ROS), reportes de actividades sospechosas (RAS) o declaraciones de transacciones monetarias (DTM) presentados en relación con las personas investigadas;

¹³ En algunas jurisdicciones, las UIF no están autorizadas a proporcionar copias de reportes de operaciones sospechosas ni de declaraciones de transacciones monetarias a las fuerzas de aplicación de la ley. En tales circunstancias, el informe de inteligencia (si se ha redactado) suele estar disponible para ser solicitado y contiene gran parte de la misma información.

RECUADRO 3.6

La función del Grupo Egmont en los casos de recuperación de activos

El Grupo Egmont es un organismo que agrupa a 165 UIF de todo el mundo. Constituye una plataforma para el intercambio seguro de conocimientos e información de inteligencia financiera para luchar contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo^a. Funciona como foro internacional de inteligencia financiera que facilita el intercambio de ese tipo de información entre UIF afiliadas y a las que ayuda a “superar los obstáculos que impiden el intercambio de información transfronteriza” (Egmont Group, 2013, párr. 2)^b.

La pertenencia al Grupo Egmont afirma la adhesión a las normas establecidas en las recomendaciones 29 y 40 del GAFI (Egmont Group, 2013, párr. 3). La cooperación internacional entre las UIF “se basa en la confianza mutua” (Egmont Group, 2013, párr. 7), y se puede intercambiar información “libremente, de forma espontánea y a petición, sobre la base de la reciprocidad” (Egmont Group, 2013, párr. 11). La cooperación también puede respaldarse con acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales (Egmont Group, 2013, párr. 15).

Además, “la información recibida, procesada, mantenida o difundida por las UIF solicitantes debe estar protegida de forma segura” y ser confidencial, y “debe ser utilizada únicamente para el propósito para el que la información fue solicitada o proporcionada” (Egmont Group, 2013, párrs. 28, 29 y 32). Para ello, “las UIF deben utilizar la Egmont Secure Web u otras redes reconocidas” que garanticen la seguridad y la fiabilidad (Egmont Group, 2013, párr. 35).

a. *About Egmont*, sitio web del Grupo Egmont (consultado el 11 de mayo de 2020), <https://egmontgroup.org/about/>.

b. Véase también *About Egmont*, sitio web del Grupo Egmont.

- todos los ROS, RAS y DTM que se hayan presentado en relación con las empresas vinculadas a las personas investigadas;
- todos los ROS, RAS y DTM que se hayan presentado en relación con los asociados o familiares de las personas investigadas;
- cualquier informe de inteligencia relacionado con una posible conducta delictiva (porque algunas UIF no están autorizadas a proporcionar información cuando no se dispone de un ROS).

Autoridades de inmigración y pasos fronterizos. Los profesionales intervinientes pueden considerar útil obtener copias de los formularios o cualquier otra documentación pertinente en la que queden registrados los movimientos fronterizos y el historial de inmigración de una persona investigada.

Administración de Aduanas. Los formularios de declaración de aduanas pueden indicar los movimientos transfronterizos de la persona investigada. En los casos en que existe la obligación de declarar el dinero en efectivo, los profesionales también pueden comprobar si las personas investigadas han declarado divisas.

Autoridades fiscales. Se considera necesaria la recopilación de todos los registros fiscales relacionados con la persona investigada; dichos registros pueden incluir declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre la propiedad y del impuesto de sociedades, así como documentación relacionada con litigios tributarios. Es frecuente que la oficina de asesores fiscales o la oficina del catastro puedan proporcionar información sobre propiedades y su historial de compras, su situación jurídica y una evaluación de su valor.

Oficina de ética o integridad. La oficina responsable de promover y apoyar una sólida cultura ética dentro de un organismo público o una entidad del sector privado podría informar a los profesionales intervinientes sobre denuncias relacionadas con corrupción y problemas de rendición de cuentas que se hayan registrado. Dichas oficinas también pueden tener en su poder declaraciones financieras o de bienes de funcionarios públicos a las que pueden acceder los investigadores (Rossi, Pop y Berger, 2017).

Organismos de auditoría (oficina del inspector general). Los organismos de auditoría estatales o gubernamentales (denominados en algunas jurisdicciones “oficina del inspector general”) suelen tener el mandato de realizar una revisión independiente y objetiva de las operaciones de los ministerios o departamentos gubernamentales a los que están asignados. Llevan a cabo investigaciones, auditorías y proyectos especiales para detectar actos de fraude y conductas indebidas, y promover la integridad, la eficiencia y la eficacia en las operaciones del departamento. Si un departamento gubernamental está implicado en actividades de corrupción, estos organismos pueden proporcionar información o recursos para ayudar en las indagaciones. Por ejemplo, los organismos de auditoría pueden disponer de contadores forenses a los que podría destinarse a una investigación durante un período determinado.

Registros de la propiedad. Dependiendo de la jurisdicción, la oficina de registros de la ciudad, del condado o de la provincia podría proporcionar las escrituras de la propiedad (datos del comprador y el vendedor), cualquier gravamen sobre la propiedad, las hipotecas, el impuesto sobre la propiedad, las valoraciones del impuesto sobre la propiedad, la información del registro de compraventa y los permisos de construcción.

Registros de vehículos, embarcaciones o aeronaves. Las oficinas de registro de vehículos pueden proporcionar información sobre la titularidad y datos resumidos sobre el vehículo a la fecha de transferencia o venta. Las matrículas de aeronaves privadas y embarcaciones marinas pueden estar disponibles en los respectivos registros. Se pueden consultar planes de vuelo y listas de pasajeros cuando corresponda.

Registros de empresas o negocios y consejos reguladores. Los registros de empresas y los consejos reguladores pueden proporcionar información que ayude a identificar los activos de las personas investigadas y de sus asociados. Los registros también pueden conducir al descubrimiento de posibles cómplices. Algunos registros proporcionarán a los profesionales información sobre la propiedad, los nombres de los agentes registrados (normalmente un abogado o un contador), los accionistas, los consejos de administración, los titulares reales y los estados financieros de la empresa y otros

registros comerciales. Estas búsquedas deben llevarse a cabo en relación con todo tipo de empresas, ya sean empresas unipersonales, asociaciones, sociedades de responsabilidad limitada o empresas públicas o privadas. Los órganos reguladores pueden tener información sobre las licencias profesionales de abogados, contadores, notarios, profesionales de la salud, etc.

Registros civiles. Los registros civiles pueden proporcionar información sobre las herencias y la estructura familiar, incluidos los cónyuges actuales y anteriores (registros de matrimonio y divorcio), los hijos, los hermanos, los padres, los abuelos y otros parientes.

Depósitos de registros judiciales. Los profesionales pueden buscar en los registros judiciales para determinar si alguna de las personas investigadas ha estado involucrada en procesos judiciales o litigios civiles previos. Si es así, los profesionales intervinientes pueden revisar los acuerdos de admisión de culpabilidad y las transcripciones de cualquier testimonio, decisiones o audiencias para la determinación de la condena, a fin de obtener información sobre los activos u otros hechos pertinentes. Dado que algunos tribunales pueden no estar conectados a las bases de datos sobre cumplimiento de las normas, los profesionales pueden tener que buscar en los registros de los tribunales de quiebra, civiles o de familia para obtener la información pertinente.

Servicios públicos. Los profesionales intervinientes pueden examinar las facturas de servicios públicos de todas las residencias y empresas identificadas (como las de electricidad, agua, teléfono, cable o televisión satelital, alcantarillado y basura) para determinar el destinatario de la factura de los servicios, el método de pago, la persona que ejecuta los pagos y la información del abonado. También pueden solicitar una búsqueda general de las personas investigadas y sus asociados para establecer los vínculos con otras direcciones.

Declaraciones de bienes, intereses e ingresos. La información sobre los ingresos y los activos de la persona investigada, las fuentes de ingresos y los obsequios, los cambios en el patrimonio, los puestos ocupados fuera del cargo, la pertenencia a consejos de administración, la propiedad de acciones, otros intereses financieros, etcétera, puede estar disponible en el sistema de divulgación de ingresos y activos o en el organismo estatal pertinente (Rossi, Pop y Berger, 2017; World Bank [Banco Mundial], 2012).

3.4.3 Vigilancia física

Se entiende por “vigilancia física” la observación encubierta de las personas investigadas para recabar información sobre ellas. Más concretamente, este tipo de vigilancia puede ayudar a los profesionales intervinientes a identificar posibles testigos o cómplices; bienes inmuebles u otros activos; abogados, banqueros o contadores posiblemente implicados en la facilitación del lavado de productos de la corrupción, y empresas, patrones de conducta y otras formas de información de inteligencia que podrían ser vitales para la investigación.

Las investigaciones suelen requerir una importante planificación previa y, por lo general, no pueden permanecer encubiertas durante un período prolongado. La vigilancia física también conlleva ciertos riesgos: la persona investigada podría detectar la actividad a pesar de la calidad y la experiencia del equipo que la realiza. El investigador principal, en consulta con el equipo, debe determinar si las ventajas superan dichos riesgos.

Para que una operación de vigilancia tenga éxito es necesario contar con los recursos adecuados, especialmente equipamiento y personal experimentado. Por ejemplo, los equipos de radio o los teléfonos celulares son importantes para notificar a otros miembros del equipo la ubicación y las actividades de la persona investigada, mientras que los dispositivos de grabación pueden registrar sucesos o guardar notas sobre sus movimientos o de otras personas con las que estableció contacto. Además, debe designarse un investigador principal con experiencia para reunir, coordinar y supervisar la vigilancia.

Los jefes de equipo determinarán el tamaño del equipo y el formato y los lugares de la vigilancia. Tendrán que preparar sesiones informativas previas a la vigilancia para explicar la misión a los miembros del equipo, dar continuidad a los cambios de turno y avisar de cualquier problema de seguridad personal. Serán responsables de la toma de decisiones estratégicas, como la elección del tipo de vigilancia (por ejemplo, estacionaria, vehículo móvil o a pie) y la decisión de seguir a otras personas descubiertas durante la vigilancia, y habrán de encargarse de la redacción de un informe de los sucesos significativos durante el procedimiento. Aunque la vigilancia es una técnica útil, las consideraciones de costo pueden favorecer un enfoque intermitente, dado que el costo de una vigilancia durante 24 horas al día suele ser prohibitivo.

3.4.4 Búsqueda en la basura

Las búsquedas en la basura consisten en buscar información pertinente en la basura de una persona investigada, como extractos bancarios desechados, nombres de asociados comerciales, correspondencia, facturas, recibos de viajes, etc. A su vez, estas pruebas pueden respaldar las solicitudes de órdenes de allanamiento al demostrar un nexo entre una persona investigada y otras personas o bienes.

Al igual que con otras técnicas de investigación, los investigadores deben determinar primero si su legislación permite esta práctica e identificar cualquier limitación al respecto, ya que distintas jurisdicciones tienen diferentes normas aplicables al “derecho a la privacidad” con respecto a la basura¹⁴. Cuando esté permitido, las búsquedas en la

¹⁴ En Estados Unidos, por ejemplo, no hay ninguna expectativa de privacidad sobre la basura que se ha depositado en la acera fuera de una casa para que la recojan los operarios de limpieza; por lo tanto, los investigadores pueden recogerla e inspeccionarla sin una orden de allanamiento (California c. Greenwood, 486 U.S. 35, 1988). Sin embargo, sí existe una expectativa de privacidad si la basura se encuentra en el contenedor para tal fin adyacente a la casa, en cuyo caso los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben obtener una orden de allanamiento. En cambio, en algunas jurisdicciones (Ucrania, por ejemplo), no se permiten las búsquedas en la basura.

basura deben realizarse en todas las residencias y negocios de las personas investigadas. Los profesionales habrán de centrarse en la información bancaria, las facturas o los documentos relacionados con activos financieros y empresas; en documentos en los que se nombre a otras personas, empresas, abogados o contadores; en resúmenes de tarjetas de crédito, o en registros de viajes (por ejemplo, tarjetas de embarque o extractos de programas de fidelización de viajes). Será preciso registrar las pruebas recolectadas (por ejemplo, fecha, hora, agentes que participaron en la búsqueda y número de documento). Las búsquedas en la basura también pueden extenderse a los demás miembros de la familia o asociados, como cónyuges, excónyuges, socios, abogados, contadores y otros empresarios vinculados a las personas investigadas.

3.4.5 Registros de correspondencia y de visitantes o accesos a un edificio

Por “registro del correo postal” se entiende el proceso de documentar, durante un período determinado, los datos que aparecen en la cubierta exterior de sobres cerrados o abiertos (por ejemplo, la dirección del remitente o la fecha del matasellos y el país del remitente) o del contenido del correo abierto. La información de los sobres de la correspondencia postal puede proporcionar excelentes pistas acerca de la ubicación de los activos. El correo recibido de un banco, un bufete de abogados, una empresa o una firma de contabilidad, por ejemplo, alerta a los investigadores de posibles fuentes de información sobre los activos que posee la persona investigada.

En los casos en que está regulado, las jurisdicciones suelen permitir que se realicen registros de la correspondencia sin necesidad de una orden judicial, ya que el destinatario tiene poca o ninguna expectativa razonable de privacidad sobre el contenido del exterior de la carta o el paquete. La mayoría de las jurisdicciones requieren una orden de registro o alguna otra forma de facultad legal para abrir y leer cartas y paquetes cerrados. Desde el punto de vista operativo, es importante que los investigadores tengan en cuenta el nexo entre la persona investigada y el remitente de cada carta, que registren con precisión todos los datos encontrados en el exterior de un sobre o paquete, que tomen nota de la fecha y la hora en que se realizó el registro de la correspondencia y que mantengan una copia del registro en el expediente del caso.

Por otra parte, muchos organismos públicos y empresas privadas mantienen registros físicos de los visitantes a un edificio o una oficina. Con la información que contienen esos registros se pueden determinar las horas y fechas de reuniones entre personas de interés o establecer un registro de los contactos. A estos registros se suele poder acceder sin necesidad de una orden judicial.

Es cada vez más frecuente que algunos organismos hayan establecido que el acceso a sus dependencias se realice por medios electrónicos, con sistemas de lectura de tarjetas. Los investigadores también pueden obtener los registros electrónicos del acceso de empleados a estos lugares.

3.4.6 Entrevistas

Las entrevistas, elemento esencial de toda investigación, son enormemente importantes en un caso de recuperación de activos¹⁵. Las declaraciones pueden corroborar o aclarar información derivada de pruebas documentales, revelar nuevas pistas o ayudar a identificar nuevos documentos financieros. Algunas fuentes importantes de información pueden ser los denunciantes, asociados comerciales, familiares, vecinos, empleados u otros asociados de las personas investigadas, además de competidores comerciales, empleados de instituciones financieras y otras fuentes que hayan estado en contacto con estas personas, así como ellas mismas. También es esencial identificar y entrevistar a los testaferros implicados en un caso. Estas personas han asumido un riesgo considerable, con escasa recompensa, y podrían preferir informar a las autoridades sobre las personas en cuyo nombre actúan antes que verse implicadas en una trama de corrupción.

Los profesionales intervinientes deben estar familiarizados con las leyes relativas a las entrevistas con personas investigadas y no investigadas, especialmente cuando trabajan con autoridades de jurisdicciones extranjeras¹⁶. Algunas jurisdicciones, por ejemplo, exigen que todas las declaraciones se tomen en una audiencia formal. Otras, sin embargo, permiten diversas opciones de entrevista, como el interrogatorio rutinario de testigos por parte de agentes encargados de hacer cumplir la ley (sin registro formal o textual), declaraciones escritas, declaraciones grabadas en video o audio previo aviso al entrevistado, o declaraciones grabadas bajo juramento.

Para llevar a cabo una entrevista con éxito es esencial una preparación minuciosa, así como un conocimiento completo de todas las pruebas, las personas investigadas, los asociados, la cronología de los hechos y la información ya recopilada en la investigación. La preparación también debe incluir previsiones sobre las posibles vías de defensa y, en consonancia con esas previsiones, la planificación de las preguntas del interrogatorio. Por ejemplo, conviene anticipar con claridad las coartadas que se presenten a partir de entrevistas con testigos o determinar la viabilidad de ciertos cauces de defensa, como la falta de intención o el asesoramiento de un abogado. Los profesionales intervinientes pueden tener preparadas preguntas orientadas específicamente a la información que se busca, pero, durante la entrevista, también deben ser flexibles y guiarse por las respuestas de los entrevistados, no tanto por las preguntas previstas¹⁷.

¹⁵ En algunas jurisdicciones se distingue entre entrevistas e interrogatorios, entendiéndose por “entrevistas” las que se hacen a personas que no son objeto de investigación y por “interrogatorios” los que se realizan a las personas investigadas. En esta sección, el término “entrevista” se refiere a ambas formas de interrogatorio. Los profesionales deben asegurarse de que se ofrezca una protección adecuada a testigos, peritos, víctimas, denunciantes y personas investigadas que cooperen. Véanse, por ejemplo, los artículos 32, 33 y 37 de la UNCAC.

¹⁶ Los profesionales deben asegurarse de que los requisitos de las entrevistas (por ejemplo, el aviso obligado al entrevistado) se transmitan a los homólogos extranjeros, y deben preguntar si pueden participar en esas entrevistas. Para obtener más información sobre la cooperación con los profesionales extranjeros o la participación en la ejecución de una solicitud, véase la sección 9.2.6 del capítulo 9.

¹⁷ En este sentido, y con la idea de dirigir la entrevista, a los profesionales les puede resultar más útil preparar temas en vez de preguntas específicas.

Dado que las personas investigadas pueden intentar comunicarse entre sí para acordar una versión común de los hechos o influir en el testimonio de un testigo, los profesionales pueden adoptar las medidas adecuadas (o solicitarlas a las autoridades judiciales competentes) para garantizar que se prohíba o impida a los investigados comunicarse entre sí o con los testigos antes de las entrevistas. Además, el lugar de la entrevista debe ofrecer la menor cantidad de distracciones, proporcionar discreción y dar pie a la mayor probabilidad de obtener respuestas francas (por ejemplo, en un domicilio particular, una estación de policía o un lugar de trabajo). El número de entrevistadores presentes debe limitarse a dos, si es posible.

3.4.7 Órdenes de seguimiento de la cuenta

Una orden de seguimiento de la cuenta es la orden *inaudita parte* que dicta un tribunal (o juez de instrucción en algunas jurisdicciones) por la que se estipula que una institución financiera concreta debe proporcionar información sobre una cuenta determinada y sus movimientos durante un período específico. La información debe entregarse al funcionario competente en la forma y en los plazos especificados en la orden¹⁸. La orden autoriza la vigilancia financiera en tiempo real de las operaciones en curso de una cuenta, lo que permite a los profesionales establecer tipologías de actividad e identificar nuevas cuentas. También puede ser un medio para reunir motivos suficientes para solicitar una orden de divulgación, congelamiento, allanamiento o incautación de activos¹⁹. En los casos de grandes retiros de capital, también puede suponer una oportunidad para la incautación de efectivo, ya que se revelarán los lugares de retiro.

3.4.8 Órdenes de allanamiento e incautación

La ejecución de una orden de allanamiento en un domicilio particular o un local comercial es una gran oportunidad para reunir pruebas de actividades delictivas, descubrir información sobre activos, identificar a cómplices y obtener otras pistas que apoyen la investigación²⁰. En algunos casos o jurisdicciones, esta será también la técnica principal utilizada para obtener documentos bancarios (véase la sección 3.4.9, “Órdenes de divulgación o exhibición de documentos”). En el contexto de la cooperación internacional, si los investigadores prevén que será necesario aplicar tales medidas en una jurisdicción extranjera, para que sean eficaces será fundamental mantener contactos preliminares e intercambios informales con los homólogos pertinentes, dada la necesidad de actuar de forma concentrada y coordinada.

Dada la naturaleza coercitiva de la práctica del allanamiento en un ámbito en el que una persona tiene una expectativa razonable de privacidad, las jurisdicciones suelen exigir

¹⁸ En el Reino Unido, la orden puede estar vigente hasta 90 días consecutivos.

¹⁹ Las órdenes de seguimiento de cuenta precisan por lo general de un estándar probatorio u otros requisitos menos estrictos que las órdenes de divulgación, congelamiento o incautación.

²⁰ Además de viviendas y empresas, los objetivos susceptibles de allanamiento son bancos, personas, automóviles, aeronaves, embarcaciones, computadoras, paquetes o cajas y otros medios electrónicos (como discos compactos y dispositivos de encriptado).

que la solicitud para llevar a cabo estos procedimientos sea realizada por una persona competente (a menudo un funcionario encargado de hacer cumplir la ley o un fiscal) y autorizada judicialmente por un magistrado o juez de instrucción, salvo en circunstancias apremiantes en casos que supongan una emergencia inmediata. Sin embargo, los profesionales deben ser conscientes de que los requisitos para autorizar una orden de allanamiento son distintos en las jurisdicciones de derecho civil y de derecho anglosajón. Más concretamente, al obtener una orden válida de allanamiento o incautación puede haber diferencias sustanciales entre las distintas jurisdicciones en el estándar probatorio requerido, en la especificidad requerida para las pruebas que se van a incautar y en la necesidad de identificar su ubicación (requisito de particularidad). En términos generales, se requiere una mayor especificidad en las jurisdicciones de derecho anglosajón.

Preparación y obtención de la orden de allanamiento

Las jurisdicciones de derecho anglosajón exigen una solicitud por escrito (salvo en circunstancias apremiantes, en las que puede hacerse oralmente o por teléfono). La solicitud se presenta en forma de declaración jurada en la que se exponen los hechos que identifican las actividades sospechosas. (Para obtener más información sobre las declaraciones juradas, véase la sección 5.3.2 del capítulo 5).

La declaración jurada debe enunciar los motivos razonables o la causa probable de lo siguiente: a) que se ha cometido un delito, b) que los objetos buscados se encuentran en las dependencias que se van a registrar y c) que los objetos buscados están relacionados con el delito con un grado razonable de certeza. (Véase el recuadro 3.7 para conocer las fuentes de información que acreditan motivos razonables o causa probable para obtener una orden judicial). Si el magistrado queda convencido, emitirá la orden. En la propia orden se establecen los detalles del allanamiento, entre otros: quién está autorizado a realizarlo, el lugar, las horas o los días en que se puede realizar (por ejemplo, de día o de noche), su duración, lo que se va a registrar, el inventario de los objetos requisados y la exigencia de un informe posterior para el tribunal.

Las jurisdicciones de derecho civil requerirán información similar, aunque sin la formalidad y con un estándar probatorio que difiere de los que exigen la “causa probable” o los “motivos para creer”. Por lo general, no se necesita una declaración jurada y, en algunas jurisdicciones, un fiscal o un juez de instrucción pueden autorizar de antemano a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley a que lleven a cabo “todos los registros necesarios para determinar la verdad”²¹.

²¹ En Francia y otros países de derecho civil, esta autorización suele ser una orden del juez llamada “comisión rogatoria”. En Suiza puede llevarse a cabo un tipo de allanamiento llamado “registro sin previo aviso” (*perquisition*) en virtud de una simple orden escrita firmada por un fiscal (Código de Procedimiento Penal, artículo 241 y siguientes).

RECUADRO 3.7

Consideraciones sobre las fuentes de información para acreditar motivos razonables o causa probable y obtener una orden judicial

Los motivos suficientes para obtener una orden de registro pueden establecerse a partir de fuentes diversas, y es importante que los profesionales intervinientes expliquen todo con claridad, especialmente al solicitar la emisión de la orden. Las fuentes de información suelen ser las siguientes:

- observaciones directas (conocimiento de primera mano);
- vigilancia física o electrónica;
- información disponible públicamente;
- información histórica sobre el caso;
- testigos cooperantes;
- informantes;
- denuncias anónimas.

Es importante tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- Los testigos e informantes pueden actuar por interés propio.
- Las denuncias anónimas y los testimonios de oídas pueden ser poco fiables.
- Puede haber motivos para creer que la persona investigada podría destruir las pruebas.
- Puede haber pruebas objetivas de intentos de la persona investigada de obstruir la investigación.
- Mediante los hechos se puede determinar que no se dispone de otros medios para obtener las pruebas; que otros medios resultaron infructuosos, o que podrían comprometer la investigación, revelar la identidad de un informante, poner en peligro a un agente encubierto, etc. En estos casos, los profesionales intervinientes deben abordar estas cuestiones de forma operativa.

En algunas de las situaciones descritas anteriormente, será necesario corroborar las pruebas.

El solicitante también tendrá que especificar los objetos que se buscan y los lugares en los que se busca. En las jurisdicciones de derecho civil cabe la posibilidad de hacer referencia simplemente a “todos los artículos que puedan tener relación con el delito cometido”. En las jurisdicciones de derecho anglosajón, el solicitante debe ser más preciso debido al requisito de especificidad que ha de cumplirse para la emisión de una orden válida. El investigador debe poder enunciar los motivos por los que un artículo debe ser incautado y también ser lo suficientemente descriptivo para asegurarse de que queden cubiertos los artículos importantes. En el recuadro 3.8 se enumeran los tipos de artículos que se pueden incautar.

RECUADRO 3.8

Elementos importantes que se deben incautar en una investigación

En la siguiente lista se destacan algunos de los principales elementos de los que los profesionales deberán incautarse para favorecer la investigación. Dado que las jurisdicciones de derecho anglosajón exigen una mayor especificidad en la solicitud y emisión de órdenes judiciales, también se describen ejemplos de diversas formas de estos elementos.

Documentación financiera. Esta categoría incluye libros contables, registros, recibos, notas y libros mayores, otros documentos relacionados con activos, intereses comerciales, transacciones comerciales, bienes inmuebles, cartas de crédito, giros postales, cheques, cheques de viajero, giros bancarios, correspondencia bancaria, cheques de caja, transferencias electrónicas, cheques bancarios, información sobre hipotecas, información sobre tarjetas de crédito y de débito, e información y llaves de cajas de seguridad, así como otros elementos conexos que respalden la existencia, el ocultamiento o la transferencia de activos, o el gasto de fondos. (Para la documentación que debe solicitarse a las instituciones financieras, véase el recuadro 3.9 relativo a las órdenes de divulgación o exhibición de documentos).

Computadoras, dispositivos de almacenamiento informático y dispositivos electrónicos. Esta categoría comprende las computadoras, tabletas, equipos electrónicos, teléfonos celulares (incluidos los *smartphones*), contestadores automáticos, organizadores personales, CD-ROM, unidades portátiles, dispositivos de almacenamiento USB, faxes e impresoras. La incautación de computadoras o dispositivos electrónicos debe incluir el *hardware* real —no simplemente réplicas o copias del contenido del disco duro—, junto con todas las unidades de copia de seguridad.

A menudo, se recomienda evitar encender un dispositivo que está apagado y, del mismo modo, evitar apagar un dispositivo que está en funcionamiento, porque ambas acciones pueden desencadenar un cambio y se corre el riesgo de perder datos. Una buena práctica consiste en que un experto en informática forense forme parte del equipo para garantizar que estos elementos se incauten de forma segura. Cuando sea posible, los datos almacenados en “nubes” externas deben descargarse inmediatamente desde las dependencias en las que se realiza el registro.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 3.8

Elementos importantes que se deben incautar en una investigación (*continuación*)

Artículos que permiten identificar a asociados u otras pistas. Entre estos artículos figuran fotografías, videos, conexiones a redes sociales, libretas de direcciones, tarjetas de visita, calendarios y basura.

Productos o instrumentos del delito. Entre estos artículos figuran moneda nacional y divisas; metales preciosos; joyas; instrumentos financieros, como acciones y bonos, y otros artículos de valor, como obras de arte y otros objetos de colección. Siempre que sea posible, las criptomonedas deben descargarse en un “monedero” seguro controlado por los investigadores^a.

Papel triturado. Los materiales triturados deben ser reconstruidos, si es posible.

a. Nyman Gibson Miralis (NGM), “Seizing a Suspect’s Bitcoin: A Step-by-Step Guide” (Incautación de bitcoins de sospechosos: Guía paso a paso), sitio web de NGM (consultado el 11 de mayo de 2020), <https://ngm.com.au/seizing-bitcoin-guide/>.

Planificación y ejecución del allanamiento y la incautación

Excepto en circunstancias apremiantes, los profesionales intervinientes tendrán la oportunidad de planificar la ejecución de la orden de allanamiento. Deben considerar la posibilidad de registrar varios negocios o viviendas al mismo tiempo, incluso en diferentes países, para evitar la destrucción o desaparición de pruebas. Aunque el grado necesario de planificación y coordinación es muy elevado, los resultados pueden ser sorprendentes.

Los profesionales también deben tener en cuenta el tipo de experiencia necesaria para la búsqueda. Por ejemplo, una búsqueda puede requerir un especialista en informática forense que pueda reunir dispositivos y datos electrónicos de manera que se evite su pérdida, destrucción o daño y se preserve una cadena de custodia, que pueda presentarlos de forma manejable y que pueda garantizar que se adopten las medidas de cadena de custodia necesarias para preservar su admisibilidad en el juicio (por ejemplo, tomando una “captura de imagen forense” de los datos y registrando los pasos procesales adoptados, así como el nombre del especialista para evitar reclamos de manipulación posterior a la búsqueda)²². Del mismo modo, si se cree que la persona investigada es titular de monedas virtuales, se debe obtener asesoramiento sobre los posibles dispositivos de almacenamiento o la información de la contraseña.

Dado que un allanamiento probablemente pueda alertar a la persona investigada, los profesionales intervinientes deben tomar las medidas necesarias para inmovilizar los activos que puedan no estar en los lugares de registro (como cuentas bancarias), ya sea

²² Debe tenerse en cuenta que los usuarios de computadoras pueden implementar varios mecanismos para proteger u ocultar los datos o hacer que el sistema sea inaccesible cuando un usuario no autorizado intente acceder a él. Los especialistas en informática forense dispondrán de herramientas para preservar los sistemas, recuperar la información borrada o perdida, controlar el uso de la computación en la nube, etc. La recopilación adecuada de información también garantizará su buena gestión.

por adelantado o en simultáneo con el allanamiento. (Véase también la sección 5.3 del capítulo 5, sobre los requisitos para obtener órdenes provisionales). En el apéndice D se ofrece una lista de control con algunas consideraciones adicionales al planificar la ejecución de la orden de allanamiento e incautación.

Preservación de las pruebas y cumplimiento de los requisitos posteriores a la ejecución

Una vez ejecutada la orden e incautadas las pruebas, estas deben llevarse a un lugar seguro para ser debidamente registradas y examinadas, y todo el procedimiento debe quedar documentado en el expediente del caso²³. Si durante la ejecución de la orden se produjo una entrevista con la persona investigada o con algún asociado, debe prepararse un informe sobre ella lo antes posible e incorporarse al expediente del caso. El investigador principal será responsable de preservar la cadena de custodia y la integridad de las pruebas durante todo el período de examen, asegurándose de que todas las pruebas estén detalladas en el inventario. El investigador principal también puede responsabilizarse de informar los resultados a un juez o fiscal.

Los profesionales intervinientes también deben revisar todas las pruebas documentales incautadas, identificar posibles pistas para rastrear activos o posibles cómplices y, cuando sea necesario, tomar medidas inmediatas para inmovilizar activos y evitar su traslado o desaparición. Si han recurrido a la ayuda de autoridades extranjeras durante la investigación, suele ser beneficioso comunicar a estas los resultados de los registros de manera oportuna para que respondan favorablemente.

3.4.9 Órdenes de divulgación o exhibición de documentos

La obtención de documentos comerciales es esencial en los casos de recuperación de activos. Entre los documentos que probablemente requieran de autorización judicial se encuentran los que obran en poder de bancos, bufetes de abogados y contadores, compañías de seguros, servicios de mensajería urgente o de entrega de correo, servicios de correo electrónico basados en la web, plataformas de medios sociales, minoristas en línea, proveedores de servicios de internet y, a veces, empresas de servicios públicos. El proceso para obtener una orden de divulgación o de exhibición es similar al de obtención de una orden de allanamiento. (Véase la sección 3.4.8 para obtener información adicional sobre las órdenes de allanamiento e incautación).

Al igual que con las órdenes de allanamiento, entre las jurisdicciones hay diferencias en lo que respecta a la especificidad que se exige para las órdenes de divulgación. Las jurisdicciones de derecho anglosajón exigirán una lista más específica, mientras que las jurisdicciones de derecho civil pueden quedar satisfechas con una fórmula general como “todos los documentos que puedan tener relación con el delito cometido”. En la práctica, muchos profesionales consideran que lo más útil es combinar ambos enfoques,

²³ Algunas jurisdicciones siempre exigen detalles sobre la ubicación de cada artículo para cumplir los requisitos de la cadena de custodia.

proporcionando una lista precisa de los documentos solicitados que concluya con la fórmula general, ya que muchas entidades de divulgación querrán limitar los documentos que puedan ser revelados. Si los profesionales presentan una solicitud con un alcance demasiado limitado, corren el riesgo de que se les deniegue la documentación pertinente. En el recuadro 3.9 se enumeran los elementos que deben incluirse en las solicitudes a las instituciones financieras.

RECUADRO 3.9

Documentación que debe solicitarse a las instituciones financieras

Los profesionales intervinientes a menudo necesitan o eligen proporcionar una lista específica de elementos solicitados a las instituciones financieras en relación con las cuentas o las personas investigadas, las personas relacionadas, los allegados o las empresas conexas. En estos casos, los funcionarios de las UIF o del banco central pueden ayudar a determinar los tipos de documentos que podrían ser pertinentes. Entre los ejemplos de registros específicos que se pueden solicitar se encuentran los siguientes:

- Toda la documentación de apertura de cuentas, incluidos los formularios que identifican al titular real (por ejemplo, el "Formulario A" en Suiza), los documentos de poder de representación, las tarjetas de firma, las escrituras de constitución o los acuerdos de asociación, así como las copias de los documentos de identificación proporcionados cuando se abre una cuenta, lo que comprende no solo las cuentas a nombre de la persona investigada, sino también en las que esta figura como apoderado, firmante u otra relación pertinente.
- Perfiles de clientes, notas de conocimiento del cliente, notas del gestor de la cuenta, diarios del cajero o del banquero, registros de cheques de caja, registros de cualquier diligencia debida llevada a cabo por la institución financiera, y cualquier otro dato que indague en los antecedentes económicos del cliente, sus actividades comerciales y las transacciones en la cuenta (por ejemplo, copias de contratos, facturas, cartas de crédito y listas de socios y empresas afiliadas).
- Documentación de préstamos, información hipotecaria, copias de solicitudes de préstamo, listas y descripciones de cualquier garantía (incluidos gravámenes sobre depósitos), ingresos, activos y referencias personales y empresariales.
- Cuentas y operaciones de valores y corretaje.
- Documentación o información sobre actividades de gestión del patrimonio o asesoramiento prestado por el banco.
- Todos los extractos de las cuentas bancarias del período investigado.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 3.9**Documentación que debe solicitarse a las instituciones financieras (continuación)**

- Cualquier reporte de actividad sospechosa presentado por un empleado de la institución financiera, incluidos los que podrían no haber sido transmitidos a la UIF.
- Documentos relacionados con las operaciones de la cuenta, como órdenes de los clientes, recibos de depósito y retiro, notas de crédito y débito, y cheques (frente y dorso).
- Documentación sobre transferencias electrónicas, lo que incluye el formulario de solicitud, el detalle de la operación, la confirmación y otros documentos pertinentes (véase el capítulo 4, recuadro 4.1, sobre los formularios y documentos relacionados con el proceso de transferencia bancaria).
- Archivos de correspondencia mantenidos por la institución financiera (que posiblemente incluya notas internas del banco, registros de visitas de clientes, notas de pedidos telefónicos, correos electrónicos, faxes, notas redactadas por los gestores de cuentas, y registros o notas relacionados con instrucciones, transacciones o ambas cosas).
- Información sobre tarjetas de crédito y de débito, lo que abarca las solicitudes, los resúmenes, el historial de pagos, los registros de transacciones que implican alguna interacción con el personal de tarjetas de crédito o de débito, y otras tarjetas de la cuenta de la persona investigada, pero a nombre de otra persona.
- Información sobre cajas de seguridad, incluidos los contratos, los registros de visitas y la videovigilancia de las zonas pertinentes (normalmente se excluyen las zonas de visualización del contenido de las cajas).
- Todos los documentos que puedan tener relación con el delito cometido.

Para ver un ejemplo de borrador de orden de exhibición a una institución financiera, véase también el apéndice E.

Aunque la solicitud de divulgación debe ser lo suficientemente amplia como para garantizar que se obtenga la documentación pertinente, es importante que los profesionales eviten verse inundados por cajas de información irrelevante, sobre todo si el equipo de rastreo o investigación carece de capacidad para revisar grandes cantidades de información financiera en el tiempo adecuado. Solicitar una cantidad de documentación excesiva también puede retrasar su entrega, ya que la entidad de divulgación puede tardar algún tiempo en presentarla. Además, la entidad puede

incluso impugnar la orden alegando que la información solicitada no es pertinente o que causará una carga indebida²⁴.

Cuando haya en vigor leyes sobre retención de datos, órdenes de retención u órdenes de “no destrucción” —de modo que la entidad de divulgación mantenga registros que puedan ser pertinentes más adelante en la investigación (véase el recuadro 3.10 sobre las órdenes de retención)—, los profesionales intervinientes deben avanzar con sus casos (especialmente los complejos) por etapas, utilizando las pruebas documentales como bloques de construcción. Por eso deben solicitar primero lo que se considere imprescindible y luego, o cuando se disponga de mayor capacidad, presentar otras solicitudes para seguir las pistas pertinentes. Como precaución ante la destrucción rutinaria o inadvertida, se recomienda solicitar que la institución financiera conserve otros registros pertinentes. Cuando sea posible, los documentos deben clasificarse *in situ*, lo que facilitará la identificación de los que sean relevantes de entre los incautados. Con este enfoque incremental, los profesionales intervinientes podrán centrar sus esfuerzos en cantidades de información más pequeñas y luego seguir las pistas pertinentes, de modo de ahorrar tiempo en el examen de cajas de documentos y grandes conjuntos de datos electrónicos que pueden no ser de importancia.

RECUADRO 3.10

Órdenes de retención

La mayoría de las jurisdicciones tienen leyes que obligan a las empresas (bancos, contadores, abogados, proveedores de servicios de internet y compañías telefónicas) a conservar los datos y registros de los clientes durante un período determinado. Este período de prescripción variará en función del tipo de negocio, desde unos pocos meses (compañías telefónicas y proveedores de internet) hasta varios años (bancos, abogados y contadores). Por lo que respecta a la investigación, es poco probable que los profesionales intervinientes dispongan de pruebas suficientes para obtener una orden de divulgación o de exhibición

(continúa en la página siguiente)

²⁴ Otro motivo habitual de impugnación por parte de la entidad de divulgación es la prerrogativa del secreto profesional (como la existente entre abogado y cliente). En el caso de los abogados en plantilla, hay discrepancias jurisdiccionales en cuanto a si se aplica el privilegio profesional legal y en qué medida. Por ejemplo, en Estados Unidos se puede solicitar en determinadas circunstancias la declaración de este tipo de abogados. Véase Kevin C. Baltz (2018), *United States: Chapter Eleven: Depositions of In-House Counsel — Maintaining and Protecting Evidentiary Privileges* (Estados Unidos: Capítulo XI: Declaraciones de abogados internos: Cómo mantener y proteger los privilegios probatorios), *Mondaq.com*, 18 de septiembre de 2018 (consultado el 11 de mayo de 2020), <https://www.mondaq.com/unitedstates/Litigation-Mediation-Arbitration/66334/Chapter-Eleven-Depositions-Of-In-House-Counsel9472Maintaining-And-Protecting-Evidentiary-Privileges>. Sin embargo, según las normas de la UE, los documentos elaborados por los abogados internos no están protegidos por esta prerrogativa. Véase Colegio de Abogados de Estados Unidos (ABA) (2010), “Keeping Current: EU Court Limits the Scope of Legal Professional Privilege” (Mantenerse al día: El Tribunal de la UE limita el alcance del secreto profesional de los abogados), *Business Law Today*, 20 de septiembre de 2010, https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2010/09/keeping_current_balfour/.

desde el principio, cuestión que resulta especialmente problemática cuanto más breve sea el período de retención.

Afortunadamente, muchas jurisdicciones abordan esta cuestión permitiendo órdenes de retención o de “no destrucción”. Dichas órdenes exigen que el depositario de determinados documentos conserve los archivos relacionados con personas investigadas más allá del período prescrito por la ley, con lo que se evita la pérdida de datos o pruebas potencialmente relevantes. Los requisitos para obtener una orden de este tipo suelen ser menos onerosos que los de una orden de exhibición o divulgación y, por lo tanto, la obtención de estas órdenes debe considerarse en las primeras fases de una investigación. Los profesionales intervinientes deben evaluar dónde pueden conservarse los documentos, determinar los correspondientes períodos de conservación y, cuando esté permitido y sea necesario, obtener órdenes de retención. Estas actuaciones ayudarán a preservar datos potencialmente pertinentes para una futura orden de divulgación o exhibición.

Cuando la ley lo permita, la autoridad requirente debe considerar la posibilidad de pedir que la solicitud de divulgación sea *inaudita parte* (sin notificación) para evitar que se alerte a la persona investigada. Además, cuando se dicta una orden de este tipo, pueden establecerse determinadas disposiciones que prohíban a la parte que recibe la orden de exhibición que la comunique a las personas investigadas. En general, los profesionales deben evaluar el riesgo de que las personas investigadas sean informadas de ello y tomar las medidas necesarias para inmovilizar o incautar los activos²⁵.

3.4.10 Requerimientos de justificación patrimonial

En algunas jurisdicciones, las propias personas investigadas podrían verse obligadas a justificar sus activos si estos parecen desproporcionados con respecto a sus ingresos. En esos casos, tendrán que presentar una declaración de su interés en la propiedad y sobre cómo se obtuvo, y también se les puede exigir que aporten la documentación pertinente. Estos requerimientos de justificación patrimonial pueden ayudar a los profesionales a obtener información importante sobre el origen de los activos cuando hay motivos suficientes para sospechar que alguno de ellos se adquirió con el producto de la corrupción²⁶.

²⁵ En los casos en que se requiera la asistencia judicial recíproca, los profesionales deben ser conscientes de las posibles obligaciones de divulgación de la jurisdicción requerida. En estos casos, deben abordar esta cuestión antes de enviar la solicitud. Para obtener más información, véase la sección 8.3.4 del capítulo 8.

²⁶ Rachel Davies Teka (2017), *Unexplained Wealth Orders: A Brief Guide* (Requerimientos de justificación patrimonial: Guía breve), Transparency International UK, 30 de mayo de 2017, <https://www.transparency.org.uk/unexplained-wealth-orders-brief-guide>.

Los requerimientos de justificación patrimonial y la legislación conexas trasladan la carga de la prueba sobre la legitimidad de los activos de las autoridades investigadoras al propietario de estos. Si el propietario no demuestra el origen legítimo de sus activos, se presume que son recuperables sin necesidad de acreditar que este ha cometido un delito previo. En el recuadro 3.11 se describe la reciente introducción de los requerimientos de justificación patrimonial en el Reino Unido.

RECUADRO 3.11

Reino Unido: Requisitos para la emisión y ejecución de requerimientos de justificación patrimonial

La Ley de Finanzas Delictivas: El 27 de abril de 2017, en el marco del Plan de Acción de abril de 2016, obtuvo sanción real la Ley de Finanzas Delictivas del Reino Unido para hacer frente a los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. En la parte 1, capítulo 1, la ley instituye el requerimiento de justificación patrimonial como potestad civil y herramienta de investigación emitida por el Tribunal Superior. Si se cumplen determinados criterios, la carga de la prueba se invierte y se traslada al titular de los activos, que debe demostrar que su origen es legítimo^a. Un requerimiento de justificación patrimonial no es un recurso para recuperar activos, sino una herramienta suplementaria de investigación y recuperación del producto del delito.

Competencias del Tribunal Superior: A petición de una autoridad encargada de hacer cumplir la ley^b —como la Agencia Nacional de Investigaciones Criminales, la Administración de Hacienda y Aduanas de Su Majestad, la Autoridad de Conducta Financiera, el director de la Oficina de Fraudes Graves o el director de la Fiscalía—, el Tribunal Superior puede emitir un requerimiento de justificación patrimonial sobre cualquier propiedad que considere que cumple los requisitos para ello.

Requisitos del requerimiento de justificación patrimonial: Para emitir un requerimiento de justificación patrimonial, el Tribunal Superior debe estar convencido de que existen motivos razonables para creer que el demandado es titular de la propiedad, que el valor de esta es superior a GBP 50 000 y que existen motivos razonables para sospechar que las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado habrían sido insuficientes para que este obtuviera la propiedad^c. Además, el Tribunal Superior debe estar convencido de que el demandado es una persona expuesta políticamente, o de que hay motivos razonables para sospechar que está o ha estado implicado en un delito grave, o de que una persona relacionada con él está o ha estado implicada en tales actos^d.

Personas expuestas políticamente: La ley define a una “persona expuesta políticamente” como todo individuo al que una organización internacional o un Estado distinto del Reino Unido encomienda o ha encomendado funciones públicas de relevancia, es funcionario no perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE), o es un miembro de la familia de una persona expuesta políticamente, un allegado, o está relacionado de alguna manera con dicha persona^e. Un requerimiento de justificación patrimonial realizado en relación con

(continúa en la página siguiente)

una persona expuesta políticamente no perteneciente al EEE no requeriría la sospecha de un delito grave^f.

Obligaciones de los demandados: El requerimiento de justificación patrimonial exige a los demandados que expliquen su propiedad legítima y los medios por los que la obtuvieron. En particular, los demandados deben proporcionar una declaración sobre la naturaleza y el alcance de su interés en la propiedad, explicar cómo la obtuvieron, exponer los detalles de la adjudicación si la propiedad está en manos de fideicomisarios y proporcionar cualquier otra información o documento relacionados con la propiedad^g. También se les puede exigir que presenten la documentación pertinente^h.

Presunción: Si el demandado no cumple con los requisitos de un requerimiento de justificación patrimonial sin ninguna excusa razonable antes de que finalice el período de respuesta, se presume que la propiedad es recuperable en virtud de cualquier acción civil posteriorⁱ.

Consecuencias penales: Si la declaración proporcionada es sustancialmente falsa o engañosa, el demandado incurre en delito y puede ser condenado a una pena de prisión no superior a 2 años, o a una multa, o a ambas; o en caso de condena sumaria, a una pena de prisión no superior a 12 meses, o a una multa, o a ambas^j.

Órdenes de congelamiento preventivo: Una autoridad de aplicación de la ley también puede solicitar una orden de congelamiento preventivo, previa petición al Tribunal Superior, si existe el riesgo de que se frustre cualquier orden de recuperación que pueda obtenerse posteriormente^k. Esta orden prohíbe al demandado contra quien se ha emitido el requerimiento de justificación patrimonial, así como a cualquier otra persona con un interés en la propiedad, que realice todo tipo de operación con esta^l. El requerimiento de justificación patrimonial y la orden de congelamiento preventivo pueden combinarse en un solo documento^m.

a. *Criminal Finances Act 2017, Chapter 22, Part 1: Proceeds of Crime, Chapter 1: Investigations (2017)* (Ley de Finanzas Delictivas de 2017, Capítulo 22, Parte 1: Productos del delito, Capítulo 1: Investigaciones, 2017), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted>; Ministerio del Interior (Reino Unido) (2018), *Circular 003/2018: Unexplained Wealth Orders* (Circular 003/2018: Requerimientos de justificación patrimonial), 1 de febrero de 2018 (consultado el 16 de agosto de 2018), <https://www.gov.uk/government/publications/circular-0032018-criminal-finances-act-unexplained-wealth-orders/circular-0032018-unexplained-wealth-orders>.

b. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362A, párr. 7.

c. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362B, párrs. 2 a), 2 b) y 3.

d. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362B, párr. 4.

e. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362B, párr. 7.

f. Circular 003/2018, art. 2.

g. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362A, párr. 3.

h. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362A, párr. 5.

i. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362C, párrs. 1 y 2.

j. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362E, párrs. 1 y 2.

k. En febrero de 2018, la Agencia Nacional de Investigaciones Criminales británica obtuvo los primeros requerimientos de justificación patrimonial en relación con dos propiedades que sumaban GBP 22 millones y que se consideraba que pertenecían a una persona expuesta políticamente. Además de los dos requerimientos de justificación patrimonial, también se concedieron

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 3.11

Reino Unido: Requisitos para la emisión y ejecución de requerimientos de justificación patrimonial (continuación)

órdenes de congelamiento preventivo para impedir la venta, transferencia o desaparición de los activos. Véase *KYC360* (2018), “UK Secures First Unexplained Wealth Orders: Property Owned by PEP” (Reino Unido obtiene los primeros requerimientos de justificación patrimonial: Persona expuesta políticamente titular de la propiedad), *KYC360 News*, 28 de febrero de 2018 (consultado el 17 de mayo de 2020), <https://www.riskscreen.com/kyc360/news/uk-secures-first-unexplained-wealth-orders-property-owned-pep/>. En el caso de Zamira Hajiyeva, la impugnación de la orden fue desestimada por el Tribunal Superior, y una apelación posterior también fue desestimada por el Tribunal de Apelación. Véase Agencia Nacional de Investigaciones Criminales (2020), “Court Dismisses UWO Appeal by Zamira Hajiyeva” (El tribunal desestima apelación contra requerimiento de justificación patrimonial presentado por Zamira Hajiyeva), *NCA News*, 5 de febrero de 2020 (consultado el 17 de mayo de 2020), <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/news/court-dismisses-uwo-appeal-by-zamira-hajiyeva>. En el caso de un empresario de Leeds, el señor Mansoor Hussain, el requerimiento de justificación patrimonial fue el primero que se obtuvo de forma exclusiva sobre la base de la presunta implicación de un individuo en delincuencia organizada grave y también la primera recuperación en un caso en que se utilizaba uno de estos requerimientos, que se saldó con GBP 10 millones: <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/news/nca-secures-first-serious-organised-crime-unexplained-wealth-order-for-property-worth-10-million>.

l. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362J, párr. 3.

m. Ley de Finanzas Delictivas, art. 362J, párr. 4 c).

3.4.11 Vigilancia electrónica

Al proporcionar pistas de investigación similares o complementarias a las analizadas en el marco de la vigilancia física (véase la sección 3.4.3), a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley les resultará de utilidad lo que en este manual se denomina la “vigilancia electrónica”, es decir, la interceptación secreta de todo tipo de comunicación por vía cablegráfica, oral, telefónica, informática o de cualquier otro medio electrónico que utilicen las personas investigadas. Por otra parte, hay que considerar que la vigilancia electrónica requiere de muchos medios, que puede tener un costo prohibitivo y que es una técnica intrusiva. En consecuencia, muchas jurisdicciones exigen una supervisión judicial y quizás una autorización especial para garantizar la protección de la intimidad y los derechos al debido proceso del acusado. Algunas jurisdicciones, cuando no se necesita una orden judicial, permiten la vigilancia consensual de las comunicaciones con el consentimiento previo de una de las partes, como, por ejemplo, un testigo que coopera, un informante o un agente encubierto²⁷. En todos los casos, la vigilancia electrónica debe realizarse respetando la legislación nacional y las políticas y los procedimientos internos.

Al llevar a cabo actividades de vigilancia electrónica, los profesionales intervinientes deben ser conscientes de que las personas implicadas en actividades delictivas no escatimarán recursos para utilizar las técnicas más avanzadas que aseguren sus comunicaciones, como es el caso, en particular, de las redes que proporcionan a sus clientes dispositivos especiales y el intercambio de datos encriptados. En algunas circunstancias, los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden utilizar

²⁷ En Estados Unidos está permitida la vigilancia consensual. Para obtener más información, véase *Justice Manual* (Manual de Justicia) del Departamento de Justicia de Estados Unidos, capítulo 9, sección 7.301, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-7000-electronic-surveillance#9-7.301>. Las leyes federales de vigilancia electrónica (comúnmente denominadas de forma colectiva “Título III”) están codificadas en el título 18 del Código de Estados Unidos, artículo 2510 y siguientes. En los casos en que no se permite la vigilancia consensual, se requiere una orden judicial (por ejemplo, en Ucrania).

programas informáticos específicos para interceptar los datos de estas comunicaciones antes del encriptado²⁸. También deben ser diligentes al registrar los asuntos tratados, la hora, la fecha, la duración de la conversación y otros datos pertinentes de cada comunicación interceptada.

Además, deben asegurarse de que las grabaciones originales estén salvaguardadas como prueba —selladas adecuadamente y mantenidas en un entorno seguro y protegido— y de que también haya copias disponibles. Pueden ser necesarios servicios de interpretación para las conversaciones en idiomas extranjeros. Hay que supervisar todas las interceptaciones 24 horas al día, 7 días a la semana, para garantizar que se actúe oportunamente ante toda información apremiante y que las medidas de seguimiento se coordinen adecuadamente. Los profesionales intervinientes también deben considerar la conveniencia de incorporar un equipo de vigilancia física que trabaje en estrecha coordinación con el equipo de vigilancia electrónica, ya que esto generará pruebas tanto de audio como de video.

3.4.12 Operaciones encubiertas

Las operaciones encubiertas son otra técnica de investigación para infiltrarse en el entorno de las personas investigadas y descubrir pruebas e información sobre los activos. En los casos de recuperación de activos, esto podría incluir la entrega controlada de fondos mediante un agente encubierto. Sin embargo, estas operaciones son complicadas desde el punto de vista legal y procesal, son arriesgadas y requieren muchos recursos. Al igual que con otras técnicas, deben seguirse estrictamente los requisitos y procedimientos legales para garantizar la admisibilidad de las pruebas. Los agentes deben ser competentes, estar debidamente entrenados y ser idóneos para la investigación. Debe disponerse de un equipo adecuado para grabar y supervisar las reuniones de agentes encubiertos, informantes y personas investigadas o sus asociados; será preciso supervisar constantemente este equipo para proteger la seguridad de los implicados²⁹.

El uso de informantes puede plantear problemas de fiabilidad, por lo que normalmente se prefiere el uso de agentes encubiertos. Cuando el uso de informantes es la única opción, es aconsejable registrarlos oficialmente en las bases de datos confidenciales de las fuerzas del orden, proporcionarles instrucciones escritas claras y concisas, y hacerles firmar un reconocimiento escrito de que han entendido las instrucciones. Además,

²⁸ Martin Untersinger y Jacques Follorou (2020), “EncroChat, cette mystérieuse société technologique prisee par le crime organisé” (EncroChat: La misteriosa empresa tecnológica apreciada por el crimen organizado), *Le Monde*, 3 de julio de 2020 (consultado el 9 de julio de 2020), https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/07/03/encrochat-une-societe-technologique-mysterieuse-prisee-par-le-crime-organise_6045126_4408996.html.

²⁹ Por ejemplo, los informantes, los agentes o las partes que den su consentimiento deben llevar un micrófono corporal u otro dispositivo transmisor oculto (quizás un dispositivo oculto en un bolígrafo, un teléfono móvil, un paquete de cigarrillos, un maletín o una computadora portátil), así como un dispositivo de grabación independiente para garantizar una grabación clara (porque las señales del transmisor pueden verse interrumpidas y la calidad de la voz a menudo puede ser deficiente). En la práctica, es conveniente registrar una introducción a la grabación en la que se indique el nombre del profesional, la fecha y la hora, y una breve descripción de los acontecimientos.

puede ser necesario registrar los vehículos de los informantes y otras pertenencias relevantes en busca de material de contrabando inmediatamente antes de la reunión encubierta para evitar acusaciones de colocación de pruebas. Por último, dado que la seguridad de los agentes y de los informantes es una prioridad, es importante controlar el lugar donde se lleva a cabo la reunión y elegir los entornos más propicios para el éxito y la seguridad de la operación.

Bibliografía

- Attiso, Kodjo. 2010. "The Recovery of Stolen Assets: Seeking to Balance Fundamental Human Rights at Stake." Working Paper No. 08, International Center for Asset Recovery (ICAR), Basel Institute on Governance, Basel, Switzerland. https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2019-06/biog_working_paper_08_EN.pdf.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocol (European Convention on Human Rights), Council of Europe (1950, in force 1953). https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf.
- Egmont Group (Egmont Group of Financial Intelligence Units). 2013. "Principles for Information Exchange Between Financial Intelligence Units." Document approved by the Egmont Group Heads of Financial Intelligence Units, Egmont Group, Toronto. <https://egmontgroup.org/en/document-library/8>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations." Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- Greenberg, Theodore S., Larissa Gray, Delphine Schantz, Carolin Gardner, and Michael Latham. 2010. *Politically Exposed Persons: Preventive Measures for the Banking Sector*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank.
- IMF (International Monetary Fund) and World Bank. 2004. *Financial Intelligence Units: An Overview*. Washington, DC: IMF. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fiu/fiu.pdf>.
- Perdriel-Vaissière, Maud. 2017. "France's *Biens Mal Acquis* Affair: Lessons from a Decade of Legal Struggle." Paper, Legal Remedies for Grand Corruption series, Open Society Foundations, New York. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/8e7d1268-b5fb-44cf-b549-bc0ed6500667/legal-remedies-11-perdriel-20170612.pdf>.
- Rossi, Ivana M., Laura Pop, and Tammar Berger. 2017. *Getting the Full Picture on Public Officials: A How-To Guide for Effective Financial Disclosure*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf>.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, UN General Assembly Resolution 2200A (adopted December 16, 1966, effective

- March 23, 1976), United Nations, New York. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.
- Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly Resolution 217A (December 10, 1948), United Nations, New York. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf.
- Van der Does de Willebois, Emile, Emily M. Halter, Robert A. Harrison, Ji Won Park, and J.C. Sharman. 2011. *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do about It*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/puppetmastersv1.pdf>.
- World Bank. 2012. *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Public%20Office%20Private%20Interests.pdf>.

4. Obtención de pruebas y rastreo de activos (2): Datos pertinentes y documentos financieros

4.1 Observaciones preliminares

Durante la investigación se reunirán documentos impresos y electrónicos. Tales documentos incluyen registros de apertura de cuentas bancarias y anotaciones en diarios; documentos referidos al conocimiento del cliente y de diligencia debida; extractos bancarios y estados financieros, y registros comerciales, tales como contratos, acuerdos y escrituras de constitución, así como facturas, recibos y correos electrónicos. Los documentos reunidos también deberán incluir toda la correspondencia, a fin de que los investigadores tengan acceso a todos los extractos y las cartas enviados por correo en todos los idiomas.

Un análisis de estos documentos revelará información sobre los activos, los movimientos de fondos, los vínculos entre personas y empresas, y otras pistas de investigación. Para ayudar a los profesionales intervinientes, en este capítulo se brindan algunos ejemplos de datos pertinentes provenientes de documentos comúnmente consultados, y se demuestra la importancia de organizar y analizar los datos.

4.2 Identificación de los datos pertinentes: Ejemplos de documentos comúnmente consultados

4.2.1 Reportes de operaciones sospechosas

Los reportes de operaciones sospechosas (ROS)¹ y otros documentos conexos son excelentes fuentes de información para los encargados de la aplicación de la ley, dado que a menudo incluyen datos sobre las transacciones, una descripción de los motivos de la sospecha y un estudio a cargo de analistas financieros². La cantidad de información suministrada y la calidad de las descripciones pueden variar, dependiendo de los

¹ En algunas jurisdicciones, los ROS también se conocen como “reportes de actividades sospechosas” (RAS).

² En algunas jurisdicciones, la UIF no está autorizada a entregar copias de los ROS o de las DTM a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En estas circunstancias, en general puede solicitarse el informe de inteligencia (si se ha redactado), que contiene gran parte de esa información.

requisitos de la jurisdicción y de la persona que ha presentado el ROS. No obstante, en general estos reportes contienen diversos datos importantes:

- Origen y destino de los fondos.
- La narración explicativa del banco sobre la naturaleza de la sospecha, los posibles documentos que la sustentan e información referida al conocimiento del cliente.
- Datos sobre la frecuencia del uso de efectivo, transferencias electrónicas, cheques y pagos electrónicos.
- Información sobre otros activos o productos que la persona investigada tiene en el banco.

En algunas jurisdicciones, entre ellas Estados Unidos, los investigadores pueden acceder sin necesidad de una orden a todos los documentos que utilizó la UIF para escribir el ROS.

A partir de toda esta información, los profesionales intervinientes pueden reconstruir los flujos financieros a fin de rastrear el dinero, ya sea para confirmar su origen (ilegal) o para saber a dónde ha ido. Dicha información también contiene pistas adicionales, por ejemplo, las cuentas bancarias que deben investigarse mediante orden judicial, las personas que han de entrevistarse, las empresas que deben examinarse o los antecedentes policiales del sospechoso. Cuando el objetivo es aclarar la información en un ROS, podría ser útil hablar directamente con el oficial de cumplimiento del banco, quien podría tener información adicional sobre la persona investigada. Véase en el apéndice C un ejemplo de la información que puede extraerse del informe de una UIF.

4.2.2 Documentos de apertura de cuentas y registros referidos al conocimiento del cliente o de diligencia debida sobre los clientes

Los profesionales intervinientes deben revisar cuidadosamente toda la información de apertura de cuentas y cualquier registro referido al conocimiento del cliente o de diligencia debida sobre los clientes de la institución financiera³. En el caso de las personas expuestas políticamente, las instituciones financieras deben llevar a cabo y documentar tareas adicionales de diligencia debida sobre sus transacciones y

³ Según la recomendación 10 del GAFI (referida a la diligencia debida sobre el cliente), debe prohibirse a las instituciones financieras mantener cuentas anónimas o cuentas con nombres que sean obviamente ficticios (FATF [GAFI], 2019, págs. 12 y 13). Tienen “la obligación de adoptar medidas específicas de diligencia debida sobre el cliente i) al establecer relaciones de negocios, ii) al realizar transacciones ocasionales que superan el umbral aplicable designado (USD/EUR 15 000) o son transferencias electrónicas [...], iii) cuando haya sospechas de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo, o iv) cuando la institución financiera tenga dudas sobre la veracidad o el carácter adecuado de datos de identificación de clientes obtenidos anteriormente”. Las medidas de diligencia debida con respecto al cliente incluyen “identificar al cliente y verificar su identidad”; “identificar al titular real y adoptar medidas razonables para verificar su identidad”; “entender [...] el propósito y la naturaleza prevista de la relación de negocios”; y “llevar a cabo tareas de diligencia debida continuas”.

antecedentes financieros. Esta documentación podría brindar información útil y posibles pistas. Por ejemplo, los profesionales deben:

- Examinar las notas en poder del banco con respecto a la información aportada por el cliente, incluidos los poderes de representación y los firmantes en la cuenta bancaria.
- Examinar los documentos suministrados por el titular de la cuenta para justificar la procedencia de los fondos (por ejemplo, contratos, cartas y las ventas de bienes raíces), que pueden:
 - ayudar a identificar al titular real (los profesionales intervinientes deben investigar con particular atención las direcciones, las empresas y los individuos implicados);
 - permitir comprender mejor la supuesta procedencia económica de los fondos;
 - revelar contradicciones con las cifras o con otras pruebas ya reunidas;
 - identificar los posibles testigos y otras pistas de investigación;
 - ayudar a prepararse para las entrevistas con las personas investigadas.
- Entrevistar al administrador de la cuenta y a las personas designadas como apoderados.
- Examinar las cuentas bancarias a nombre de un vehículo corporativo, ya que los documentos de constitución de la empresa, los nombres de los miembros de la junta directiva y los nombres de las personas autorizadas a realizar negocios en nombre de la empresa pueden revelar la existencia de personas a las que convenga entrevistar⁴.

4.2.3 Extractos de cuentas bancarias

Como primer paso, los profesionales intervinientes deben determinar el origen de los fondos que ingresan en la cuenta y el destino de cualquier suma transferida. Esto incluye los flujos de débitos y créditos en las cuentas mediante retiros en efectivo, depósitos, transferencias electrónicas, bonos, cheques, préstamos y similares. Al examinar estos flujos, es necesario utilizar distintas técnicas para evaluar el origen y el destino de los fondos en sus diversas formas, como se sugiere a continuación.

Dinero en efectivo. Los movimientos de dinero en efectivo pueden ser difíciles de rastrear debido a la falta de información sobre el origen o el destino. Los profesionales deben solicitar al banco los recibos de depósitos o de retiros, en los que debería figurar la identidad de la persona que realiza las transacciones. También deben establecerse las ubicaciones de los cajeros automáticos utilizados para los retiros en efectivo y los depósitos. Además, los profesionales deben aplicar técnicas de investigación tradicional para rastrear los depósitos en efectivo mediante mensajes de texto, correos electrónicos, cartas y transferencias electrónicas (como se analiza en la sección 4.2.4). Pueden examinar, a su vez, la actividad en otras cuentas y los registros de visitas a cajas de seguridad.

⁴ En algunos casos, los miembros de la junta directiva y los empleados de un intermediario profesional o de un proveedor de servicios responsable de crear sociedades fantasma pueden tener información útil para la investigación.

Bonos. Los depósitos de bonos pueden tramitarse de un banco a otro, por lo que los profesionales intervinientes deben pedir a los bancos toda la información sobre los bonos y cómo se depositaron en la cuenta.

Cheques. En el caso de los depósitos con cheques, es posible que los profesionales deban visitar el banco donde está radicada la cuenta emisora del cheque para identificar al girador, a menos que puedan solicitarse registros electrónicos. Los cheques endosados (es decir, firmados en el dorso para autorizar su cobro en efectivo, depósito o transferencia a un tercero) deben tratarse de manera similar a los depósitos en efectivo, por lo que se deberá identificar a la persona que endosó el cheque. Los profesionales también deben revisar la línea en la que se especifica el concepto del pago, que puede indicar actividades sospechosas. Por ejemplo, los cheques emitidos a empresas relacionadas (como las subsidiarias) por servicios de “gestión”, de “consultoría” o de otro tipo pueden revelar que la empresa está blanqueando dinero procedente de actividades delictivas a través de una serie de compañías de su propiedad.

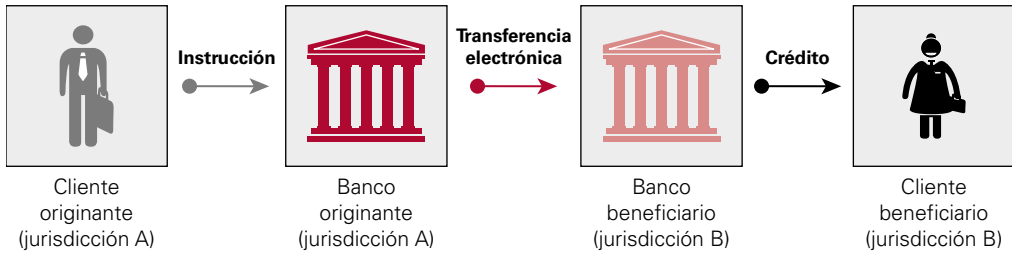
4.2.4 Transferencias electrónicas

En diversos casos de corrupción anteriores, se ha observado que se depositan grandes sumas de dinero derivadas de actividades delictivas en instituciones financieras, y posteriormente se las reenvía al resto del mundo a través de transferencias bancarias (también conocidas como “transferencias electrónicas de fondos”), en un intento de romper la cadena de auditoría y proteger los fondos en paraísos fiscales con secreto bancario. Una transferencia electrónica se inicia con la orden de un cliente (institución financiera, persona jurídica o física) de enviar los fondos a otro lugar, en el país o en el extranjero⁵. La orden desencadena instrucciones que se transmiten a través de un sistema de mensajes telefónicos, por correo electrónico, por fax o mediante una aplicación para teléfonos móviles. (En la figura 4.1 se ilustra el proceso de una transferencia electrónica transfronteriza)⁶.

Antes de que los fondos lleguen a su destino final, las transferencias electrónicas podrían utilizarse para establecer un esquema de estratificación de los fondos a través de varias instituciones financieras y jurisdicciones de tránsito utilizando cuentas bancarias corresponsales, transferencias en serie, pagos de cobertura, sociedades fantasma y jurisdicciones en el extranjero. Algunas entidades financieras, abogados o contadores han sido cómplices de políticos corruptos, de sus familiares y de sus

⁵ Esto puede incluir una cadena de transferencias electrónicas que tenga al menos un elemento transfronterizo (por ejemplo, un banco corresponsal en otro país). Véase también la recomendación 16 del GAFI (sobre transferencias electrónicas) y la nota interpretativa relacionada (FATF [GAFI], 2019, págs. 15 y 16, 72 y 73).

⁶ La recomendación 16 del GAFI se aplica a las transferencias electrónicas transfronterizas y las nacionales, incluidos los pagos en serie y los pagos de cobertura. Véase la sección de la recomendación 16 referida al alcance (FATF [GAFI], 2019, pág. 72).

FIGURA 4.1**Proceso básico de una transferencia electrónica transfronteriza**

Fuente: Banco Mundial.

allegados, ayudándolos a blanquear dinero a través de complejas transacciones con vehículos corporativos y a crear cuentas bancarias personales con privilegios especiales⁷.

Una transferencia electrónica consta de dos componentes: a) la orden, que incluye información tanto sobre la institución ordenante como la beneficiaria, y b) el movimiento o la transferencia de fondos propiamente dichos. Las entidades financieras pueden enviar las instrucciones de muchas maneras, por ejemplo, mediante las redes electrónicas disponibles a través de diversos sistemas de pagos interbancarios, o por correo electrónico, fax, teléfono o télex. Ahora bien, la forma más común en que estas entidades comunican las instrucciones de transferencias interbancarias es un sistema especial conocido como Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Internacionales (SWIFT). En cuanto al movimiento del dinero, los dos principales sistemas de pagos interbancarios mayoristas disponibles son el Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios (CHIPS) y el servicio federal de transferencias electrónicas Fedwire. Además, los bancos suelen utilizar sistemas de pagos interbancarios directos u otros sistemas de pago intermediados para trasladar los fondos de sus clientes entre diversas instituciones.

Los sistemas CHIPS y Fedwire pueden utilizarse para hacer transferencias en dólares estadounidenses o como parte de una transferencia internacional denominada en dólares estadounidenses. Sin embargo, el sistema CHIPS se utiliza principalmente para facilitar las transferencias internacionales denominadas en dólares. A diferencia de estos sistemas de pago, SWIFT es únicamente un sistema de mensajería; no mantiene ni transfiere fondos, ni gestiona cuentas en nombre de sus miembros. Los profesionales

⁷ Véase US Senate (Senado de EE. UU.) (2004), <https://www.hsdl.org/?abstract&did=451010>. Por otra parte, un banco internacional importante tenía un manual en el que enseñaba a sus empleados a eliminar información de una transferencia bancaria a fin de ocultar que esta se hacía a favor o en nombre de una jurisdicción sancionada. Véase Departamento de Justicia de Estados Unidos (2009), *Credit Suisse Agrees to Forfeit \$536 Million in Connection with Violations of the International Emergency Economic Powers Act and New York State Law* (Credit Suisse acuerda renunciar a USD 536 millones en relación con infracciones a la Ley de Facultades Económicas en casos de Emergencia Internacional y el derecho de Nueva York), comunicado de prensa n.º 09-1358, 16 de diciembre de 2009 (consultado el 16 de agosto de 2018), <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/December/09-ag-1358.html>.

intervinientes deben saber que, cuando las transacciones se compensan a través de bancos de Estados Unidos, CHIPS o Fedwire, las autoridades estadounidenses tienen jurisdicción sobre los casos de decomiso.

Una transferencia de fondos se realiza efectivamente a través de una “transferencia contable” y puede involucrar a un banco corresponsal. En esencia, una transferencia contable es un proceso en el que los fondos se trasladan de una cuenta a otra. Si tanto el cliente originante como el beneficiario tienen cuenta en la misma entidad financiera, se puede realizar una transferencia contable interna entre las dos cuentas. Cuando los fondos se trasladan de una entidad financiera a otra no relacionada, la transferencia contable se realiza a través de un banco corresponsal o intermediario que vincula a ambas partes⁸.

Muchos bancos tienen cuentas corresponsales con el propósito principal de procesar y compensar operaciones de transferencia bancaria con entidades que son miembros de CHIPS o de Fedwire, o que tienen acceso a sus sistemas; esto les permite realizar transferencias electrónicas en nombre de sus clientes aunque no sean miembros. Las relaciones de corresponsalía bancaria también son comunes entre los bancos nacionales y los extranjeros, ya que facilitan la actividad empresarial y la prestación de servicios a clientes en jurisdicciones extranjeras, sin el gasto y la carga que supone instalarse en el exterior⁹.

Recopilación de documentos e información pertinente para analizar las transferencias electrónicas

Los profesionales intervinientes deben solicitar a las instituciones financieras documentación sobre las transferencias para efectuar el seguimiento de los activos. Dicha documentación debería incluir una copia del mensaje de la transferencia electrónica, así como otros documentos que las instituciones financieras generen en el proceso de originar o recibir la transferencia de los fondos. En el recuadro 4.1 se enumeran algunos de los formularios y documentos relacionados con una transferencia electrónica. El análisis de estos documentos revelará información clave, como la entidad financiera ordenante y la beneficiaria, los clientes, el importe, la fecha y la información que se envía de cliente a cliente y entre instituciones financieras.

Los profesionales que estén buscando información deberán pedir los datos de la transferencia electrónica, tanto en formato de hoja de cálculo como de recibo con el detalle de la operación, si es posible. Dado que los bancos podrían utilizar formatos que no están normalizados, una hoja de cálculo puede contener información que facilita la

⁸ En este caso, si el banco originante mantiene una cuenta corresponsal en un banco beneficiario, podrá ordenar a este último que transfiera fondos de dicha cuenta a la cuenta del cliente beneficiario (FinCEN, 1992).

⁹ Para obtener información adicional sobre las comunicaciones de bancos corresponsales y el uso de métodos de pagos en serie y de cobertura, incluidas las prácticas de pagos de cobertura desarrolladas por SWIFT, véase el apéndice F.

Institución ordenante:

- Formulario de solicitud de transferencia de fondos.
- Copia de la transferencia electrónica.
- Recibo con el detalle de la operación o confirmación de la transferencia.
- Nota de débito para el cliente originante.
- Estado de cuenta mensual del cliente.
- Registro interno de transferencias salientes (registros de bancos corresponsales, registros de pago y de procesamiento).
- Entrada en el diario.

Institución beneficiaria (o corresponsal):

- Formulario de solicitud de transferencia de fondos.
- Copia de la transferencia electrónica.
- Notificación de crédito al cliente beneficiario (si se deposita).
- Estado de cuenta mensual del cliente.
- Entrada en el diario.
- Cheque de caja.
- Información sobre las transferencias contables interbancarias que los bancos mantienen con el propósito de compensar transacciones.

comprensión de la transacción, mientras que el recibo con el detalle de la operación podría tener datos más exhaustivos.

Dependiendo de las circunstancias de la investigación, será importante obtener documentación complementaria o hacer un examen exhaustivo en distintas áreas, por ejemplo, las siguientes:

- *Documentos de pago subyacentes.* Incluyen facturas, documentos de embarque, recibos, contratos de consultoría y otros documentos relacionados con la transferencia que podrían revelar información clave sobre los fondos en cuestión.
- *Información sobre el conocimiento del cliente y notas de cumplimiento.* En lo referido a la transacción, el banco podría no haber identificado al beneficiario final cuando los fondos salieron de la cuenta. La información sobre el conocimiento del cliente puede ser útil en este sentido.

- *Cientes que sean personas expuestas políticamente.* En los casos de personas expuestas políticamente, las transferencias bancarias podrían encontrarse en las operaciones de banca privada de una institución financiera. Las investigaciones relacionadas con estos clientes deberían incluir el análisis de todas las cuentas que incluyan un poder de representación y de las cuentas de bufetes de abogados, que a menudo son utilizadas por estas personas para transferir dinero.
- *Transferencias contables entre cuentas personales y cuentas corporativas.* Estas transferencias pueden ser útiles para detectar esquemas de estratificación.
- *Plataformas privadas de SWIFT y variantes de nombres utilizados por la institución financiera.* Un análisis de las distintas plataformas de SWIFT utilizadas solo para clientes de la banca privada dentro del banco y sus diversas sucursales puede sacar a la luz una transacción separada y posiblemente con un permiso especial generada a través de estas plataformas. Las variantes de nombres SWIFT utilizadas por la institución financiera pueden revelar transferencias realizadas mediante otras vías. Un banco puede tener diferentes departamentos de transferencias electrónicas, direcciones o formas internas para identificarse¹⁰. Para asegurarse de que la orden de presentación de registros bancarios incluya las listas de las plataformas y las variantes de los nombres, los profesionales intervinientes deben considerar la posibilidad de recopilar esta información mediante entrevistas con los empleados del banco (por ejemplo, los oficiales de cumplimiento).
- *Reportes de operaciones sospechosas.* Cuando están disponibles, los informes de inteligencia o los ROS pueden revelar información valiosa sobre la transferencia electrónica y el ordenante.
- *Consultas al Banco de la Reserva Federal.* Para las transferencias electrónicas tramitadas mediante Fedwire, el banco regional pertinente del Sistema de la Reserva Federal de Estados Unidos puede ser una fuente útil, puesto que conserva los registros de las transferencias durante 180 días. A la hora de solicitar información, es importante ser muy específico sobre la transacción, haciendo referencia a tantos detalles como sea posible (por ejemplo, la fecha, el monto de la transacción, la parte originante, el cliente beneficiario, la institución receptora, los números de cuenta, el propósito de la transferencia si se conoce, etc.).
- *Patrones de transacciones en entidades específicas.* Al examinar la información obtenida de bancos más pequeños, los profesionales intervinientes pueden buscar patrones de transferencias de gran volumen en relación con el tamaño del banco (por ejemplo, una transferencia contable que represente un porcentaje considerable del dinero transferido en un banco determinado en el transcurso de un mes).
- *Transferencias ajustadas, devueltas o reenviadas.* Los sistemas de seguimiento crearán un “mecanismo de reparación” de los mensajes que contengan errores (por ejemplo, información incompleta sobre el ordenante). Estos mensajes se separan para ser examinados manualmente. El banco originante y el beneficiario

¹⁰ Se encontró que un banco tenía 43 identificadores distintos basados en variaciones de su nombre y su dirección.

a menudo conservan estos documentos, que pueden revelar los patrones de actividad de la persona investigada o del banco¹¹.

- *Documentación referida a préstamos.* A menudo, los demandados suministran información engañosa en la documentación sobre préstamos de modo de cumplir los requisitos que se exigen para obtenerlos, algo que de por sí podría ser un delito penal en algunas jurisdicciones.

Interpretación de los documentos de una transferencia electrónica

En la mayoría de los casos, el detalle de la operación que confirma una transferencia electrónica, así como las notas de crédito y débito enviadas por los bancos al cliente originante o al beneficiario, son documentos fáciles de leer. Estos documentos contienen la información necesaria para rastrear los movimientos de fondos, incluidos los números de cuenta y las identidades del originante y del beneficiario. Cuando estos documentos no estén disponibles, para identificar y rastrear los fondos será necesario entender e interpretar los distintos sistemas de mensajería utilizados para realizar transferencias electrónicas¹².

Los sistemas de pago como CHIPS y Fedwire utilizan formatos de mensajería separados para comunicar las transferencias electrónicas entre las entidades miembro. Sin embargo, SWIFT ofrece una plataforma de mensajería estandarizada para la mayoría de las instituciones financieras del mundo. Respecto de los mensajes SWIFT, hay protocolos aplicables a toda la industria sobre los formatos de los mensajes, códigos especiales para diferenciar entre información y dirección, y sistemas de encriptado para evitar problemas de seguridad durante la transmisión de datos.

Para identificar los diferentes tipos de mensajes SWIFT, se asigna un número a cada uno de ellos. Por ejemplo, en un mensaje identificado como “MT 103”, el prefijo “MT” significa “tipo de mensaje”, y los tres dígitos siguientes hacen referencia a un tipo específico de mensaje SWIFT (en este caso, “103” significa un solo cliente o transferencia de crédito). Dentro de un tipo de mensaje, se utilizan códigos de campo específicos para resaltar la información importante. Por ejemplo, el campo 50 (ordenante) es clave para realizar el seguimiento de dinero blanqueado, ya que puede incluir algo más que el nombre del cliente y su dirección¹³. En la figura 4.2 se muestran algunos de los campos

¹¹ Estos registros también pueden ser útiles en la búsqueda de un patrón de comportamiento de una institución financiera que demuestre que, a sabiendas, la institución blanqueó el producto del delito. Además, los profesionales intervinientes deben pedir todas las transferencias rechazadas procedentes de un banco investigado, por ejemplo, dentro de los últimos 30 días, y prestar especial atención a la información que pueda haberse agregado o modificado al reenviar la transferencia.

¹² Por ejemplo, en el escándalo del fraude en el Banco de la República de Moldova (recuadro 4.5), el Departamento de Supervisión Bancaria del Banco Nacional de la República de Moldova contrató a Kroll, una empresa privada de investigadores, para que colaborase en la pesquisa (Kroll, 2015). Los documentos destruidos se recuperaron utilizando datos SWIFT.

¹³ Hay tres formas de mostrar la información en el campo 50 (cliente ordenante) que pueden ser útiles para el profesional interviniente: a) cuenta más identificador, b) identificador más nombre y dirección, y c) cuenta más nombre y dirección.

pertinentes de los mensajes SWIFT que los profesionales intervinientes deberían examinar.

FIGURA 4.2

Ejemplo de formato e interpretación de códigos de un mensaje SWIFT

```
:20: PAYREF-XT78305  
:32A: 091010EUR#1010000#  
:50: [NOMBRE Y DIRECCIÓN DEL CLIENTE]  
:59: [NOMBRE Y DIRECCIÓN DEL BENEFICIARIO]
```

Interpretación de los códigos

- 20 Número de referencia de la transacción (código numérico asignado por la institución originante para identificar la operación)
- 32A Fecha valor, código de moneda y monto de la transacción
- 50 Cliente ordenante (parte que ordena la transacción SWIFT)
- 59 Beneficiario (parte designada como el destinatario final de los fondos)

Además de los códigos mencionados, pueden incluirse otros:

- 52D Banco ordenante (institución financiera que inicia el SWIFT)
- 53D Banco corresponsal del emisor
- 54D Banco corresponsal del receptor
- 57D La institución financiera en la que el cliente ordenante solicita que se pague al beneficiario
- 70 Detalles del pago
- 71A Detalles de los cargos por la transacción
- 72 Instrucciones del banco emisor al banco receptor

Fuente: Banco Mundial.

Los códigos SWIFT de identificación de entidad mercantil (BIC) proporcionan el nombre de la entidad financiera, el país, la ubicación o la sucursal. Los BIC tienen generalmente ocho caracteres: un código bancario de cuatro caracteres (específico de la entidad financiera), un código de país de dos dígitos (para identificar el país donde se encuentra la entidad financiera) y un código de ubicación de dos caracteres (que indica una zona geográfica específica dentro de una jurisdicción). A veces, se utilizan tres caracteres adicionales que conforman el código de la sucursal (para identificar la sucursal física de una institución financiera)¹⁴.

4.2.5 Monedas virtuales

Las monedas virtuales se definen como una “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de

¹⁴ Para obtener más información sobre los BIC, véase <https://www.swift.com/>. El sitio web permite realizar búsquedas por nombre de entidad o por BIC, y los parámetros de búsqueda pueden filtrarse por país, ciudad o ambas cosas.

moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”¹⁵.

El anonimato de las monedas virtuales implica que podrían usarse indebidamente para fines ilícitos¹⁶. De hecho, hay cada vez más pruebas de que los grupos del crimen organizado las utilizan para el lavado de dinero (Keatinge, Carlisle y Keen, 2018, pág. 17). Para rastrear las actividades ilícitas en las que se utilicen monedas virtuales, es necesario que los profesionales intervinientes dispongan de herramientas forenses, habilidades técnicas y recursos, y que reciban capacitación especializada para mantenerse al día con los avances pertinentes de este ámbito (Keatinge, Carlisle y Keen, 2018, pág. 57). Puede ser útil recurrir a expertos o empresas privadas que se especialicen en eliminar el anonimato de las transacciones y analizar actividades para detectar señales sospechosas (Keatinge, Carlisle y Keen, 2018, pág. 31). También es fundamental intercambiar información y buenas prácticas entre organismos y homólogos¹⁷.

4.2.6 Registros contables

En la contabilidad de empresas, las operaciones financieras están documentadas y se registran a través de asientos de diario que identifican los nombres de las cuentas y los montos. Estos asientos se resumen en los estados financieros de la empresa, que incluyen los estados de resultados y el balance¹⁸.

Los funcionarios corruptos y aquellos involucrados en tramas fraudulentas a menudo manipulan estos registros para ocultar sus actividades ilícitas. (En el recuadro 4.2 se describe la estructura financiera secreta utilizada por Odebrecht S. A. para facilitar el pago de sobornos). Los profesionales intervinientes pueden encontrar transacciones ilícitas analizando y comparando los asientos contables, los pagos efectivamente realizados y los documentos justificativos.

¹⁵ Definición de “monedas virtuales” de la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*. Véase el artículo 1, que modifica el artículo 3 d) para añadir el elemento 18), en el que se definen las “monedas virtuales”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=ES>.

¹⁶ Desde junio de 2019, la nota interpretativa del GAFI correspondiente a la recomendación 15 (sobre nuevas tecnologías) exige que los proveedores de servicios de activos virtuales “estén autorizados y registrados”, “obtengan y conserven la información precisa que se requiere sobre el originante y la información que se requiere acerca del beneficiario con respecto a las transferencias de activos virtuales” y “la pongan a disposición de las autoridades pertinentes si se les solicita” (FATF [GAFI], 2019, pág. 70 [párr. 3] y pág. 71 [párr. 7b]).

¹⁷ Por ejemplo, la policía danesa desarrolló un programa informático para rastrear las transacciones con bitcoins que le ha permitido lograr condenas por delitos relacionados con el tráfico de drogas (Garrett Keirns [2017], “Danish Police Claim Breakthrough in Bitcoin Tracking” [La policía danesa anuncia avances en el rastreo de bitcoin], *CoinDesk.com*, 22 de febrero de 2017, <https://www.coindesk.com/danish-police-claim-breakthrough-bitcoin-tracking>).

¹⁸ Un diario es un registro de las operaciones contables en orden cronológico. Los más comúnmente utilizados son las entradas de efectivo, desembolsos, ventas, compras y diarios generales. En un *libro mayor* se registran las transacciones por tipo de cuenta. En un *estado de resultados* se registran los ingresos y los gastos. En un *balance general* se enumeran los activos y los pasivos.

Entre las empresas involucradas en el prolongado caso de corrupción *Lava Jato* (lavado de coches) de Brasil figuran Odebrecht S. A., un conglomerado mundial de construcción con sede en Brasil, y Braskem, una empresa petroquímica brasileña controlada por Odebrecht, de la cual Petrobras (la petrolera estatal del país) era accionista minoritario. Para resolver los cargos con las autoridades brasileñas, estadounidenses y suizas, las empresas se declararon culpables y pagaron una sanción combinada total de al menos USD 3500 millones^a.

Según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, ya en 2001 Odebrecht y Braskem usaban una compleja estructura financiera secreta que les permitía pagar sistemáticamente sobornos para corromper a funcionarios públicos en Brasil y en otros países. Esta estructura evolucionó hasta transformarse en lo que posteriormente se denominó “División de Operaciones Estructuradas”, un departamento de sobornos dentro de Odebrecht y sus entidades relacionadas, cuyo jefe recibía autorización para pagar los sobornos solicitados por los altos funcionarios de la empresa.

Con este fin, el departamento de sobornos de Odebrecht se valía de un sistema de comunicaciones fuera de los libros que permitía a sus miembros comunicarse entre sí y con sus cómplices mediante correos electrónicos y mensajes seguros en relación con el pago de los sobornos. También gestionaba el presupuesto “oculto” de la empresa, a través del cual se financiaban los sobornos usando un sistema informático separado que solicitaba y procesaba los pagos. Además, este departamento se encargaba de canalizar los sobornos desde empresas extraterritoriales hasta sus destinatarios mediante transferencias electrónicas y pagos en efectivo dentro y fuera de Brasil.

Braskem también utilizaba el sistema de Odebrecht para autorizar el pago de sobornos a políticos brasileños y a un funcionario de Petrobras a cambio de recibir trato preferencial (por ejemplo, en los procedimientos de adquisición) y de que se promulgara legislación favorable a la empresa.

a. Para obtener más información sobre el caso *Lava Jato*, véanse el capítulo 2 (recuadros 2.4 y 2.11) sobre los cambios en la legislación brasileña que permitieron avanzar en la investigación, y el capítulo 3 (recuadro 3.1) sobre la manera en que Odebrecht y otros actores utilizaron sociedades fantasma para lavar el dinero producto de la corrupción.

Fuente: Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History* (Odebrecht y Braskem se declaran culpables y acuerdan pagar al menos USD 3500 millones en sanciones globales para resolver el mayor caso de pago de sobornos de la historia), comunicado de prensa n.º 16-1515, 21 de diciembre de 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>.

En los casos de soborno o cuando se sospechan pagos indebidos a terceros, es común que el beneficiario del soborno (agente, intermediario o un tercero) envíe facturas falsas al pagador (por lo general, una empresa que intenta adjudicarse un contrato). Una de las razones para el uso de facturas ficticias es establecer una “cadena de auditoría” falsa en los registros de la empresa que paga el soborno, a fin de ocultar el verdadero propósito del pago subyacente. Es bastante difícil identificar las facturas falsas porque parecen documentos verosímiles y legítimos.

Si se sospecha el uso de facturas falsas, los profesionales deben centrarse principalmente en identificar las discrepancias entre los importes facturados y el valor real de los bienes o servicios adquiridos, o en verificar su existencia. También deben verificar si las facturas fueron emitidas por empresas falsas. Los diversos documentos con los que se registra la transacción —el contrato, la documentación enviada al agente pagador (por ejemplo, facturas o correos electrónicos), los registros de pago, los conocimientos de embarque y el proceso para el pago en sí— pueden contener señales de alerta. (En el recuadro 4.3 se analizan las señales de alerta en los contratos y otros registros, y en el recuadro 4.4 se examinan específicamente las señales de alerta contenidas en el contrato adjudicado para el bloque petrolero OPL 245 de Nigeria). Cuando se encuentran estas discrepancias, se puede filtrar las operaciones sospechosas y centrar la investigación en el emisor de la factura ficticia (el sospechoso de recibir sobornos).

En ausencia de pistas más concretas, se debe prestar atención a partidas de importe elevado, inusuales o efectuadas por una única vez y registradas en la cuenta de gastos (por ejemplo, consultoría, comisiones, entretenimiento, viajes y gastos varios). Además, los profesionales intervinientes deben examinar las cuentas por cobrar y los préstamos personales que no se cobran y que se dan de baja como incobrables.

RECUADRO 4.3

Señales de alerta en los contratos y en los documentos, registros y mecanismos de pago

Contratos

- Falta de un contrato formal que respalde las facturas por pagos significativos a terceros.
- Falta de especificidad en el contrato o acuerdo sobre los servicios que se brindarán.
- Ausencia de pruebas escritas que confirmen que se realizó la debida diligencia para verificar la identidad y la legitimidad de la parte contratante.
- Pagos a sociedades fantasma en paraísos fiscales o jurisdicciones renuentes a cooperar.
- Contratos retroactivos o contratos en los que los servicios han sido proporcionados y facturados antes de la fecha de entrada en vigor del contrato.
- Múltiples contratos con diferentes partes para la prestación de los mismos servicios en el mismo lugar (es decir, contratos mediante los cuales se paga a varios contratistas por el mismo servicio).
- Existencia de anexos o acuerdos complementarios (incluidos los acuerdos de palabra) que, sin motivos razonables, amplían o modifican el alcance del contrato original.
- Comisiones que se deben pagar al “agente” si la parte que paga gana un contrato clave, en particular cuando las actividades del agente no se explicitan.
- Una comisión que supera la tarifa de mercado en la jurisdicción.

(continúa en la página siguiente)

Documentación de pago y pruebas de servicio

- Falta de respuesta al pedido de información adicional que confirme que se han suministrado los servicios.
- Productos o informes proporcionados por terceros que son idénticos o similares a otros, o que no guardan relación con la comisión que se cobra (por ejemplo, cuando una búsqueda en internet de las secciones del informe revela que fue copiado o plagiado).
- Facturas que contienen honorarios adicionales o recargos genéricos.
- Facturas con información relevante incompleta (por ejemplo, números de identificación fiscal o de registro de sociedades).
- Números correlativos de facturas que pudieran indicar que el emisor no tiene otros clientes.
- Valor de servicios prestados que no guarda relación con la cantidad pagada.
- Datos del banco receptor que difieren de la jurisdicción o del lugar donde se prestaron los servicios.
- Nombre de un tercero que parece ser una sociedad fantasma o estar gestionado por una empresa de este tipo.
- Nombre de un receptor que difiere del nombre de la tercera parte contractual.
- Múltiples terceros que comparten la misma dirección profesional.
- Múltiples consultores que tienen el mismo formato de factura o la misma dirección.

Registros de pagos y asientos en registros contables

- Registro de facturas por importes elevados en las cuentas genéricas del libro mayor, tales como “gastos varios” o “gastos de consultoría”.
- Uso de cuentas transitorias que posteriormente se revierten o se dan de baja como deudas incobrables.
- Pagos realizados al margen del proceso normal de pago (por ejemplo, pagos manuales de una única vez o pagos en efectivo).
- Incumplimiento de los procedimientos de pago (por ejemplo, obtener una sola firma cuando se requieren dos).

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 4.3

Señales de alerta en los contratos y en los documentos, registros y mecanismos de pago (*continuación*)

- Renuencia del personal de la empresa a aprobar facturas de pago mediante los canales usuales (por ejemplo, mediante internet o directamente en la factura).
- Presión de un tercero o de empleados de la empresa para procesar un pago con urgencia.
- Interés llamativo del personal de la empresa en el procesamiento de los pagos a un tercero específico.
- Respuestas inusuales u hostiles del personal de la empresa o de terceros cuando se les pide que presenten información probatoria adicional.
- Pagos a terceros en los que no se siguen los procesos de gestión de riesgos.

Mecanismos de pago utilizados para procesar los cargos

- Solicitudes de remitir los pagos a través de paraísos fiscales.
- Pedidos de los empleados de entregar los pagos en mano.
- Solicitudes de dividir el pago en múltiples cuentas bancarias u oficinas de la empresa en el país.
- Pedidos de los empleados para que los pagos se realicen en efectivo o equivalentes de efectivo.
- Solicitudes de los empleados de comprar “obsequios” de alto valor (por ejemplo, relojes o joyas).

RECUADRO 4.4

Nigeria: Señales de alerta y controversias en la adjudicación del bloque petrolero OPL 245

Antecedentes: Este caso, actualmente en curso, ilustra cómo las señales de alerta dieron lugar a investigaciones sobre presuntas tramas de sobornos en relación con uno de los yacimientos petrolíferos más grandes de África, que según estimaciones alberga 9000 millones de barriles de petróleo crudo^a. De confirmarse, las reservas correspondientes a la licencia para la prospección de petróleo (OPL) 245 serían equivalentes a casi la cuarta parte del total de reservas petroleras comprobadas de Nigeria (Global Witness, 2015, pág. 5). Debido a su importancia, el yacimiento OPL 245 ha sido objeto de controvertidas operaciones de venta que involucraron, entre otros, a dos de las empresas de petróleo y gas más grandes del mundo: Royal Dutch Shell (“Shell”) y la italiana Agip-Eni (“Eni”). A continuación, se muestran cinco señales que deberían alertar a las autoridades

(*continúa en la página siguiente*)

e impulsarlas a analizar con mayor detenimiento dichas transacciones a fin de prevenir y detectar la corrupción^b.

Señal de alerta 1: El Gobierno adjudica un contrato lucrativo a una empresa que no parece estar calificada. En 1998, se otorgó a Malabu Oil and Gas (“Malabu”) —una empresa creada apenas cinco días antes y que no tenía experiencia, activos ni personal— el 100 % del control del bloque petrolero OPL 245. El contrato fue adjudicado por Dan Etete, ministro del Petróleo de Nigeria durante la dictadura militar de Sani Abacha, que se extendió de 1993 a 1998 (Global Witness, 2018, pág. 5; Sayne, Gillies y Watkins, 2017, pág. 12).

Señal de alerta 2: El titular real de la empresa es una persona expuesta políticamente. Posteriormente, se descubrió que Malabu era en realidad propiedad de Etete, que se había adjudicado a sí mismo la concesión petrolera con un “bono por firma” de USD 20 millones, de los cuales el Gobierno nigeriano había recibido únicamente USD 2 millones^c. En 2001, Shell acordó comprar a Malabu una participación del 40 % en la licencia adjudicada^d.

Señal de alerta 3: Las autoridades han adoptado decisiones controvertidas en el pasado. En 2002, el nuevo Gobierno nigeriano revocó la licencia de Malabu con el argumento de que Etete y Abacha habían abusado de sus facultades al adjudicarse a sí mismos el bloque petrolero a un precio sumamente bajo (Global Witness, 2015, pág. 5) y organizó una licitación para adjudicarlo nuevamente. Shell ganó la licitación y en 2003 suscribió un contrato de reparto de la producción con la empresa petrolera estatal de Nigeria, con un bono por firma de USD 210 millones. Tras una acción judicial interpuesta por Malabu, en 2006 el Gobierno nigeriano restituyó a la empresa como la propietaria del bloque. Shell inició un procedimiento de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Grupo Banco Mundial^e.

Señal de alerta 4: Un pago de la empresa ganadora presuntamente no llega a la cuenta del Gobierno. En 2011, Shell y Eni celebraron un acuerdo con Malabu por el cual pagaban USD 1300 millones por el control total sobre OPL 245. El dinero se depositó en una cuenta custodia de JPMorgan Chase & Co. en Londres que había sido abierta por el Gobierno nigeriano. Las investigaciones sobre el OPL 245 demostraron que Nigeria solo había recibido el bono por firma de USD 210 millones^f, en tanto que los restantes USD 1100 millones se habían destinado a “contribuciones políticas” a favor de Dan Etete y el presidente Goodluck Jonathan, entre otros^g, así como de cinco o más empresas nigerianas —aparentemente fantasma— vinculadas con Abubaker Aliyu^h. Una sentencia judicial de diciembre de 2018 dictada en Milán determinó que las dos empresas petroleras, Shell y Eni, estaban al tanto de que una parte importante de los USD 1100 millones terminaría en “bolsillos privados” (Global Witness, 2018, pág. 7).

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 4.4

Nigeria: Señales de alerta y controversias en la adjudicación del bloque petrolero OPL 245 (continuación)

Señal de alerta 5: Los términos de la adjudicación difieren considerablemente de las normas de la industria o el mercado. Shell y Eni no solamente recibieron la licencia para realizar perforaciones en el OPL 245, sino que también se les concedieron condiciones sumamente favorables en un acuerdo de producción compartida del que el Gobierno nigeriano no era parteⁱ. Tampoco se asignó a este último una proporción del petróleo producido^j. Se calcula que el acuerdo de 2011 privó al pueblo nigeriano de casi USD 6000 millones, cifra suficiente para financiar los presupuestos combinados de salud y educación del país por más de dos años (Global Witness, 2018, pág. 21).

- a. Cámara de Representantes de Nigeria (2013), *Report by the Ad-Hoc Committee on the Transaction Involving the Federal Government and Shell/AGIP Companies and Malabu Oil and Gas Limited in respect of the Sale of Oil Bloc OPL 245* (Informe del comité *ad hoc* sobre la transacción en la que participan el Gobierno federal y las empresas Shell/AGIP y Malabu Oil and Gas Limited con respecto a la venta del bloque petrolero OPL 245), pág. 64 (9 de julio de 2013), citado en Global Witness (2015, pág. 5 [nota final 17]).
- b. Tras examinar más de 100 casos referidos a la adjudicación de contratos en el sector del petróleo, el gas y la minería, Sayne, Gillies y Watkins (2017, págs. 2 y 3) elaboraron una lista de 12 señales de alerta que podrían indicar a las autoridades y a los órganos de supervisión que se necesita un análisis más profundo.
- c. Si bien el registro de accionistas de Malabu había sido alterado en años posteriores, en 2013 se confirmó que Dan Etete ha sido "el principal titular real de Malabu" desde la exclusión del hijo de Sani Abacha del registro de accionistas (Energy Venture Partners Ltd. c. Malabu Oil and Gas Ltd., Sala del Tribunal de la Reina [Comm.] ante la Sra. jueza Gloster [2013], EWHC 2118 [Comm.], 17/07/2013).
- d. Los ejecutivos de Shell sabían que Etete era el propietario de Malabu (Global Witness, 2015, pág. 6).
- e. Véase Shell Nigeria Ultra Deep Ltd. c. Rep. Fed. de Nigeria (caso CIADI n.º ARB/07/18), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/18>. La causa fue retirada en 2011.
- f. En una sentencia de la Corte Suprema de Nueva York de marzo de 2012, Bernard J. Fried describió el papel del Gobierno nigeriano en esta operación como el del proverbial "testaferro" que tuvo USD 1100 millones para pagar en última instancia a Malabu. Véase Int'l Legal Consulting Ltd. c. Malabu Oil & Gas Ltd., n.º 83 (Corte Suprema de Nueva York, 22 de marzo de 2012), https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=IIMhqMX_PLUS_/fJrxubSXrkww==&system=prod.
- g. Al menos USD 520 millones se convirtieron en efectivo para pagar a funcionarios públicos nigerianos (Global Witness, 2018, págs. 3 a 15).
- h. Se cree que Aliyu tenía vínculos estrechos con el exgobernador convicto del estado de Bayelsa, Diepreye Alamieyeseigha; las empresas de Aliyu presuntamente eran fachadas para el presidente nigeriano Goodluck Jonathan. Véase Malabu Oil & Gas Ltd. c. Director de la Fiscalía, caso n.º 74/14, Tribunal de la Corona de Southwark (Londres), sentencia del juez Edis (15 de diciembre de 2015), <https://shellanddenitrial.org/wp-content/uploads/2018/07/JUDGMENT-MALABU-final.pdf>.
- i. Esto difiere del procedimiento usual en los contratos de reparto de la producción, donde existe un acuerdo entre el contratista y el Estado (Global Witness, 2018, págs. 2 y 3).
- j. El Fondo Monetario Internacional recomienda que los países productores de petróleo maduros reciban entre un 65 % y un 85 % de los ingresos derivados del petróleo. Se estima que, según el acuerdo actual referido al OPL 245, el Gobierno de Nigeria recibirá una participación históricamente baja de apenas un 41 % (Global Witness, 2018, págs. 2 y 3).

4.2.7 Pólizas de seguro

Algunas pólizas de seguro de vida pueden ser de valor elevado y contratarse con un único pago anticipado, lo que las hace atractivas para quienes buscan lavar dinero, en especial las vinculadas a la cartera de inversión del asegurado (*insurance wrappers*)¹⁹. Los profesionales intervinientes deberán determinar si las personas investigadas tienen pólizas de seguro con valor en efectivo, en particular que incluyan beneficios de pago

¹⁹ Con respecto a las pólizas de seguro de vida con cuentas separadas o cuentas de valores, consulte el Código de Conducta de los Bancos Suizos, artículo 42 (SBA, 2018), https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/vereinbarung-ueber-die-standesregeln-zur-sorgfaltspflicht-der-banken-vs-20/vsb_2020_einzelseiten_print_en.pdf/.

acelerado por fallecimiento, pago anticipado de la indemnización u otras condiciones de cancelación. Además, las pólizas podrían revelar la existencia de activos pertenecientes a las personas investigadas (por ejemplo, joyas, automóviles, obras de arte y similares).

Las pólizas también pueden ayudar a identificar a otros intermediarios profesionales, por ejemplo, corredores o abogados que hayan ayudado a establecerlas, así como a otros familiares o representantes de la persona investigada que pudieran figurar como beneficiarios. Normalmente, dicha información puede obtenerse mediante distintas técnicas de investigación.

4.2.8 Documentos de compraventa

Los documentos relacionados con la compra y venta de activos —sean bienes inmuebles, acciones, vehículos, joyas u obras de arte— incluyen los documentos de registro de propiedades, acuerdos de compra y venta, préstamos, hipotecas²⁰, recibos emitidos por los vendedores, estados financieros, declaraciones de impuestos y extractos de tarjetas de crédito. Los profesionales intervinientes deben concentrarse en documentar las fechas de compra y venta, el nombre del comprador y del vendedor, el método de pago (efectivo, cheque, moneda) y la procedencia de los fondos. Si los activos se adquirieron con dinero en efectivo, podría ser difícil rastrear la fecha de compra o el valor, sobre todo cuando varias personas podrían haber sido los vendedores o distribuidores (tal es el caso de las obras de arte, las joyas y los vehículos). Los datos sobre los viajes (obtenidos a partir de información sobre los cruces de fronteras, tarjetas de crédito o programas de premios por viajes), las pólizas de seguro, las facturas por la reparación de joyas, los números de identificación de vehículos, las marcas o pegatinas de distribuidores de automóviles y los marchantes de arte podrían ayudar a determinar quién vendió los objetos y cuándo.

Los profesionales también deberán tener en cuenta los bienes que supuestamente pertenecen a familiares o allegados, pero que la persona investigada en realidad controla, mantiene o regala. (Véase en la sección 5.3 del capítulo 5 un análisis de esta cuestión en el contexto de las medidas provisionales).

4.3 Organización de los datos: Creación de un perfil financiero

Es importante organizar la información recabada en un perfil de cada cuenta bancaria. Esta información, a su vez, podrá combinarse con otros datos financieros recopilados (por ejemplo, con respecto a otras tenencias de activos, participaciones en empresas, pasivos, ingresos y gastos) a fin de elaborar el perfil financiero de la persona investigada. Para esto, se puede utilizar un programa informático de hojas de cálculo estándar (véase un modelo en el apéndice G). También es útil emplear programas informáticos de apoyo que permitan realizar búsquedas de documentos jurídicos.

²⁰ Los documentos relacionados con la aprobación de hipotecas podrían brindar información sobre otros activos que pudieran haber sido presentados como garantía. Esto podría incluir datos sobre bienes inmuebles, cuentas bancarias de ahorro y valores, obras de arte, metales preciosos y joyas, etc.

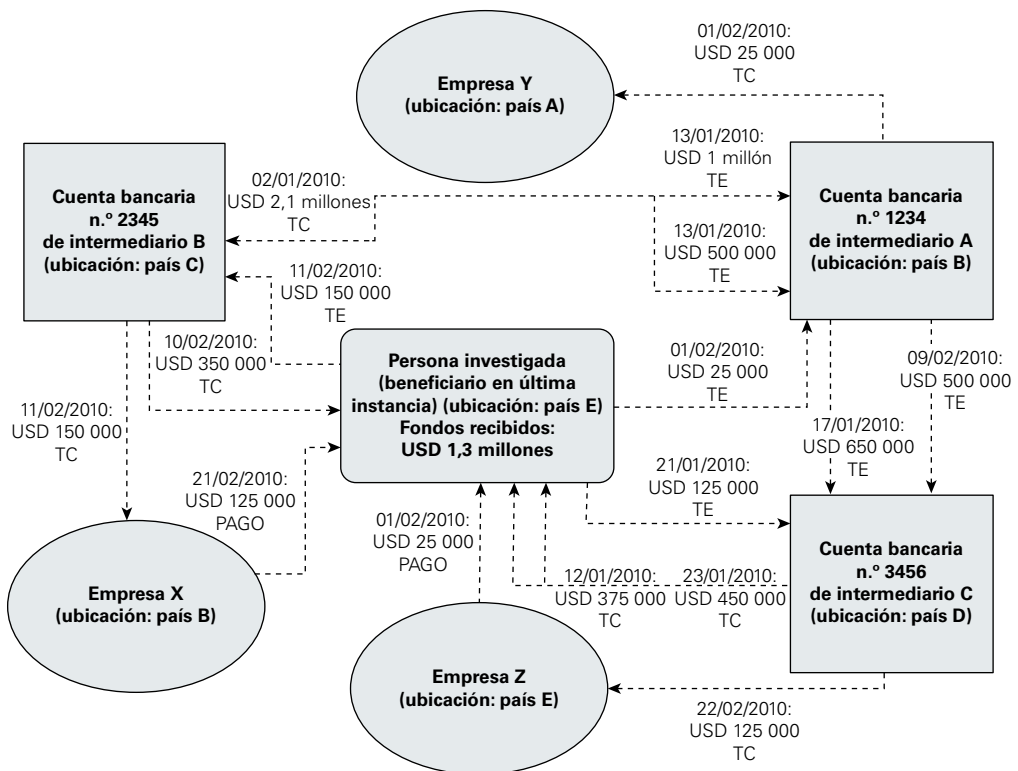
A modo de ejemplo, el perfil de la cuenta debería incluir la siguiente información:

- El nombre del banco y la ubicación de la sucursal.
- El número y tipo de cuenta bancaria.
- Los nombres del titular de la cuenta bancaria, del titular real y de los apoderados.
- Las fechas de apertura de la cuenta y, si corresponde, de cierre.
- Monedas.
- El saldo de la cuenta en el momento de la divulgación.
- El volumen anual de créditos.
- El volumen anual de débitos.
- Si los activos han sido inmovilizados.

Los profesionales intervinientes podrán entonces considerar la posibilidad de incluir en la hoja de cálculo datos pertinentes adicionales, como los créditos y los débitos que se producen en la cuenta bancaria durante el período abarcado por la investigación, con la fecha, el monto y (si es posible) la procedencia de los fondos o su destino (banco y nombre del titular de la cuenta bancaria).

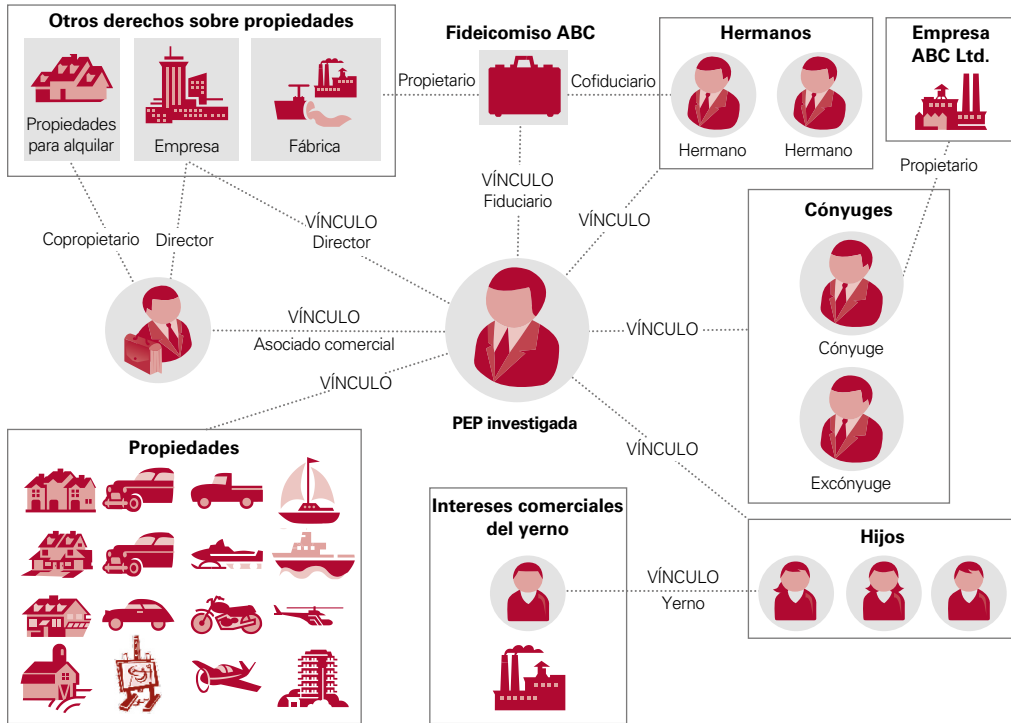
FIGURA 4.3

Modelo de diagrama de flujo de redes investigadas y movimiento de fondos



Fuente: Banco Mundial.

Nota: TC = transferencia en cuenta; TE = transferencia electrónica.

FIGURA 4.4**Modelo de diagrama de relaciones y activos vinculados con una persona investigada**

Fuente: Banco Mundial.

Nota: PEP = persona expuesta políticamente.

Para ayudar a organizar y, en última instancia, presentar y explicar los datos, los profesionales deben representar el movimiento de fondos en un diagrama de flujo (figura 4.3) y mostrar cualquier relación pertinente (figura 4.4). Estos diagramas permiten ver de forma simultánea las personas investigadas, los asociados, los “guardianes”, los bienes, las cuentas bancarias y los vehículos corporativos implicados.

Esta instantánea o “panorama amplio” resultará útil para los profesionales intervinientes cuando intenten comprender e interpretar los flujos. Además, estos diagramas son útiles para explicarle a un fiscal o un juez los flujos y las asociaciones que se establecieron durante la investigación. Para elaborar estos gráficos, podría ser útil utilizar programas informáticos comerciales (por ejemplo, IBM i2 Analyst’s Notebook) o complementos de red gratuitos de código abierto para programas de hojas de cálculo (por ejemplo, NodeXL).

Finalmente, los profesionales deberían considerar la posibilidad de utilizar un sistema de gestión de documentos, en particular en casos complicados y con grandes cantidades de datos para administrar y analizar. En el recuadro 4.5 se brinda un ejemplo de un caso complejo con una serie de transacciones.

RECUADRO 4.5

El escándalo del fraude del Banco de la República de Moldova

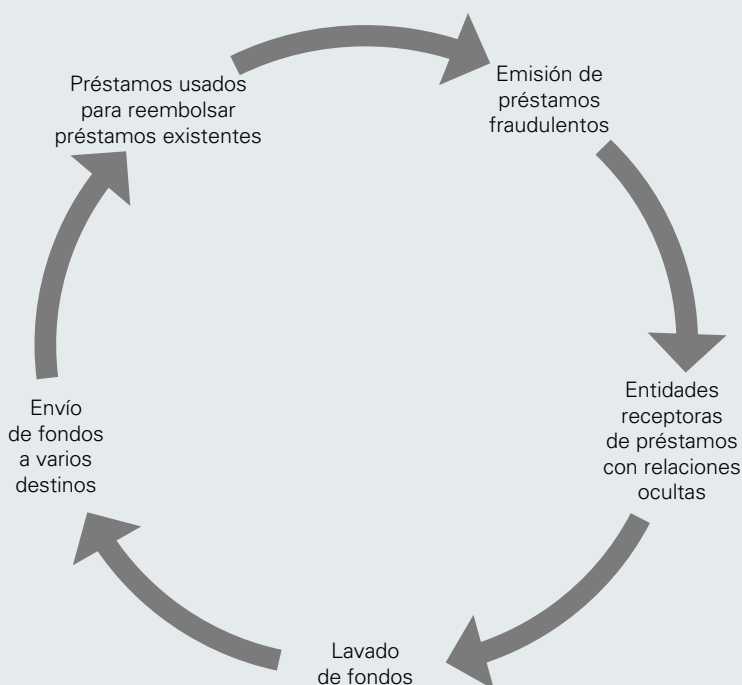
Antecedentes: En 2014, debido a una serie de préstamos en gran medida fraudulentos, tres importantes bancos de la República de Moldova registraron pérdidas superiores a los USD 1000 millones, lo que en última instancia precipitó su quiebra^a. El Banco Nacional de Moldova (BNM) (el banco central del país) se vio obligado a compensar a los depositantes restantes a un costo equivalente a un 12 % del producto interno bruto nacional.

Investigación y conclusiones: Según la investigación ordenada por el BNM y llevada adelante por Kroll (proveedor mundial de soluciones en el área del riesgo), los préstamos se transfirieron a un grupo de empresas constituidas en diversas jurisdicciones (Kroll, 2017, pág. 55). La trama de corrupción y fraude implicó, entre otras cosas, lo siguiente (Kroll, 2015):

- Una serie de operaciones sospechosas “sin fundamentos económicos sólidos”.
- Un plan de préstamos en “carrusel”, en el cual los préstamos solicitados en un banco se pagaban con préstamos de otro, lo que en última instancia vació las instituciones (figura B4.5.1).

FIGURA B4.5.1

Plan de préstamos en carrusel en un escándalo por fraude



Fuente: Banco Mundial.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 4.5

El escándalo del fraude del Banco de la República de Moldova (*continuación*)

- Un esfuerzo coordinado para maximizar la liquidez disponible y facilitar “un enorme aumento en los préstamos otorgados a entidades de Moldova”.
- La división y estratificación de los fondos mediante cuentas, e intercambios frecuentes y arbitrarios de monedas entre cuentas vinculadas.
- El ocultamiento de la condición de empresa relacionada entre las empresas receptoras de los préstamos.
- El uso de sociedades comanditarias en el Reino Unido con cuentas bancarias en Letonia para ocultar el verdadero propósito de las transacciones y sus verdaderos beneficiarios, y para pagar los préstamos en los bancos.
- El uso de un grupo común de entidades moldavas recientemente constituidas como clientes que contrajeron un volumen importante de préstamos.

Condenas y recuperación de activos: Según la investigación de Kroll (2015), el empresario Ilan Shor fue el principal coordinador y beneficiario de la compleja serie de transacciones. Shor fue condenado en 2017 por un tribunal de Moldova a siete años y medio de prisión, sentencia que apeló^b. En el escándalo también estuvieron implicados importantes políticos, entre ellos el ex primer ministro Vlad Filat, que en 2016 fue condenado a nueve años de prisión por abuso de funciones y corrupción, por haber aceptado sobornos en el marco del escándalo^c.

En un memorando de entendimiento firmado en 2017 con la Unión Europea, Moldova y el BNM se comprometieron a recuperar los activos y establecer una nueva Oficina de Recuperación de Activos de Origen Delictivo (EC [CE], 2017). No obstante, en el momento de escribir este documento, el proceso de recuperación de activos parece no haber finalizado aún.

a. Andrew Wrobel (2019), “Restoring Trust in Moldova’s Banking Sector” (Recuperar la confianza en el sector bancario de Moldova) (entrevista con Sergiu Cioclea, titular del Banco Nacional de Moldova), *Emerging Europe*, 14 de febrero de 2019, <https://emerging-europe.com/interviews/restoring-trust-in-moldovas-banking-sector/>.

b. Matei Rosca y Silvia Sciorilli Borrelli (2019), “MEPs Help Campaign of Moldovan Convicted in \$1B Fraud” (Diputados del Parlamento Europeo apoyan campaña de ciudadano moldavo condenado por fraude de USD 1000 millones), *Politico*, 22 de febrero de 2019, <https://www.politico.eu/article/ilan-shor-fulvio-martusciello-barbara-kappel-richard-milsom-meps-help-campaign-of-moldovan-convicted-in-1-billion-fraud/>.

c. Alexander Tanas (2016), “Moldovan Court Jails Ex-PM for Nine Years for Abuse of Power” (Tribunales de Moldova condenan a ex primer ministro a nueve años de prisión por abuso de funciones), Reuters, 27 de junio de 2016, <https://www.reuters.com/article/us-moldova-filat-court/moldovan-court-jails-ex-pm-for-nine-years-for-abuse-of-power-idUSKCN0ZD1XM>.

4.4 Análisis de los datos: Comparación de los flujos con el perfil financiero

En esta fase crítica, los analistas comparan y contrastan fechas, orígenes, destinos, titulares de cuentas bancarias, bancos y fuentes de información para agrupar y conciliar las transacciones y detectar lagunas en los datos. Por ejemplo, una cuenta puede

registrar el retiro de una suma elevada de dinero en efectivo, sin que el analista tenga información sobre el destino; en otra, podría figurar un depósito posterior. También es posible que los registros de vigilancia física revelen que la persona investigada viajó a una jurisdicción extranjera en los días posteriores al retiro. Los pagos a contratistas pueden estar vinculados con depósitos posteriores. En un caso, se descubrió que varios depósitos de un funcionario corrupto equivalían a los pagos realizados al contratista. Este análisis ayudará a comprender mejor el flujo de activos y brindará nuevas pistas.

Otra técnica utilizada por los profesionales intervinientes es el análisis del patrimonio neto. Este proceso se utiliza para comparar el valor de los activos que poseen las personas investigadas con sus ingresos declarados o conocidos. Cualquier ingreso no declarado puede tener un origen ilícito, por lo que los profesionales deberán centrar sus esfuerzos en demostrar la relación entre los activos y el delito. En las jurisdicciones que penalizan el enriquecimiento ilícito, el análisis del patrimonio neto es un paso necesario en la investigación.

Para ayudar a descubrir tramas de corrupción y de lavado de dinero, puede ser útil revisar la información o las investigaciones referidas a las diferentes tipologías y señales de alerta que permiten detectar actividades delictivas. Muchas entidades y organizaciones internacionales publican informes de este tipo, que también están disponibles en internet; a modo de ejemplo, se mencionan los siguientes:

- El GAFI ha publicado varios informes sobre tipologías referidas al lavado de dinero y al financiamiento del terrorismo (APG, 2012; FATF [GAFI], 2006, 2008a, 2008b).
- Las UIF y el Grupo Egmont publican informes anuales donde se presentan y analizan datos sobre los ROS²¹.
- Las instituciones del sector financiero o las asociaciones bancarias publican informes sobre las tipologías y las señales de alerta para identificar las actividades delictivas y el lavado de dinero (HKAB, 2016, pág. 18).

4.5 Cooperación internacional

La recuperación de activos en los casos de corrupción con frecuencia cruza las fronteras y puede involucrar diferentes jurisdicciones. Por lo tanto, será necesario solicitar información sobre los activos y las cuentas bancarias ubicados en el extranjero. Algunos datos (como los referidos a las tierras, vehículos y empresas y la inteligencia financiera) pueden obtenerse a través de búsquedas abiertas y canales informales, en lugar de mediante una solicitud de asistencia judicial recíproca. Por ejemplo, se puede recurrir a colegas profesionales de otros organismos de recuperación de activos, magistrados de enlace, agregados regionales, redes profesionales como el Grupo Egmont, redes de

²¹ Véanse, por ejemplo, los informes anuales del Grupo Egmont (<https://egmontgroup.org/resources/>) y el informe anual de la UIF italiana (UIF, 2016).

entidades de recuperación de activos como la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN), o la Organización Mundial de Aduanas.

Es útil obtener información e inteligencia en las primeras etapas de una investigación, pues esto permite avanzar. Sin embargo, si la jurisdicción requirente necesita documentación que pueda usarse como prueba en un proceso judicial iniciado en un tribunal nacional, se requerirán copias certificadas u originales, por lo que puede hacer falta una solicitud de asistencia judicial recíproca. En todos los casos, es posible que los profesionales intervinientes puedan participar en las actividades emprendidas en la jurisdicción extranjera. En este contexto, deben estar plenamente conscientes de la necesidad de combinar la cooperación internacional formal e informal, tal como se señala en los capítulos 8 y 9, donde se brinda orientación adicional sobre los procesos formales e informales y se analiza cómo superar algunos de los desafíos que surgen en el rastreo de activos.

Bibliografía

- APG (Asia/Pacific Group on Money Laundering). 2012. “APG Typology Report on Trade Based Money Laundering Typologies.” Report adopted by APG members at the 15th Annual Meeting, July 20, 2012. Sydney. http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Trade_Based_ML_APGReport.pdf.
- EC (European Commission). 2017. “Macro-Financial Assistance to the Republic of Moldova Grant and Loan from the European Union of up to EUR 100 million.” Memorandum of Understanding between the European Union and the Republic of Moldova and the National Bank of Moldova as the Beneficiary’s Financial Agent, November 23, 2017. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/20171123_-_mou_eu_-_moldova_-_signed_eu_version.pdf.
- FATF (Financial Action Task Force). 2006. “Trade-Based Money Laundering.” Study, FATF Secretariat and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Trade%20Based%20Money%20Laundering.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2008a. “Proliferation Financing Report.” Report of the Proliferation Financing Typology Project, FATF Secretariat and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Typologies%20Report%20on%20Proliferation%20Financing.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2008b. “Terrorist Financing.” Study, FATF Secretariat and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Terrorist%20Financing%20Typologies%20Report.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

- FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network). 1992. “Key Electronic Funds Transfer Systems: Fedwire, CHIPS, SWIFT.” Report OSA92ICB0012, FinCEN Reference Series, US Department of the Treasury, Vienna, VA.
- Global Witness. 2015. *Shell and Eni’s Misadventures in Nigeria: Shell and Eni at Risk of Losing Enormous Oil Block Acquired in Corrupt Deal*. London: Global Witness. https://humanrightscommission.house.gov/sites/humanrightscommission.house.gov/files/documents/Shells_misadventures_in_Nigeria_0.pdf.
- Global Witness. 2018. “Take the Future: Shell’s Scandalous Deal for Nigeria’s Oil.” Analysis commissioned by Global Witness, London. <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/oil-gas-and-mining/take-the-future/#:~:text=A%20deal%20Shell%20and%20Eni,we%20commissioned%20from%20leading%20experts>.
- HKAB (Hong Kong Association of Banks). 2016. “Guidance Paper on Combating Trade-Based Money Laundering.” Paper, HKAB, Hong Kong SAR, China. <https://www.hkab.org.hk/DisplayArticleAction.do?sid=5&ss=16>.
- Keatinge, Tom, David Carlisle, and Florence Keen. 2018. “Virtual Currencies and Terrorist Financing: Assessing the Risks and Evaluating Responses Study.” Study for the European Parliament’s Special Committee on Terrorism (TERR Committee), PE 604.970, commissioned by the Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, European Union, Brussels. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU\(2018\)604970_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU(2018)604970_EN.pdf).
- Kroll. 2015. “Project Tenor: Scoping Phase, Final Report.” Report for the National Bank of Moldova, April 2, 2015. Kroll, London. https://kupdf.net/download/kroll-project-tenor-candu-020415_5a794336e2b6f50a0b563666_pdf.
- Kroll. 2017. “Project Tenor II: Summary Report.” Report for the National Bank of Moldova, December 20, 2017. Kroll, London. https://www.bnm.md/files/Kroll_%20Summary%20Report.pdf.
- Sayne, Aaron, Alexandra Gillies, and Andrew Watkins. 2017. “Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts.” Report, Natural Resource Governance Institute, New York. <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/corruption-risks-in-the-award-of-extractive-sector-licenses-and-contracts.pdf>.
- SBA (Swiss Banking Association). 2018. “Agreement on the Swiss Banks’ Code of Conduct with Regard to the Exercise of Due Diligence (CDB 20).” Agreement between the SBA and signatory banks, June 13, 2018. Basel, Switzerland. https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/vereinbarung-ueber-die-standesregeln-zur-sorgfaltspflicht-der-banken-vs-20/vsb_2020_einzelseiten_print_en.pdf/.
- UIF (Financial Information Unit of Italy). 2016. “Unità di Informazione Finanziaria Annual Report 2015.” UIF, Bank of Italy, Rome. https://uif.bancaditalia.it/publicazioni/rapporto-annuale/2016/Annual_Report_2015_8.pdf?language_id=1.
- US Senate. 2004. “Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act; Case Study Involving Riggs Bank.” Report released by the minority staff of the Permanent Subcommittee on Investigations, July 15, 2004. Washington, DC. <https://www.hsdl.org/?abstract&did=451010>.

5. Inmovilización de los activos

5.1 Observaciones preliminares

Los esfuerzos encaminados a la confiscación de activos servirán de poco si, en última instancia, no hay activos que confiscar. Los activos robados pueden ocultarse o trasladarse rápidamente a lugares inaccesibles, en tanto que los procedimientos de investigación y confiscación pueden llevar años, lo que a menudo da a la persona investigada tiempo suficiente para trasladar o hacer desaparecer los activos. Por lo tanto, es fundamental que se adopten medidas para inmovilizar los activos que pudieran ser objeto de una sentencia de confiscación. Estas medidas, que se conocen como “medidas provisionales”, incluyen la incautación e inmovilización propiamente dicha de los activos, y deben adoptarse tan pronto como sea posible una vez iniciado el caso y continuar hasta la conclusión de los procedimientos de confiscación¹.

Según el artículo 54 2) de la UNCAC, los Estados parte deben adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden o solicitud de un tribunal (u otra autoridad competente) “que constituya un fundamento razonable para que el Estado parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso”. También se exige que los Estados consideren la posibilidad de aplicar medidas para preservar los bienes para su posterior confiscación sobre la base de umbrales menos exigentes; por ejemplo, un arresto en el extranjero o cargos penales relacionados con la adquisición de los bienes en cuestión.

En la mayoría de las jurisdicciones, las leyes que rigen las medidas provisionales buscan el equilibrio entre dos principios opuestos. Por un lado, el interés público exige que las presuntas ganancias e instrumentos delictivos se preserven y mantengan hasta el final del caso de confiscación (como se analiza en el recuadro 5.3, referido a las facultades constitucionales de Suiza de congelar activos para proteger sus intereses nacionales)².

¹ Aunque algunas jurisdicciones limitan la duración de las órdenes provisionales, en general es posible prorrogarlas. En Liechtenstein, por ejemplo, el tribunal debe limitar el período de aplicación de la orden, pero el plazo puede prorrogarse si así se solicita (Código de Procedimiento Penal, art. 97a, párr. 4), https://legislationline.org/sites/default/files/documents/10/Liechtenstein_Criminal_Procedure_Code_1987_am2017_en.pdf). En Suiza no se aplican límites temporales, pero los tribunales tienen en cuenta el principio de proporcionalidad, lo que implica que con el paso del tiempo se vuelven más restrictivos si las investigaciones no tienden a confirmar los cargos originales.

² En Estados Unidos, se ha aducido la protección de los intereses de la seguridad nacional para justificar el congelamiento de activos extranjeros mediante la emisión de órdenes ejecutivas presidenciales y, en Suiza, a través de ordenanzas y sentencias del Consejo Federal (UNODC, 2015, pág. 40, párr. 101).

Por otro lado, el derecho de las personas a gozar de la propiedad y el uso de sus bienes debe protegerse de cualquier privación arbitraria.

5.2 Terminología: Incautación e inmovilización

Tanto en las jurisdicciones de derecho anglosajón como en las de derecho civil, se han desarrollado dos mecanismos distintos para controlar y preservar los activos pasibles de confiscación: la incautación y la inmovilización.

La *incautación* consiste en tomar posesión física del activo en cuestión. Si bien es posible que se requiera una orden o autorización judicial previa de los fiscales o de los jueces de instrucción, en algunas jurisdicciones los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tienen facultades para incautar activos. Por ejemplo, el dinero en efectivo en grandes cantidades u otros activos bajo “sospecha o convicción razonable” de ser ganancias o instrumentos provenientes del delito podrán ser incautados sin una orden judicial previa en ciertas circunstancias excepcionales. Dichas facultades son particularmente útiles para incautar dinero en efectivo sospechoso que se transporta a través de fronteras internacionales en contravención de las leyes que exigen informar la importación o la exportación de efectivo.

Las *órdenes de inmovilización* son una forma de órdenes judiciales imperativas emitidas por un juez o un tribunal que impiden que una persona negocie con los bienes mencionados en la orden o se deshaga de ellos hasta la resolución del procedimiento de confiscación³. A diferencia de las órdenes de incautación, las de inmovilización no dan como resultado la posesión física del activo. En general, requieren de una autorización judicial, si bien en algunas jurisdicciones se permite que las emitan los fiscales u otras autoridades⁴.

La terminología utilizada en relación con la incautación y la inmovilización de activos podría variar de una jurisdicción a otra. Por ejemplo, una jurisdicción puede “incautar” una cuenta bancaria, mientras que otra puede “inmovilizarla”. En otras jurisdicciones se utilizan términos como “congelamiento” o “bloqueo”⁵. Los profesionales intervinientes deben ser conscientes de la diferencia entre los términos al enviar o recibir una orden que involucre a otra jurisdicción, y asegurarse de que en las solicitudes se utilice una

³ Las órdenes de inmovilización son similares (aunque no idénticas) a los preceptos del régimen *Mareva* de las jurisdicciones de derecho anglosajón (como se analiza en mayor profundidad en la nota 45 de la sección 10.3.2 del capítulo 10).

⁴ En Colombia y en México, los fiscales tienen autoridad para inmovilizar activos (véase, por ejemplo, la Ley 793.02 de Colombia). De manera similar, en Suiza, las órdenes de inmovilización emitidas por los fiscales están sujetas a revisión judicial mediante apelación (Código Penal 311.0, art. 71, párr. 3; Código Penal 312.0, art. 263 [Suiza]).

⁵ Algunas leyes de confiscación contienen tanto órdenes de inmovilización como de congelamiento. Las órdenes de inmovilización dictadas por un juez son órdenes de alto nivel que pueden inmovilizar cualquier tipo de propiedad, mientras que las de congelamiento, dictadas por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o funcionarios públicos en un procedimiento administrativo, son órdenes de bajo nivel que pueden inmovilizar solo determinados tipos de activos de menor valor.

terminología comprensible. En consecuencia, puede resultar conveniente describir el propósito de la orden en lugar de simplemente referirse a ella por nombre, ya que la terminología podría confundir a las autoridades receptoras. (Para obtener información adicional sobre cómo redactar solicitudes de asistencia judicial recíproca, consulte la sección 9.2 del capítulo 9).

5.3 Requisitos de una orden provisional

En la mayoría de las jurisdicciones, las medidas provisionales a menudo exigen una autorización judicial emitida por un juez o juez de instrucción. Muchas jurisdicciones también permiten la aplicación por vía administrativa de medidas provisionales de emergencia o de corto plazo, ya sea a través de la UIF, un órgano de aplicación de la ley u otra autoridad legal. (Véase un análisis de las medidas provisionales de emergencia en la sección 8.5.4 del capítulo 8 y en la sección 9.2.6 del capítulo 9). Las jurisdicciones también pueden imponer requisitos procesales y probatorios distintos para obtener estas órdenes.

5.3.1 Requisitos probatorios

Los requisitos para obtener una orden de incautación o inmovilización por lo general implican lo siguiente (para las órdenes de incautación, véase también la sección 3.4.8 del capítulo 3):

- O bien a) se sospecha que una persona investigada ha cometido un delito del que se ha derivado un beneficio (confiscación basada en el valor), o bien b) los activos que se buscan están vinculados con actividades delictivas (confiscación basada en la propiedad). (Véase un análisis de los sistemas de confiscación basados en la propiedad y en el valor en el capítulo 7).
- Se han iniciado procedimientos judiciales o están a punto de iniciarse⁶. En algunas jurisdicciones, los procedimientos penales permiten incautar o congelar activos sustitutivos si el producto del delito ya ha sido gastado. Sin embargo, en los procedimientos de confiscación sin condena, a menudo existe el requisito de que los activos estén relacionados directamente con el delito.

En las jurisdicciones de derecho anglosajón, estos requisitos en general se basan en el estándar probatorio denominado “motivos razonables para creer” o “causa probable”⁷. De manera similar, en las jurisdicciones de derecho civil, la decisión dependerá de que

⁶ Algunas órdenes de inmovilización pueden ejecutarse en cualquier momento, siempre y cuando haya una investigación en marcha (penal o sin condena). Esto permite mucho mayor flexibilidad para solicitar la orden lo antes posible, y es una tendencia que debería promoverse.

⁷ La formulación exacta de este criterio puede variar según la jurisdicción. Por ejemplo, la Corte Suprema de Australia ha definido la “convicción razonable” como una inclinación de la mente hacia la aceptación, en lugar de hacia el rechazo, de una proposición, y los motivos que razonablemente podrían inducir dicha inclinación podrían, dependiendo de las circunstancias, dejar algo librado a la suposición o a la conjetura. *George c. Rockett* (1990), 170 CLR 104, Corte Suprema de Australia.

el fiscal o el juez crean que es necesario emitir una orden de congelamiento para evitar el desvío o la pérdida de los activos durante la investigación. Como requisitos adicionales, puede exigirse que haya motivos para creer que existe el riesgo de que se hagan desaparecer los activos o de que estos estén sujetos a confiscación o al compromiso de reparar daños y perjuicios⁸. En el Reino Unido, puede dictarse una orden de congelamiento preventivo si el tribunal ha emitido un requerimiento de justificación patrimonial con respecto a la propiedad en cuestión (como se describe en mayor detalle en el recuadro 3.11 del capítulo 3). El congelamiento de los bienes identificados en un requerimiento de justificación patrimonial evita que la propiedad se haga desaparecer mientras está sujeta a la orden (Home Office [Ministerio del Interior], 2017, pág. 16). En el recuadro 5.1 se describen los esfuerzos encarados para congelar los activos pertenecientes a una exministra nigeriana, Diezani Alison-Madueke.

RECUADRO 5.1

Nigeria: Congelamiento de activos y decomiso civil en el caso de una exministra de Petróleo

Antecedentes: Diezani Alison-Madueke, exministra de Recursos Petroleros de Nigeria, presuntamente se valió de su influencia para lograr la adjudicación de lucrativos contratos petroleros a sus asociados Kolawole Akanni Aluko y Olajide Omokore^a. Mientras estuvo en el cargo, Alison-Madueke supervisó la empresa estatal petrolera Nigerian National Petroleum Corp. (NNPC).

Investigación y demanda civil: Alison-Madueke presuntamente hizo que dos sociedades fantasma nigerianas, Atlantic Energy Drilling Concepts Nigeria y Atlantic Energy Brass Development, que pertenecían a sociedades de cartera de las Islas Vírgenes Británicas y cuyos beneficiarios eran Aluko y Omokore, recibieran la adjudicación de contratos. Las empresas debían encargarse de financiar la exploración y la explotación de ocho bloques de petróleo y gas en tierra, pero no cumplieron sus obligaciones contractuales debido a que carecían del capital y de los conocimientos técnicos para hacerlo^b. Sin embargo, presuntamente se las autorizó a extraer y vender petróleo crudo nigeriano por un valor superior a los USD 1500 millones.

Según las denuncias, Aluko y Omokore financiaron un estilo de vida ostentoso para la ministra y su familia, valiéndose de fondos lavados y de empresas constituidas en Estados Unidos y en Seychelles para adquirir bienes inmuebles y otros activos en Estados Unidos y en el Reino Unido, entre los que figuraban un condominio por valor de USD 50 millones en uno de los edificios más costosos de Manhattan, y el *Galactica Star*, un yate de USD 82 millones^c.

(continúa en la página siguiente)

⁸ En las jurisdicciones en las que se prevea este tipo de compromisos, solo hay un número reducido de circunstancias que exigen a la fiscalía pagar daños y perjuicios, en particular cuando se trata de acusados en causas penales. El cumplimiento en última instancia de la orden no da lugar a la imposición automática de una orden de reparación por daños y perjuicios, salvo que pueda demostrarse que el fiscal actuó de mala fe o fue negligente en el desempeño de sus funciones.

Congelamiento de activos y decomisos: El caso se investigó en Estados Unidos, Nigeria, el Reino Unido y Suiza. En septiembre de 2016, la Agencia Nacional de Investigaciones Criminales (NCA) congeló tres propiedades por un valor de GBP 10 millones que Omokore y Aluko supuestamente habían comprado para beneficio de la ministra^d. No obstante, la NCA no pudo evitar la venta de otras dos propiedades en Londres por un valor de GBP 8 millones.

En agosto de 2017, el Tribunal Federal Superior de Lagos (Nigeria) ordenó el decomiso final de una propiedad en Banana Island (una isla artificial frente al acaudalado vecindario de Ikoyi, en Lagos) con un valor de NGN 11 750 millones (11 750 millones de nairas, equivalentes a USD 37,5 millones)^e. En el curso de la investigación, la Comisión de Delitos Económicos y Financieros descubrió propiedades adicionales vinculadas a la exministra y ordenó el decomiso de activos valuados en miles de millones vinculados a ella^f.

En julio de 2017, el Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió una demanda civil para recuperar activos por USD 144 millones vinculados a Alison-Madueke, Aluko y Omokore. Los activos sujetos al decomiso incluyen un condominio de USD 50 millones y un yate de USD 82 millones^g.

Estado actual: En 2018, Estados Unidos incautó la embarcación, que según el Departamento de Justicia Aluko había comprado por USD 82 millones en 2013 y había subastado por USD 37 millones en 2019 para evitar los costos mensuales de mantenimiento —USD 170 000— que estaban disminuyendo la suma que se recuperaría por la embarcación, según los documentos presentados ante el tribunal^h. La reclamación global de decomiso por los USD 144 millones en activos que según el Departamento de Justicia Aluko adquirió está actualmente pendiente, a la espera de la resolución de una investigación penal sobre las acusaciones relacionadas, según los documentos del tribunal.

a. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2017), *Department of Justice Seeks to Recover over \$100 Million Obtained from Corruption in the Nigerian Oil Industry* (El Departamento de Justicia busca recuperar más de USD 100 millones obtenidos mediante la corrupción en la industria petrolera nigeriana), comunicado de prensa n.º 77-777, 14 de julio de 2017, <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-seeks-recover-over-100-million-obtained-corruption-nigerian-oil-industry>.

b. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Seeks to Recover over \$100 Million* (El Departamento de Justicia busca recuperar más de USD 100 millones), 14 de julio de 2017.

c. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Seeks to Recover over \$100 Million* (El Departamento de Justicia busca recuperar más de USD 100 millones), 14 de julio de 2017.

d. Margot Gibbs (2017), "Exclusive: Noose Tightens around Alison-Madueke in UK, £18 Million Property Uncovered" (Exclusivo: Se cierra el cerco alrededor de Alison-Madueke en el Reino Unido, se descubren activos por GBP 18 millones), *Premium Times*, 28 de agosto de 2017, <https://www.premiumtimesng.com/news/headlines/241676-exclusive-noose-tightens-around-alison-madueke-uk-18-million-property-uncovered.html>.

e. Comisión de Delitos Económicos y Financieros (2017), *Court Orders Final Forfeiture of Diezani's \$37.5m Banana Island Property* (Tribunal ordena confiscación final de activos de Diezani por USD 37,5 millones en Banana Island), comunicado de prensa, 7 de agosto de 2017, <https://efccnigeria.org/efcc/news/2703-court-orders-final-forfeiture-of-diezani-s-37-5m-banana-island-property>.

f. Tony Orlade y Aishah Gambari, "Diezani Alison-Madueke: What an Appetite!" (Diezani Alison-Madueke: ¿Qué apetito!), Comisión de Delitos Económicos y Financieros, <https://efccnigeria.org/efcc/news/2706-diezani-alison-madueke-what-an-appetite>.

g. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Seeks to Recover over \$100 Million* (El Departamento de Justicia busca recuperar más de USD 100 millones), 14 de julio de 2017.

h. Williams Clowes (2020), "Former Enron Unit Battling U.S. and Nigerian Governments over \$80-Million Yacht" (Anterior unidad de Enron en litigio con los Gobiernos de Nigeria y EE. UU. por yate de USD 80 millones), *Bloomberg*, 3 de julio de 2020, <https://www.latimes.com/business/story/2020-07-03/enron-legacy-returns-in-battle-over-80-million-yacht>.

Para que una orden de congelamiento pueda ejecutarse sobre los activos de una persona expuesta políticamente situados en países extranjeros, la legislación de Suiza (recuadro 5.3) y la de Canadá exigen que se cumplan determinadas condiciones, entre ellas, las siguientes:

- El Gobierno extranjero ha perdido poder.
- El país registra niveles notoriamente altos de corrupción.
- Es probable que los activos se hayan adquirido mediante corrupción, mala gestión con fines delictivos u otros delitos.
- El sistema judicial ha colapsado.
- El país es incapaz de cumplir los requisitos de asistencia judicial recíproca.
- Se busca proteger los intereses nacionales (en el caso de Suiza)⁹.
- Se observan conmociones internas e incertidumbre política en el Estado extranjero, así como intereses vinculados con las relaciones internacionales (en el caso de Canadá)¹⁰.

5.3.2 Requisitos procesales

Las normas procesales aplicables a una orden de incautación o inmovilización podrían describirse en las leyes de confiscación, o podrían incorporar leyes procesales penales o civiles por vía de referencia. Las jurisdicciones de derecho anglosajón, por ejemplo, exigen presentar por escrito la solicitud, que en general consta de dos documentos: a) la orden de incautación u orden de inmovilización, y b) la declaración jurada complementaria. En el recuadro 5.2 se describen las declaraciones juradas y las pruebas fundamentales que deben incluirse.

RECUADRO 5.2

Redacción de declaraciones juradas

Una declaración jurada es una declaración de hechos basada en el conocimiento personal o en las convicciones del declarante. Utilizada principalmente en las jurisdicciones de derecho anglosajón, es una ayuda procesal importante que permite la admisión de pruebas mediante una declaración por escrito que no está sujeta a un conainterrogatorio. Sin una declaración jurada, el solicitante o el fiscal deben citar a los testigos (pruebas *viva voce*), que serán sometidos al conainterrogatorio; las pruebas no pueden ser simplemente recitadas o

(continúa en la página siguiente)

⁹ Ley Federal sobre el Congelamiento y la Restitución de Activos Ilícitos de Personas Expuestas Políticamente Extranjeras (“Ley sobre Activos Ilícitos Extranjeros” [FIAA], 18 de diciembre de 2015, CC 196.1, art. 3, párr. 2; art. 4, párrs. 2 y 3 [Suiza]), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20131214/index.html>.

¹⁰ Ley sobre el Congelamiento de Activos de Funcionarios Extranjeros Corruptos, S.C. 2011, c. 10 (Can.), Órdenes y Disposiciones 4 2) (consultado el 18 de agosto de 2018), <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/F-31.6/page-1.html#h-4>.

presentadas por el fiscal, como se permite en algunas jurisdicciones de derecho civil.

En Estados Unidos, no se necesitan declaraciones juradas cuando la reclamación se presenta en un caso de confiscación sin condena. Basta que en la reclamación se incluya un relato breve de los hechos que dieron lugar a la necesidad de confiscación. En los casos de recuperación de activos, las declaraciones juradas son de utilidad para todas las solicitudes que se presenten al tribunal, incluidas las órdenes de registro e incautación, las órdenes de inmovilización y las órdenes de divulgación o exhibición de documentos, y también podrían admitirse para ciertos tipos de pruebas en el juicio.

En las solicitudes de incautación, inmovilización u otras técnicas de investigación, suelen ser los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley los que presentan la declaración jurada, en la cual pueden incluir todo el material pertinente, incluso testimonios de oídas, proveniente de diversas fuentes. Los profesionales intervinientes deben asegurarse de que las declaraciones juradas se redacten de acuerdo con las normas establecidas por el tribunal. En muchas jurisdicciones se dispone de formularios para orientar a los profesionales. Además, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Dado que la declaración jurada es lo que fundamenta la solicitud, en ella se debe describir cómo el caso cumple los requisitos probatorios para conceder una orden de inmovilización.
- En las declaraciones juradas y en las solicitudes de órdenes al tribunal, podrán incluirse testimonios de oídas. Cuando el testimonio del declarante se base en información obtenida de otra persona, en la declaración jurada deberá consignarse la fuente de la información y por qué el declarante cree en su veracidad.
- Todos los documentos probatorios utilizados deberán adjuntarse a la declaración jurada.
- Es necesario asegurarse de que los hechos consignados en la declaración jurada sean correctos.
- Si en la solicitud de asistencia judicial recíproca la jurisdicción requirente invoca una disposición de confidencialidad, la jurisdicción requerida deberá solicitar autorización antes de presentar ante un tribunal cualquier información en forma de declaración jurada.

En contraste, las jurisdicciones de derecho civil pueden limitarse a solicitar una descripción de los hechos que se demuestren en las pruebas o los documentos pertinentes incluidos en el expediente del caso en manos de la autoridad judicial. Sin embargo, en algunas jurisdicciones de derecho civil, alcanza con que se demuestre la necesidad de preservar las pruebas o evitar la desaparición de los bienes sujetos a

confiscación para que el fiscal o el juez de instrucción ordenen la incautación o inmovilización de los activos.

Las personas investigadas y sus familias o asociados podrán impugnar o presentar objeciones contra las medidas provisionales¹¹, en especial cuando el volumen de bienes pasible de inmovilización o incautación sea grande. El resultado es que el proceso de solicitud de medidas provisionales puede convertirse en un minijudio en el que se busca impugnar las acusaciones que respaldan la solicitud.

En algunos países que suelen ser fundamentales para los procedimientos de recuperación de activos debido al tamaño de sus sistemas financieros (entre ellos, Estados Unidos), los profesionales intervinientes deben tener en cuenta que el proceso puede enfrentarse a obstáculos procesales. Sabiendo que las medidas provisionales solo exigen una convicción razonable sobre la veracidad de determinados hechos, los fiscales deben instar al tribunal a evitar deliberar sobre el fondo de la cuestión, que se determinará durante el juicio. Lo más apropiado es dejar esta decisión al tribunal encargado del enjuiciamiento y la confiscación relacionados.

Muchas jurisdicciones permiten que el fiscal solicite medidas provisionales *inaudita parte*, o sin aviso previo al titular de los activos, en el entendimiento de que la notificación alertaría a la persona investigada, que podría trasladar u ocultar los activos. En algunas jurisdicciones, los fiscales o los jueces de instrucción tienen facultades absolutas para proceder *inaudita parte* si así lo deciden; otras lo permiten solo si se cumplen ciertas condiciones, por ejemplo, demostrar que hay riesgo de desaparición.

Si existe el riesgo de que, al notificar la solicitud de orden de inmovilización, se hagan desaparecer los activos, o si los bienes sujetos a la inmovilización son inherentemente móviles (por ejemplo, fondos en una cuenta bancaria, joyas, dinero en efectivo o vehículos), las buenas prácticas dictan que se proceda *inaudita parte*.

Una orden *inaudita parte* puede tener vigencia durante un tiempo limitado, durante el cual el solicitante debe a) notificar al titular del bien y brindarle la oportunidad de participar en una audiencia, o b) solicitar al tribunal una prórroga del plazo para hacerlo. Algunas jurisdicciones exigen que se envíen al titular de los activos los detalles del procedimiento, por ejemplo, una transcripción.

5.3.3 Inmovilización provisional o incautación de activos en jurisdicciones extranjeras

Hay diversas vías para lograr la incautación o la inmovilización de activos ubicados en el extranjero¹². Al recibir la solicitud de una jurisdicción, las autoridades de la jurisdicción extranjera podrán hacer cumplir la orden de inmovilización o incautación

¹¹ En Suiza, únicamente el titular formal de una cuenta bancaria (como el director de una sociedad fantasma o el fideicomisario de un fideicomiso), no el titular real de los activos, puede oponerse al congelamiento.

¹² Véase en la UNCAC, artículos 54 2) a) y 54 2) b), una lista de estos mecanismos.

dictada en la jurisdicción requirente¹³. Como alternativa, podrán solicitar una orden nacional de inmovilización o de incautación basándose en los hechos aducidos por la jurisdicción requirente. Asimismo, se puede recurrir a vías informales o administrativas para lograr la incautación o la inmovilización de los activos, como se indica en el capítulo 8. En los recuadros 5.3, 5.4, 5.5 y 5.6 se brindan ejemplos de medidas provisionales de inmovilización.

RECUADRO 5.3

Facultades de emergencia del Consejo Federal Suizo para congelar activos relacionados con los regímenes derrocados durante la Primavera Árabe

El Consejo Federal Suizo, actuando de conformidad con sus facultades constitucionales, pudo congelar con rapidez los activos vinculados con Hosni Mubarak (República Árabe de Egipto) y Zine el Abidine Ben Ali (Túnez), entre otros (Cissé y otros, 2013). La Constitución Federal de la Federación Suiza faculta al Consejo Federal a emitir ordenanzas y sentencias para salvaguardar los intereses del país, si bien las ordenanzas tienen una duración limitada^a.

Activos mantenidos en Suiza por el expresidente egipcio Hosni Mubarak

Orden de congelamiento: Tras la renuncia de Mubarak en 2011, luego de semanas de protestas multitudinarias, el Consejo Federal ordenó el congelamiento de todos los activos en Suiza que pertenecieran al expresidente de Egipto y a sus allegados. La ordenanza de congelamiento entró en vigor de inmediato y abarcó la venta o disposición de todos los activos, incluidos los bienes inmuebles^b. Originalmente, la ordenanza tenía una validez de tres años, pero se prorrogó hasta 2017.

Estado actual: Inicialmente, el volumen de los activos congelados ascendía a unos USD 700 millones. Sin embargo, tras una serie de acuerdos de conciliación, absoluciones y decisiones de las autoridades egipcias en virtud de las cuales se suspendieron los procedimientos penales en los casos más notorios, finalmente el monto quedó reducido a CHF 430 millones. En diciembre de 2017, casi siete años después de la ordenanza inicial, y al darse cuenta de que la cooperación con las autoridades egipcias no había tenido los resultados previstos, el Consejo Federal revocó el congelamiento^c. No obstante, esta decisión no dio lugar a la liberación de los activos, que siguen secuestrados en Suiza como parte de procedimientos penales en curso, en los cuales las autoridades suizas habrán de determinar si su origen es ilícito.

(continúa en la página siguiente)

¹³ Esta vía requiere que la jurisdicción requirente tenga competencia extraterritorial sobre los activos ubicados en la jurisdicción extranjera, que deben enumerarse en la orden de inmovilización. Las leyes que permiten la ejecución directa en la jurisdicción requerida a menudo incluyen disposiciones que prohíben a los tribunales de dicha jurisdicción considerar las cuestiones y recusaciones de las que disponen la persona investigada y sus familiares o asociados en el procedimiento de confiscación pendiente de resolución en la jurisdicción requirente. Estas disposiciones impiden que se dicte una sentencia sobre cuestiones similares en dos jurisdicciones distintas.

Activos mantenidos en Suiza por el expresidente tunecino Ben Ali

Orden de congelamiento: Tras la huida de Ben Ali de Túnez, en enero de 2011 el Consejo Federal decidió adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo de malversación de activos públicos y su transferencia al extranjero. Emitió una ordenanza de congelamiento de tres años con efecto inmediato sobre cualquier activo que Ben Ali y sus asociados pudieran haber mantenido en Suiza. El Consejo también prohibió la venta y la disposición de los bienes inmuebles pertenecientes a tales individuos^d.

Estado actual: En total, siguen congelados activos por CHF 60 millones hasta 2021 en virtud de la ordenanza y sus posteriores prórrogas^e. Según el Consejo Federal, desde 2011 las autoridades tunecinas han expresado su disposición a cooperar, si bien no se han producido confiscaciones ni se han alcanzado arreglos. El Consejo Federal ha prorrogado el congelamiento para ayudar a Túnez en sus esfuerzos por lograr la restitución de los activos.

Promulgación de la Ley Federal sobre el Congelamiento y la Restitución de Activos Ilícitos Extranjeros

Suiza respondió a los desafíos planteados por la Primavera Árabe y las cuestiones relevantes relacionadas con la recuperación de activos adoptando la Ley Federal sobre el Congelamiento y la Restitución de Activos Ilícitos Extranjeros (la “Ley sobre Activos Ilícitos Extranjeros,” o FIAA), que entró en vigor el 1 de julio de 2016^f. Esta ley regula el congelamiento, la confiscación y la restitución de los activos de personas expuestas políticamente o sus allegados cuando hay motivos para suponer que dichos activos fueron adquiridos mediante actos de corrupción, mala gestión con fines delictivos u otros delitos^g.

El Consejo Federal puede ordenar el congelamiento de los activos de personas expuestas políticamente en Suiza a fin de facilitar la asistencia judicial recíproca (FIAA, art. 3) o la confiscación si los procedimientos de asistencia judicial recíproca fracasan (FIAA, art. 4), siempre y cuando se cumplan las condiciones específicas que establece la ley. (Véase la sección 5.3.1 del capítulo 5, sobre los requisitos probatorios).

La FIAA (art. 6) también regula la duración de los congelamientos y sus prórrogas. Es posible prorrogar un congelamiento por un año si el Estado de origen expresa su disposición a cooperar dentro del marco de la asistencia judicial recíproca. Se puede seguir prorrogando un congelamiento de forma anual durante un máximo de 10 años por este motivo. Por ejemplo, la reciente prórroga en el caso Ben Ali se otorgó sobre la base de esta disposición^h.

a. Constitución Federal de la Federación Suiza del 18 de abril de 1999, SR 101, art. 184 (sobre relaciones exteriores), párr. 3 (consultada el 18 de junio de 2020), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 5.3

Facultades de emergencia del Consejo Federal Suizo para congelar activos relacionados con los regímenes derrocados durante la Primavera Árabe (continuación)

- b. Consejo Federal Suizo (2011), *Federal Council Orders Freezing of Any Assets of Egypt's Former President Hosni Mubarak in Switzerland* (El Consejo Federal ordena el congelamiento de todos los activos del expresidente egipcio Hosni Mubarak en Suiza), 11 de febrero de 2011 (consultado el 18 de abril de 2020), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-37632.html>.
- c. Consejo Federal Suizo (2017), *Federal Council Extends the Freeze on Tunisian and Ukrainian Assets and Abrogates the Freeze on Egyptian Assets* (El Consejo Federal extiende el congelamiento sobre activos tunecinos y ucranianos y revoca el congelamiento de activos egipcios), 20 de diciembre de 2017 (consultado el 18 de abril de 2020), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-69322.html>.
- d. Consejo Federal Suizo (2011), *Federal Council Orders Freeze of Any Assets Held by Former Tunisian President Ben Ali in Switzerland* (El Consejo Federal ordena el congelamiento de todos los activos pertenecientes al expresidente tunecino Ben Ali en Suiza), 19 de enero de 2011 (consultado el 18 de abril de 2020), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-37285.html>.
- e. Consejo Federal Suizo (2019), *Federal Council Extends Freeze on Assets Relating to Tunisia and Ukraine* (El Consejo Federal prorroga el congelamiento de los activos vinculados con Túnez y Ucrania), 13 de diciembre de 2019 (consultado el 18 de junio de 2020), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-77509.html>.
- f. Véase la Ley sobre Activos Ilícitos Extranjeros (FIAA), 18 de diciembre de 2015, CC 196.1, art. 3, párr. 2; art. 4, párrs. 2 y 3 (Suiza), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20131214/index.html>. De conformidad con una norma similar adoptada por Canadá —la Ley sobre el Congelamiento de Activos de Funcionarios Extranjeros Corruptos, S.C., 2011, c. 10 (Can.), Órdenes y Disposiciones 4 2), <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/F-31.6/page-1.html#h-4>—, el Gobierno de ese país emitió disposiciones acerca del congelamiento de activos en Túnez y en Ucrania.
- g. FIAA (Suiza), art. 1, "Purpose" (Propósito).
- h. Consejo Federal Suizo, *Freeze of Any Assets Held by Former Tunisian President* (Congelamiento de todos los activos pertenecientes al expresidente tunecino), 19 de enero de 2011.

RECUADRO 5.4

Nigeria: Congelamiento de activos en el caso OPL 245

Antecedentes: Se sospechaba que Royal Dutch Shell y Eni S.p.A. habían participado en una trama de sobornos para adquirir la licencia para la prospección de petróleo en el bloque petrolero denominado OPL 245 en Nigeria. Presuntamente, estas empresas pagaron alrededor de USD 1100 millones a Malabu Oil and Gas, cuyo titular real era Dan Etete, exministro del Petróleo de Nigeria. (Véase en el recuadro 4.4 del capítulo 4 el análisis de las señales de alerta en este caso).

Órdenes de congelamiento: Como parte de su investigación sobre la empresa Eni, con sede en Roma, en mayo de 2014 los fiscales italianos solicitaron a la Fiscalía de la Corona del Reino Unido que congelara USD 85 millones en activos pertenecientes a Malabu Oil and Gas. En respuesta, el Tribunal de la Corona de Southwark (Londres) otorgó la orden para congelar dichos activos. En diciembre de 2015, el juez Edis de ese tribunal desestimó la solicitud de Malabu de revocar la orden^a.

También a solicitud de los fiscales italianos, en un procedimiento de 2013 ante el Tribunal Comercial del Reino Unido se congelaron USD 110,5 millones que se habían pagado al intermediario Emeka Obi^b. Una parte considerable de esta suma estaba en Suiza, y se cree que se trataba de sobornos pagados a ejecutivos de Eni tras el acuerdo con Malabu.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 5.4

Nigeria: Congelamiento de activos en el caso OPL 245 (continuación)

Resultado y situación actual: En septiembre de 2018, un tribunal de Milán, en un procedimiento acelerado, condenó a Emeka Obi y a un intermediario italiano a cuatro años de prisión e incautó más de USD 120 millones de sus bienes^c. El procedimiento principal contra Eni y Shell sigue en curso en Milán.

En enero de 2017, el juez John Tsoho del Tribunal Federal Superior de Nigeria en Abuja dictó una orden en la que cedió el control del bloque petrolero al Gobierno federal de Nigeria, a la espera de los resultados de la investigación y el enjuiciamiento de los sospechosos^d. Este decomiso provisorio fue revocado en marzo de 2017 por un tribunal nigeriano, que devolvió la titularidad del bloque petrolero a las subsidiarias de Shell y Eni en el país.

a. Global Witness (2015), *Court Refuses to Unfreeze Funds from “Smash and Grab” Raid on Nigerian Oil Block* (Tribunal se niega a revocar el congelamiento de fondos de la operación “de asalto” al bloque petrolero nigeriano), comunicado de prensa, 15 de diciembre de 2015, <https://www.globalwitness.org/en/press-releases/court-refuses-unfreeze-funds-smash-and-grab-raid-nigerian-oil-block/>.

b. Energy Venture Partners Ltd. c. Malabu Oil & Gas Ltd., Sala del Tribunal de la Reina ante la Sra. jueza Gloster (17 de julio de 2013), EWHC 2118 (Comm.).

c. Ben Chapman (2018), “Two Middlemen Convicted of Corruption over Shell and Eni Nigerian Oil Field Deal” (Dos intermediarios condenados por corrupción por el acuerdo entre Shell y Eni por el yacimiento petrolero nigeriano), *Independent*, 21 de septiembre de 2018 (consultado el 7 de mayo de 2020), <https://www.independent.co.uk/news/business/news/shell-eni-corruption-trialtwo-men-convicted-emeka-obi-di-nardo-a8551436.html>.

d. Comisión de Delitos Económicos y Financieros, *Court Orders Forfeiture of Malabu Oil Block* (Tribunal ordena el decomiso del bloque petrolero de Malabu), <https://efcnigeria.org/efcc/news/2287-court-orders-forfeiture-of-malabu-oil-block>.

RECUADRO 5.5

Brasil: Congelamiento de activos del *Lava Jato* en Suiza

En el caso *Lava Jato* (lavado de coches) de Brasil, un escándalo de corrupción de grandes proporciones, las autoridades brasileñas trabajaron en colaboración con varios países para recuperar activos^a. Uno de ellos, Suiza devolvió al país USD 120 millones en marzo de 2015. En marzo del año siguiente, las autoridades suizas anunciaron que liberarían otros USD 70 millones. En total, en Suiza se han congelado USD 800 millones relacionados con el caso^b.

Los titulares reales de las cuentas suizas (en su mayoría en manos de sociedades domiciliadas)^c eran funcionarios de alto rango de Petróleo Brasileiro (Petrobras) —una compañía de capital mixto controlada por el Gobierno federal de Brasil— y sus asociados, entre los que figuraban intermediarios financieros y políticos brasileños^d.

a. Para obtener más información sobre el caso, véanse el capítulo 2, recuadros 2.4 y 2.11; el capítulo 3, recuadro 3.1, y el capítulo 4, recuadro 4.2.

b. Ministerio Público Federal de Brasil, *A Lava Jato em números no Paraná* (Las cifras del *Lava Jato* en el estado de Paraná), última actualización del 19 de marzo de 2020, <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

c. Una empresa domiciliada es una sociedad, fideicomiso o fundación que no lleva a cabo ninguna actividad comercial o manufacturera en el país donde se encuentra su oficina registrada.

d. Consejo Federal Suizo (2016), *Petrobras Affair: Further USD 70 million of Frozen Assets to be Unblocked and Returned to Brazil* (El asunto Petrobras: Otros USD 70 millones en activos congelados se desbloquearán y restituirán a Brasil), 17 de marzo de 2016, <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-61034.html>.

Antecedentes: En enero de 2019, el expresidente ucraniano Viktor Yanukovych fue hallado culpable de traición y condenado en ausencia a 13 años de prisión^a. Yanukovych y sus asociados también están siendo investigados en Ucrania y Suiza por corrupción, abuso de funciones y lavado de dinero^b. Según el fiscal general de Ucrania, Yanukovych había robado unos USD 100 000 millones de fondos públicos^c. Los documentos descubiertos tras su destitución^d sugieren que él y sus asociados se valieron de una compleja red corporativa de sociedades fantasma, fideicomisos y fundaciones para disimular la titularidad efectiva de los activos y las entidades.

En respuesta a la crisis ucraniana, algunos países, entre ellos Canadá, Estados Unidos, Suiza y la Unión Europea, impusieron órdenes de congelamiento sobre los activos de Yanukovych y sus asociados. Sin embargo, en algunos casos no se dieron a conocer los montos de los activos congelados.

Órdenes de congelamiento de la Unión Europea: El 5 de marzo de 2014, la Unión Europea congeló por un año los fondos y los recursos económicos pertenecientes a Yanukovych, sobre la base de que se trataba de una persona sujeta a investigaciones previas al juicio en Ucrania en vinculación con la malversación de fondos públicos y su transferencia ilegal fuera del país^e. La orden de congelamiento también se extendió a 17 de sus allegados más cercanos, entre ellos, sus dos hijos. El 14 de abril de 2014, la orden inicial se amplió a un total de 22 funcionarios^f. El 5 de marzo de 2015, la orden de congelamiento fue prorrogada por un año e incluyó a Yanukovych y sus asociados con el argumento de que seguían sujetos a un procedimiento penal promovido por las autoridades ucranianas con respecto a la apropiación indebida de fondos o activos públicos^g.

Yanukovych y su hijo Oleksandr presentaron un recurso contra las órdenes de congelamiento ante el Tribunal General de la Unión Europea, el cual confirmó el congelamiento de los fondos desde marzo de 2015 hasta marzo de 2016, sentencia posteriormente ratificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea^h. Otras personas mencionadas en las órdenes de congelamiento también han apelado ante este último tribunal, y, como resultado, las sanciones contra algunas de ellas han sido revocadasⁱ. Entre los principales motivos para levantar las sanciones se cuentan la falta de investigaciones eficaces en Ucrania y los desafíos que ha planteado la cooperación entre los investigadores ucranianos y sus homólogos extranjeros.

Desde entonces, se han impuesto congelamientos reiterados a los activos de Yanukovych y sus asociados, y el criterio para su inclusión en la lista ha sido modificado. En 2019, la medida se prorrogó hasta el 6 de marzo de 2020 y abarcó a solo 12 personas, entre ellas, Yanukovych^j. En marzo de 2020, la orden fue extendida por un año más, y ahora se aplica a una lista aún más reducida de 10 personas^k.

Órdenes de congelamiento en Suiza: En el contexto del caso de recuperación de activos de Ucrania, el Consejo Federal Suizo, en atención a la solicitud de

(continúa en la página siguiente)

asistencia judicial recíproca de la Fiscalía General de Ucrania, anunció en febrero de 2014 el congelamiento de activos de Yanukovich equivalentes a CHF 70 millones. La orden de congelamiento se prorrogó tres veces, la última en diciembre de 2019, por un año más¹. En 2014 la Fiscalía General también ordenó que el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR) del Instituto de Basilea sobre Gobernanza prestara asistencia con el rastreo y la recuperación de los activos robados por Yanukovich y sus asociados^m.

Orden de bloqueo en Estados Unidos: El 6 de marzo de 2014, el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, firmó la Orden Ejecutiva 13660 para bloquear en ese país bienes de personas de Ucrania que, entre otras cosas, hubieran participado en la apropiación indebida de bienes públicos ucranianosⁿ.

Disposiciones sobre congelamiento en Canadá: A solicitud de Ucrania, Canadá también adoptó disposiciones basadas en la Ley sobre el Congelamiento de Activos de Funcionarios Extranjeros Corruptos (2011) para congelar los bienes de personas que se hubiesen apropiado indebidamente de fondos públicos u obtenido propiedades de forma indebida como resultado de su cargo o de sus conexiones familiares, empresariales o personales^o.

- a. Andrew Roth (2019), "Ukraine's Ex-President Viktor Yanukovich Found Guilty of Treason" (Declaran culpable de traición al expresidente ucraniano Viktor Yanukovich), *The Guardian*, 25 de enero de 2019, <https://www.theguardian.com/world/2019/jan/25/ukraine-ex-president-viktor-yanukovich-found-guilty-of-treason>.
- b. Andrew E. Kramer (2019), "Ukraine's Ex-President Is Convicted of Treason" (Condenan por traición al expresidente ucraniano), *The New York Times*, 24 de enero de 2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/24/world/europe/viktor-yanukovich-russia-ukraine-treason.html>.
- c. Guy Faulconbridge, Anna Dabrowska y Stephen Grey (2014), "Toppled 'Mafia' President Cost Ukraine up to \$100 Billion, Prosecutor Says" (Presidente "mafioso" depuesto le costó a Ucrania USD 100 000 millones, según el fiscal), Reuters, 30 de abril de 2014, <https://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-yanukovich/toppled-mafia-president-cost-ukraine-up-to-100-billion-prosecutor-says-idUSBREA3T0K820140430>.
- d. Los documentos recuperados están publicados en el sitio web del Proyecto Nacional YanukovichLeaks, en <https://yanukovichleaks.org/en/>.
- e. Reglamento (UE) n.º 208/2014 del Consejo, de 5 de marzo de 2014, relativo a las medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania (OJ L 66, 06/03/2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014R0208>.
- f. Reglamento de Ejecución (UE) n.º 381/2014 del Consejo, de 14 de abril de 2014, por el que se aplica el Reglamento (UE) n.º 208/2014 relativo a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania (OJ L 111, 15/04/2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014R0381>.
- g. Reglamento de Ejecución (UE) 2015/357 del Consejo, de 5 de marzo de 2015, por el que se aplica el Reglamento (UE) n.º 208/2014 relativo a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania (OJ L 62, 06/03/2015), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32015R0357>.
- h. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017), *El Tribunal de Justicia confirma la inmovilización de fondos del Sr. Viktor Yanukovich, antiguo presidente de Ucrania, y de su hijo Oleksandr respecto del período comprendido entre el 6 de marzo de 2015 y el 6 de marzo de 2016*, comunicado de prensa n.º 108/17, 19 de octubre de 2017, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-10/cp170108es.pdf>.
- i. AntAC (Centro de Acción contra la Corrupción) (2019), "Five Years of EU Sanctions against Ukrainian Kleptocrats: Tango that Needs Two" (Cinco años de sanciones de la UE contra cleptócratas ucranianos: Hacen falta dos para bailar el tango), 3 de abril de 2019, <https://antac.org.ua/en/publications/five-years-of-eu-sanctions-against-ukrainian-kleptocrats-tango-that-needs-two/>.
- j. Consejo de la Unión Europea (2019), *Malversación de fondos públicos ucranianos: el Consejo proroga un año las sanciones*, comunicado de prensa, 4 de marzo de 2019, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/03/04/misappropriation-of-ukrainian-state-funds-council-prolongs-eu-sanctions-for-one-year/>.
- k. Consejo de la Unión Europea (2020), *Malversación de fondos públicos ucranianos: el Consejo proroga la inmovilización de bienes*, comunicado de prensa, 5 de marzo de 2020, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/03/05/misappropriation-of-ukrainian-state-funds-council-extends-asset-freezes/>.
- l. Consejo Federal de Suiza (2019), *Federal Council Extends Freeze on Assets Relating to Tunisia and Ukraine* (El Consejo Federal extiende el congelamiento de activos vinculados con Túnez y Ucrania), comunicado de prensa, 13 de diciembre de 2019, <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-77509.html>.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 5.6

Ucrania: Órdenes de congelamiento impuestas sobre los activos de Viktor Yanukovych (*continuación*)

m. Instituto de Basilea sobre Gobernanza (2014), "ICAR Mandated to Assist Ukraine in Recovering Yanukovych Assets" (Se ordena al ICAR brindar asistencia a Ucrania para recuperar los activos de Yanukovych), "News" (Noticias), 12 de agosto de 2014, <https://www.baselgovernance.org/news/icar-mandated-assist-ukraine-recovering-yanukovych-assets>.
n. Orden Ejecutiva n.º 13660, 79 Reg. Fed. 13491 (6 de marzo de 2014), art. 1 i) C, <https://www.federalregister.gov/documents/2014/03/10/2014-05323/blocking-property-of-certain-persons-contributing-to-the-situation-in-ukraine>.
o. Disposiciones sobre el congelamiento de activos de funcionarios extranjeros corruptos (Ucrania), SOR/2014-44 (26 de marzo de 2014), <http://canadagazette.gc.ca/rp-pr/p2/2014/2014-03-26/html/sor-dors44-eng.html>.

5.4 Planificación previa a la inmovilización o a la incautación

Una planificación cuidadosa es esencial para que la inmovilización o la incautación sean eficaces. A continuación, se describe una serie de consideraciones importantes que los profesionales intervinientes deben tener en cuenta.

5.4.1 Identificación de los activos sujetos a medidas provisionales

Los activos sujetos a medidas provisionales son aquellos que pueden satisfacer la eventual orden de confiscación. Las solicitudes de medidas provisionales deben ser cuidadosamente diseñadas para que se correspondan con la sanción o las sanciones de confiscación (ya que puede haber más de una) que pudieran aplicarse a los activos inmovilizados o incautados.

Para asegurarse de que sean los activos adecuados los que estén sujetos a las medidas provisionales, se deberá tener en cuenta cuál es el sistema de confiscación en vigor (es decir, si se trata de un sistema basado en la propiedad o en el valor). Por ejemplo, en las jurisdicciones donde la única sanción posible contra una persona investigada es una orden de confiscación basada en la propiedad, no tendría sentido incautar una casa que no se pueda definir como producto o instrumento de la corrupción. En contraste, en las jurisdicciones donde se pueden emitir órdenes de confiscación basadas en el valor o donde rigen disposiciones sobre activos sustitutos, puede haber buenas razones para incautar tales activos, siempre que haya pruebas de que la persona investigada se ha beneficiado del presunto delito.

En los casos en que se aplican presunciones refutables o disposiciones sobre inversión de la carga de la prueba, el alcance de la orden puede ampliarse para incluir los activos que serían confiscados en virtud de la presunción. Por ejemplo, si el delito invoca la presunción de que parte o la totalidad de los activos se obtuvieron con fondos derivados de un delito, estos activos pueden ser objeto de medidas provisionales. (Véase en la sección 7.4.1 del capítulo 7 un análisis de las presunciones refutables).

Activos que la persona investigada controla, tiene en su poder o regala

Si bien algunas jurisdicciones permiten confiscar activos sin tener en cuenta la identidad de su propietario o poseedor, otras —especialmente en los sistemas basados en el valor— limitan la confiscación a los bienes que son “propiedad” de la persona investigada. Una interpretación estricta de la noción de propiedad puede resultar problemática, sobre todo teniendo en cuenta que es probable que los funcionarios corruptos disfracen la propiedad de los activos. Por ejemplo, los activos pueden ser:

- propiedad de un familiar o de un asociado, que los mantienen en su poder para beneficio de la persona investigada;
- propiedad de una corporación o fideicomiso que pertenezca a la persona investigada o esté indirectamente bajo su control, u
- obsequio de la persona investigada a un miembro de su familia, asociado o empresa.

La capacidad de llegar a los activos empresariales controlados por la persona investigada —e incluir, entre los activos embargables, los que están en manos de terceros— es particularmente importante para que las medidas provisionales sean eficaces. Afortunadamente, en la mayoría de las jurisdicciones, la definición de “propiedad” es amplia e incluye los activos que están bajo el control efectivo de la persona investigada, o que esta tiene en su poder o regala a otros. Dichas leyes van más allá de lo que la persona pueda poseer e incluyen los activos que pertenecen a un fideicomiso, a una sociedad comercial o a un individuo que esté bajo el control de la persona investigada.

Algunas jurisdicciones se valen de otras ayudas procesales, como las presunciones, que tienen el efecto de desplazar a un tercero la carga de demostrar la propiedad¹⁴. Estas disposiciones ayudan a inmovilizar o incautar los bienes que la persona investigada haya vendido a un tercero por debajo de su valor de mercado o a través de transacciones legales simuladas (por ejemplo, el pago de honorarios profesionales o deudas que no existen). Otras jurisdicciones solo permiten inmovilizar los activos que están en manos de la persona investigada, y definen la expresión “en manos de” de manera amplia, pues incluye la propiedad y los activos pertenecientes a otros en los que dicha persona tenga una participación usufructuaria.

Con respecto a los activos que han sido obsequiados, algunas jurisdicciones permiten inmovilizarlos o incautarlos dentro de un plazo razonable, de entre cinco o seis años¹⁵. Estas disposiciones son similares a las de “restitución” aplicadas para recuperar los activos que una persona o una empresa enajenan en el período previo a la quiebra.

¹⁴ En Colombia, si los activos han sido transferidos o vendidos a un tercero, pueden inmovilizarse, y es el tercero quien tendrá la obligación de demostrar que no están vinculados con la actividad delictiva.

¹⁵ Colombia permite confiscar los bienes obsequiados en cualquier momento (Ley 793.02). En el Reino Unido, la legislación permite ir más allá del período de seis años si el activo puede vincularse con el delito.

A la hora de vincular una persona investigada con un bien o una cuenta a nombre de un asociado, un familiar cercano o una empresa, es útil estudiar el historial de transacciones de la cuenta y tener en consideración una serie de factores, a saber:

- El importe pagado por el activo (valor de mercado) y también, por ejemplo, si la responsabilidad por la hipoteca se transfirió con el título.
- El origen de los fondos utilizados para comprar el activo.
- Los beneficiarios de los gastos y las erogaciones asociados con el activo.
- La capacidad o los recursos del propietario de los activos para adquirirlos o mantenerlos.
- La persona que ocupa, posee o controla el activo.

Estas cuestiones podrían conducir a la acumulación de pruebas, circunstanciales o no, que permitan a un tribunal inferir que los activos pertenecientes de manera nominal a un tercero en realidad son propiedad de la persona investigada o están controlados por esta y, por lo tanto (si la ley lo permite), están sujetos a medidas de inmovilización o incautación, y a una eventual confiscación.

Participación parcial en los activos

A menudo, la persona investigada tiene participaciones o intereses parciales en un activo, una entidad comercial o una inversión. A menos que se demuestre que los intereses restantes en realidad pertenecen a dicha persona o están bajo su control, es importante asegurarse de que la inmovilización se limite a los intereses de la persona investigada en el activo (como se analiza en mayor profundidad en la sección 5.8, del capítulo 5, referida a los intereses de terceros).

5.4.2 Consideraciones sobre la administración de los activos

Además de determinar qué activos estarán sujetos a medidas provisionales, es esencial analizar las necesidades referidas a la administración de activos que podrían generarse con la inmovilización o la incautación propuestas (como se analiza en el capítulo 6, sobre la administración de activos). Estos requisitos involucrarán al equipo de investigación (incluidos los investigadores que se ocupan específicamente del seguimiento de los activos) y al de la fiscalía (incluido el fiscal encargado de obtener la orden).

Cuando se decida proceder con la inmovilización o la incautación, el equipo deberá considerar la posibilidad de convocar al organismo responsable de la gestión de los activos (si lo hubiera). El administrador puede brindar consejos valiosos sobre si se debe inmovilizar o incautar los activos y sobre las facultades y condiciones especiales que debe incluir la orden para facilitar la administración del activo. El organismo que se ocupa de la recuperación de activos también puede ofrecer recomendaciones valiosas. La participación temprana del administrador permitirá considerar cualquier arreglo logístico que sea necesario para hacerse con el control físico de los activos.

Las órdenes de incautación o inmovilización pueden incluir cuentas bancarias, certificados de acciones, dinero en efectivo y otros activos intangibles que tengan valor. Por lo tanto, será necesario realizar algún tipo de análisis de costo-beneficio respecto de los activos que se deban administrar. La gestión de activos es una actividad costosa cuyo valor podría superar el de los propios activos. En otras palabras, el hecho de que se *pueda* inmovilizar o incautar los activos no significa necesariamente que *deba* hacerse.

Como regla general, los activos no deben inmovilizarse o incautarse si los probables gastos de mantenimiento, almacenamiento o administración excederán o disminuirán sustancialmente el retorno de la confiscación. Algunas jurisdicciones han establecido umbrales para evitar la inmovilización o la incautación de activos de bajo valor y pueden llegar a negarse a inmovilizar o a incautar ciertos tipos de activos (por ejemplo, el ganado). Otras pueden designar a un depositario, un agente de fideicomiso o un custodio para los activos cuya administración es demasiado riesgosa o costosa, o pueden permitir la incautación y venta de ciertos bienes.

La aplicación de esta norma general no debe ser rígida. En determinados casos, puede haber motivos de interés público que justifiquen la incautación o la inmovilización, como cuando una casa abandonada se utiliza para actividades ilícitas. Del mismo modo, aun cuando el activo tenga valor, puede haber razones para inmovilizarlo y permitir que siga utilizándose, por ejemplo, si se trata de la casa familiar y su contenido o de un automóvil¹⁶. Es necesario desarrollar políticas claras en relación con estos asuntos y comunicarlas a los profesionales intervinientes y a los administradores de activos¹⁷.

Otro factor que debe considerarse en la etapa de planificación es si el activo puede conservarse sin necesidad de servicios de administración, por ejemplo, registrando un derecho de retención sobre el bien inmueble en los registros públicos. El recuadro 5.7 muestra la manera en que la planificación puede permitir introducir pequeños cambios en una orden propuesta que eliminen la necesidad de nombrar un administrador de activos, con la consiguiente reducción de los gastos, la complejidad y el trabajo administrativo, y sin demasiada pérdida en el valor del activo.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la sección 5.6 del capítulo 5, referida a las excepciones a las órdenes de inmovilización para el pago de gastos, y la sección 6.5.3 del capítulo 6, sobre vehículos motorizados, barcos y aviones, cuya administración podría conllevar desafíos singulares.

¹⁷ En Estados Unidos, el Gobierno no puede inmovilizar bienes inmuebles durante el transcurso de un procedimiento de confiscación a menos que demuestre que la propiedad está abandonada o perdiendo valor. Sin embargo, los fiscales pueden presentar una litispendencia (derecho de retención) en los registros públicos de propiedad para notificar sobre el procedimiento pendiente de resolución. De este modo, se evita que un futuro comprador de buena fe adquiera la propiedad. En Suiza, los bienes que se deprecian con rapidez o que exigen un mantenimiento costoso, así como los títulos valores u otros activos que tienen un precio en el mercado o en la bolsa, podrán venderse inmediatamente de conformidad con el SR 281.1, Ley Federal sobre Cobro de Deudas y Quiebra (DEBA) (11 de abril de 1889 [Suiza]). El producto de la venta podrá incautarse (Código Penal 312.0, 5 de octubre de 2007, art. 266, párr. 5 [Suiza]).

Durante una investigación sobre los actos de corrupción de un funcionario del Gobierno, se decidió que se iniciarían procedimientos de confiscación de activos en su contra en el momento de su detención o poco antes. A continuación, se incluye una lista de los activos del funcionario, las consideraciones tenidas en cuenta y las decisiones tomadas respecto de su inmovilización y gestión:

Amplia residencia ocupada por el funcionario y su familia. La propiedad fue incluida en la orden de inmovilización. La existencia de la orden se consignó en el título de propiedad para advertir a los posibles compradores o prestamistas. No se designó un administrador de activos. Se permitió al funcionario y a su familia permanecer en la vivienda a condición de que, como se indicaba en la orden, el funcionario la mantuviera y pagara los cargos, los impuestos y la hipoteca.

Casa de inversión en la playa (puesta en alquiler por un agente). Si bien en un principio se pensó que la casa era un activo que tendría que ser administrado, en la investigación se descubrió que un agente inmobiliario gestionaba la propiedad y las ganancias que esta generaba. Se decidió que el bien podría inmovilizarse sin necesidad de un administrador de activos mediante una orden debidamente redactada que exigiera al agente inmobiliario que depositara la renta acumulada en una cuenta bancaria inmovilizada. En la orden se autorizó al agente inmobiliario a pagar los gastos y cargos del inmueble a partir de las sumas recibidas por el alquiler. Se indicó la existencia de la orden en el título de propiedad.

Pequeña fábrica de plástico (ubicada en una unidad industrial propiedad del funcionario), operada por una empresa perteneciente al funcionario. Se determinó que la fábrica era de escaso valor: el saldo de la cuenta era bajo, y los investigadores sospechaban que se utilizaba simplemente como vehículo para blanquear el producto de la corrupción. Como resultado, no se inmovilizó, y el negocio quedó en manos del funcionario. Seis meses después de la detención, la fábrica cerró.

Unidad industrial. Se descubrió que el único “inquilino” de la unidad era la fábrica, que no pagaba el alquiler al funcionario. Esta propiedad se incluyó en la orden de inmovilización, lo cual se señaló en el título. Se decidió que la empresa podría seguir ocupando su lugar sin tener que pagar alquiler, siempre que mantuviera los edificios y pagara las tasas y los impuestos pertinentes. Después del cierre de la fábrica de plástico, se modificó la orden de inmovilización y se designó a un administrador para gestionar la propiedad, quien hizo los arreglos necesarios para arrendar la propiedad, pagó los gastos de los terrenos y los edificios con el alquiler e invirtió las ganancias.

Cuentas bancarias personales y cartera de acciones. Fueron inmovilizadas, con la excepción de una cuenta de bajo valor en la que se pagaba el sueldo del funcionario (utilizada por este para pagar sus gastos de manutención y los de su familia). Debido a que la cartera de acciones no era muy grande y constaba de inversiones en empresas rentables y de valor estable, al principio no se nombró

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 5.7

Ejemplo hipotético de decisiones de planificación previas a la inmovilización (*continuación*)

ningún administrador de activos. Una vez que se designó un administrador para controlar la unidad industrial, también se puso a su cargo la cartera de acciones.

Tres vehículos de alto valor. Los automóviles fueron inmovilizados y puestos bajo la custodia de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (de conformidad con la legislación), cuyos procedimientos de gestión de vehículos e instalaciones les permitían cuidar de estos automóviles correctamente.

5.4.3 Control parcial o inmovilización limitada

Dado que algunos activos pueden someterse a distintos grados de control, debe prestarse especial atención a la intensidad del control necesario para preservar los activos que vayan a confiscarse. Por ejemplo, si la persona investigada es propietaria de una empresa que funciona en terrenos que también son de su propiedad, podría ser posible inmovilizar los terrenos y los edificios, o el propio negocio. Al adoptar esa decisión, deberán tenerse en cuenta determinados factores. Aunque los terrenos pueden inmovilizarse sin necesidad de nombrar un administrador, mantener edificios y empresas es a menudo costoso y requiere gestión.

Las empresas, en particular, pueden exigir conocimientos especializados sobre gestión, *marketing* y ventas, servicios al cliente, logística y abastecimiento, administración de activos y gestión de recursos humanos. Un mal desempeño en cualquiera de estos ámbitos puede hacer que una empresa deje de ser rentable. Sin embargo, los beneficios generados por los edificios o las empresas no pueden confiscarse, a menos que se incluyan en la orden de inmovilización. En el cuadro 5.1 se indican algunas de las ventajas y desventajas de las diferentes opciones.

5.4.4 Preparación para la toma de posesión física

A menudo, la única forma práctica de preservar los activos es tomar posesión física de ellos. Antes de que un administrador de activos pueda hacerlo, se debe disponer lo necesario para garantizar la seguridad de la incautación, del transporte de los activos hasta las instalaciones de almacenamiento y de dichas instalaciones. En algunos casos, el almacenamiento es relativamente fácil; por ejemplo, las joyas o los metales preciosos pueden guardarse de forma segura en cajas de seguridad en un banco. Otro tipo de activos, como las obras de arte valiosas, los vehículos motorizados o los yates, exigen instalaciones de almacenamiento especializadas que podrían ser costosas y llevar mucho tiempo conseguir. En algunas jurisdicciones, como Bélgica, las monedas virtuales que se incautan y que no pueden venderse hasta que se adopte la decisión correspondiente se almacenan usando una empresa privada externa.

Cuadro 5.1 Consideraciones sobre la inmovilización limitada o con control parcial de un activo, por ejemplo, un hotel

Opción	Ventajas	Desventajas
1. <i>Inmovilizar únicamente el terreno</i> (dejar la administración del hotel y los edificios a la persona investigada, que deberá pagar los cargos correspondientes)	<ul style="list-style-type: none"> • Esta opción podría no exigir la designación de un administrador de activos porque la persona investigada será responsable de los gastos e impuestos. • Si la confiscación no tiene éxito, es poco probable que se responsabilice a las autoridades por las pérdidas de la empresa tras la inmovilización. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las ganancias derivadas de los terrenos y de la empresa no son objeto de confiscación. • Si la empresa se está utilizando para blanquear dinero, esta opción permite que dichas actividades continúen. En este caso, es aconsejable considerar la opción 3.
2. <i>Inmovilizar solo los terrenos y los edificios</i> (arrendar o alquilar el terreno al hotel)	<ul style="list-style-type: none"> • Las ganancias producidas por los terrenos mediante el alquiler serán objeto de confiscación. Esto implicará un menor nivel de gastos. • Las tareas de gestión se limitan a los terrenos y los edificios, por lo que no deberían ser especialmente difíciles o costosas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Quizás siga siendo necesario nombrar un administrador de activos. • Las ganancias del negocio no son objeto de confiscación.
3. <i>Inmovilizar todo</i> (terrenos, edificios y el negocio hotelero)	<ul style="list-style-type: none"> • Todo el valor del activo, incluido el negocio del hotel, se inmoviliza y queda sujeto a la confiscación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Esta es una intervención importante y exige el nombramiento de expertos para supervisar el funcionamiento de la empresa y asegurarse de que sus ganancias sean debidamente inmovilizadas. • Si no se hace lugar a la confiscación, la autoridad podría ser responsable de las pérdidas de la empresa posteriores a la inmovilización.

Nota: El término "activos" se refiere al negocio hotelero de la persona investigada, que funciona en un terreno que también es de su propiedad.

Con respecto a cómo se incauta un bien, el administrador de los activos (o las autoridades encargadas de dicha administración) debe coordinarlo con los profesionales que investigan la causa penal. Si van a ejecutarse órdenes de allanamiento en las instalaciones donde se incautarán los activos, el mejor momento para tomar posesión será durante la ejecución de las órdenes. Cuando las autoridades hayan asegurado el lugar y terminado la búsqueda preliminar de pruebas, el administrador de activos podrá registrar las

instalaciones fácilmente en busca de los activos que esté autorizado a incautar¹⁸. El solicitante de la orden de incautación deberá verificar que el administrador de activos tenga autoridad suficiente para ingresar a las instalaciones, ya que es posible que no tenga las mismas facultades que los funcionarios encargados de la aplicación de la ley.

Cuando la incautación de los activos no depende de una investigación penal (por ejemplo, se realiza para hacer cumplir una orden de incautación en un procedimiento de confiscación sin condena), es posible que haga falta obtener órdenes que autoricen al administrador de los activos a ingresar a las instalaciones para tomar posesión de determinados bienes. En lo referido a la seguridad, los administradores de activos deben coordinar su labor con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, quienes deberán estar preparadas para suministrar agentes a tal fin.

5.5 Momento de aplicación de las medidas provisionales

Saber cuál es el momento adecuado para aplicar las medidas provisionales es uno de los aspectos más difíciles del proceso de confiscación de activos¹⁹. Si se imponen demasiado pronto, se puede alertar a la persona investigada y esta podría cesar sus actividades (lo que haría difícil reunir pruebas e identificar otras cuentas, otros sujetos implicados o las tipologías utilizadas). Sin embargo, si las medidas se adoptan después de que la persona se entera de la investigación, lo más probable es que los activos se hagan desaparecer o se oculten. (En el recuadro 5.8 se brinda un ejemplo de congelamiento rápido de activos). Cuando las medidas provisionales involucran a una jurisdicción extranjera, la interacción mediante la cooperación informal y formal se vuelve fundamental.

Por lo tanto, los profesionales que investigan delitos deberán coordinar su labor con los encargados de la recuperación de activos. Deben estar atentos al riesgo de que la persona en cuestión se entere de la investigación, y ser lo suficientemente ágiles para obtener las medidas provisionales cuando se necesiten. La persona investigada podría ser alertada en cualquiera de las siguientes etapas:

- Cuando se utilizan determinadas técnicas durante una investigación, como allanamientos de residencias o empresas, entrevistas con testigos, órdenes de exhibición de documentos o la emisión de una solicitud de asistencia judicial

¹⁸ A veces, la legislación sobre confiscación faculta a los profesionales intervinientes a incautar los activos incluidos en la orden de inmovilización o aquellos que, en su opinión, son producto o instrumentos del delito. Esto puede eliminar la necesidad de que el administrador de activos esté presente durante el allanamiento; sin embargo, el administrador y los profesionales deberán definir de antemano qué se hará con los activos.

¹⁹ Las cuentas bancarias en Suiza pertenecientes al expresidente tunecino Zine el Abidine Ben Ali fueron congeladas apenas cinco días después de su destitución, y las del expresidente egipcio Hosni Mubarak se congelaron tan solo media hora después de su derrocamiento (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, pág. 22), https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.

RECUADRO 5.8

Perú: Congelamiento proactivo de los activos de Vladimiro Montesinos en Suiza

La devolución de los activos guardados en cuentas bancarias en Suiza por el exasesor presidencial peruano y jefe de inteligencia Vladimiro Montesinos (que se analiza en mayor profundidad en el recuadro 1.3 del capítulo 1) fue posible gracias al marco jurídico suizo referido al lavado de dinero. En cumplimiento de la obligación establecida en la Ley Suiza contra el Lavado de Dinero de informar a la Oficina de Notificación de Lavado de Dinero, los bancos presentaron información sobre los fondos pertenecientes a Montesinos y al exgeneral peruano Nicolás de Bari Hermoza Ríos^a. Los fondos fueron bloqueados, y se dio inicio a una investigación penal. Posteriormente, se informó a las autoridades judiciales peruanas y se envió una solicitud de asistencia judicial a Suiza.

Gracias a la respuesta proactiva de las autoridades suizas, los activos ilegales depositados en las cuentas de Montesinos y Hermoza en Suiza pudieron congelarse sin demora.

a. Consejo Federal Suizo (2002), *Montesinos Case: Switzerland Transfers 77 million US Dollars to Peru* (Caso Montesinos: Suiza transfiere USD 77 millones a Perú), comunicado de prensa, 20 de agosto de 2002, <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-23237.html>.

recíproca, por lo cual es importante asegurarse de que todos los activos hayan sido inmovilizados antes de aplicarlas (o al mismo tiempo).

- En el momento en que la persona investigada es acusada de un delito penal.
- En el momento en que se hace la solicitud de confiscación.

Si se elige un mal momento, se puede provocar la pérdida de los activos y de pruebas adicionales. Los profesionales intervinientes deben iniciar las consultas en las primeras etapas de una investigación y antes de adoptar cualquier medida evidente contra la persona investigada. Debe elaborarse una estrategia que permita alcanzar los objetivos de la investigación penal e inmovilizar o incautar los activos en el momento óptimo.

Las medidas provisionales son menos eficaces en las jurisdicciones que solo permiten ejecutar medidas cuando la persona investigada ya ha sido acusada formalmente. La mayoría de las investigaciones y las tareas de búsqueda pueden llevar meses, si no años, lo que aumenta las probabilidades de que la persona oculte o haga desaparecer los activos, o huya de la jurisdicción. Cabe destacar que algunas jurisdicciones han buscado resolver esta situación permitiendo la aplicación de medidas provisionales en cualquier momento durante la investigación de un delito. Las leyes de confiscación sin condena también permiten inmovilizar o incautar activos mucho antes, dado que la facultad de hacerlo no depende de ningún cargo penal.

En síntesis, el mecanismo que elijan los profesionales intervinientes a menudo dependerá de su conocimiento de los recursos disponibles en la jurisdicción donde estén los activos. A su vez, este conocimiento es, en general, el resultado de haber

recurrido a los canales informales pertinentes para intercambiar información sobre los marcos jurídicos de la jurisdicción requerida y la requirente.

5.6 Excepciones a las órdenes de inmovilización para el pago de los gastos

Algunas jurisdicciones permiten excepciones a las órdenes de inmovilización para pagar ciertas categorías de gastos, como los de manutención de la persona investigada y sus dependientes, los gastos judiciales derivados del procedimiento de confiscación y los relacionados con el procesamiento penal, así como las deudas y los gastos comerciales de buena fe de la persona.

Estas excepciones son un tema controvertido (Greenberg y otros, 2009, pág. 74). Las solicitudes de excepción a las órdenes de inmovilización podrían quitar todo valor a la orden. Por un lado, la persona con activos sujetos a órdenes de inmovilización tendría un incentivo obvio para intentar usar esos bienes (que están bajo amenaza de confiscación) en lugar de los activos no inmovilizados, cuya existencia podría desconocerse. Por otro lado, es necesario tener en cuenta las cuestiones de debido proceso y los derechos de esta persona, como el derecho a un abogado²⁰.

En las jurisdicciones que permiten el uso de los activos inmovilizados, los profesionales intervinientes deben asegurarse de que no haya otros bienes no inmovilizados con los que pagar los gastos²¹. Mediante diversas técnicas de investigación (como las órdenes de exhibición de pruebas o de divulgación), los profesionales pueden encontrar pruebas de la existencia de bienes no inmovilizados dentro o fuera de la jurisdicción y luego usar esa información para argumentar ante el tribunal que no se debe hacer lugar a la excepción porque se dispone de otros activos. En este sentido, cuando las declaraciones realizadas en las divulgaciones o en el testimonio bajo juramento revelan mentiras o contradicciones, resultan útiles para los fiscales porque dañan la credibilidad de quien solicita la excepción. (Véase la sección 5.7 referida a estas órdenes auxiliares).

Cuando se determina que no se dispone de activos no inmovilizados, es probable que quien solicita la excepción tenga que someter el listado de gastos a la consideración del tribunal. Algunas jurisdicciones fijan un límite legal a los honorarios que los abogados pueden cobrar, a menudo una suma similar a los honorarios de la asistencia letrada²².

²⁰ Las jurisdicciones que no permiten tales excepciones por lo general recurren al sistema de asistencia judicial o nombran un curador *ad litem*.

²¹ En algunas jurisdicciones, será responsabilidad del solicitante de la excepción (la persona investigada) demostrar al tribunal a través de una declaración jurada que no tiene activos no vinculados al delito (activos no contaminados) con los que cubrir sus gastos.

²² En Ontario (Canadá), la legislación permite a la persona investigada solicitar al tribunal que se liberen fondos para pagar gastos legales razonables en los casos de confiscación sin condena. Los pagos están sujetos a los límites que se establecen en la Ley de Recursos Civiles (S.O. 2001, c. 28 [Can.]). El máximo de fondos disponibles para gastos legales se calcula como un porcentaje del total de fondos, y se establecen límites a los honorarios legales.

5.7 Órdenes auxiliares

Las órdenes auxiliares son órdenes complementarias a las de inmovilización o incautación y mejoran su eficacia; por ejemplo:

- Obligan a la persona investigada o a las personas asociadas con esta a revelar la naturaleza y la ubicación de los bienes de dicho individuo.
- Colocan los bienes inmovilizados o incautados bajo el control de un administrador de activos (véase el capítulo 6).
- Obligan a la persona investigada a someterse a un interrogatorio bajo juramento sobre sus bienes ante un funcionario del tribunal u otra autoridad competente.
- Exigen a terceros presentar documentación relacionada con los activos de la persona investigada.

Las facultades que permiten solicitar más información e interrogar pueden ser útiles para investigar la existencia de activos complejos y obtener pruebas que permitan oponerse a las solicitudes de financiar gastos utilizando fondos inmovilizados. Los fiscales no deben realizar interrogatorios a menos que estén familiarizados con toda la información disponible sobre los activos y estén en condiciones de evaluar y refutar las pruebas aportadas por el interrogado. La información obtenida de una institución financiera, por ejemplo, podría demostrar que la persona investigada no ha declarado sus bienes, lo que puede dar lugar a cargos por desacato, incumplimiento o declaraciones engañosas.

Para proteger la confidencialidad de la persona investigada o su derecho a no autoincriminarse, las pruebas obtenidas en el contexto de los procedimientos relacionados con órdenes auxiliares no podrán utilizarse en procedimientos penales relacionados²³. El interrogador debe identificar a las personas que pueden ser sometidas a un procedimiento penal y ser consciente de las consecuencias que pueden derivarse si surgen pruebas incriminatorias. Se necesita una estrecha colaboración con los fiscales penales.

5.8 Intereses de terceros

Es inevitable que surjan reclamos de terceros en los casos de inmovilización o incautación de activos. A menudo, las personas investigadas poseen tenencias complejas que involucran a terceros con intereses legítimos (por ejemplo, asociados comerciales e inversores). Un tercero puede tener una participación en un instrumento utilizado en la comisión de un delito, o ser su propietario, sin estar al tanto del uso ilegal que se le dio. En algunos casos, la legitimidad de la participación del tercero podría quedar en

²³ Estas protecciones suelen establecerse en la legislación o consagrarse como derechos constitucionales. En algunas jurisdicciones también se exige que la fiscalía se comprometa formalmente a no utilizar las pruebas obtenidas en un procedimiento penal relacionado.

tela de juicio. Por ejemplo, en los papeles el tercero podría ser propietario de un bien que supuestamente está bajo el control de la persona investigada, o el tercero propietario podría no ser un comprador de buena fe.

Cuando un tercero tiene una participación o un interés en una empresa o en una inversión junto con la persona investigada, los profesionales intervinientes deberán asegurarse de la buena fe de la participación y de que esta no es propiedad de la persona investigada ni está bajo su control. Si no existen motivos para creer lo contrario, es importante redactar la orden de tal manera que los intereses de terceros no se vean afectados por la inmovilización o la incautación. En tales casos, en la orden de inmovilización se puede establecer que la empresa continúe funcionando normalmente, pero con requisitos estrictos de presentación de informes ante el tribunal y bajo la supervisión del administrador de los activos, de tal forma que los terceros no implicados puedan seguir participando en el negocio y beneficiándose de él. Mientras la persona investigada no pueda participar en el manejo del negocio, cualquier beneficio que deba pagársele se mantendrá en una cuenta de custodia.

Si los activos son propiedad conjunta de una persona investigada y de un inversor inocente que ha utilizado fondos lícitos para invertir en el bien sin ser cómplice de manera alguna en la actividad ilícita, es posible que no sea adecuado obtener una orden de inmovilización para la totalidad de los activos. En cambio, podría ser suficiente con inmovilizar la participación de la persona investigada en un activo específico. En la práctica, esa orden bloqueará todas las operaciones relacionadas con la propiedad, dado que al tercero le resultará difícil actuar únicamente con su parte. Sin embargo, esta forma de redactar la orden dejará claro ante el tercero que no se pretende confiscar su parte, con lo que se evitarán conflictos innecesarios.

El bien objeto de confiscación a menudo está afectado por derechos de retención o garantías en poder de personas o entidades que no han participado en el uso ilícito de los activos o lo desconocen (por ejemplo, un banco que ha emitido un préstamo). Algunas jurisdicciones han simplificado el proceso para reconocer al acreedor como parte inocente cuando se demuestra que no fue cómplice en la actividad ilegal. En otras jurisdicciones se exige que los titulares de derechos de retención, como cualquier otra parte interesada, presenten oportunamente sus reclamos durante el procedimiento de confiscación; si no lo hacen, el derecho de retención queda extinguido a raíz del procedimiento. Cuando se completa el procedimiento y los activos se confiscan y se venden, se paga al acreedor de buena fe con los ingresos obtenidos.

En todos los casos, los profesionales intervinientes deben estar abiertos a las presentaciones de terceros y, cuando sea posible, permitir que se modifique la orden de inmovilización o se liberen los activos o instrumentos obtenidos de manera legítima²⁴.

²⁴ Al liberar esos bienes, los profesionales deben asegurarse de que el tercero otorgue documentos de exoneración, liberando de responsabilidad a los funcionarios públicos y los contratistas que hayan participado en la incautación o inmovilización y renunciando a cualquier reclamación futura en su contra.

No obstante, cuando las explicaciones no son satisfactorias o verificables, o cuando exista un interés público apremiante para incautar los activos (por ejemplo, una casa donde se desarrollan actividades de narcotráfico), corresponde al tribunal expedirse en cuanto a las reclamaciones de terceros, de conformidad con los criterios establecidos en la ley para la protección o la exclusión de los intereses de terceros en las medidas de inmovilización o incautación. (Véase en la sección 7.5 del capítulo 7 un análisis de los intereses de terceros durante la etapa de confiscación)²⁵.

Cuando los activos pertenecen a una sociedad comercial que está atravesando un procedimiento de insolvencia, los profesionales deben tener en cuenta la posibilidad de que surjan reclamos de terceros, y deberán tener presentes los requisitos que establece la ley para notificar a terceros que los activos están incluidos en una investigación sobre recuperación de activos. (Véase también la sección 10.5 del capítulo 10, referida a los procedimientos de insolvencia y los derechos de los acreedores).

5.9 Alternativas a las medidas provisionales

Si bien las medidas provisionales son el mecanismo preferido para inmovilizar los activos, en algunos casos las pruebas no son suficientes para obtener la orden necesaria. En esa situación, los profesionales intervinientes deben buscar otras alternativas para lograr el mismo resultado.

En muchas jurisdicciones, la legislación contra el lavado de dinero —en particular, la obligación de denunciar las actividades o las transacciones sospechosas— puede proporcionar estas herramientas alternativas para proteger los activos. Las UIF pueden tener autoridad administrativa para inmovilizar fondos o negarse a liberarlos tras recibir un ROS o un RAS de una institución financiera. En general, esta facultad tiene un límite temporal y debe utilizarse para verificar la solidez de las sospechas de lavado de dinero.

Por su parte, las instituciones financieras también pueden decidir de manera independiente inmovilizar cuentas para evitar verse involucradas en una trama de lavado de dinero. Como resultado, si el profesional interviniente notifica a una institución financiera que un funcionario corrupto ha sido acusado formalmente o que ha habido actividad sospechosa, la situación podría levantar sospechas suficientes para que el banco emita un ROS o un RAS, y llevar a la UIF o al banco a valerse de uno de estos medios alternativos para inmovilizar los fondos. Los profesionales deben asegurarse de que este método no infrinja ningún procedimiento jurídico.

Otra posibilidad es que las autoridades presenten una “Mareva por carta” (descrita en mayor profundidad en la sección 10.3.2 del capítulo 10), que no es más que una

²⁵ Dependiendo de las leyes de la jurisdicción y de las circunstancias del caso, cabe el riesgo de que el Gobierno tenga que pagar daños y perjuicios si la orden de confiscación no tiene éxito y si se determina que se generaron pérdidas (en el valor de la propiedad o los ingresos) y que el administrador de activos debería haber entregado los bienes al tercero.

advertencia que se envía por escrito a un banco para indicar que el origen de los fondos de una cuenta se vincula con una actividad delictiva. Esto puede activar la obligación del banco de implementar el proceso de diligencia debida y presentar informes, y generar la responsabilidad correspondiente si los fondos se transfieren. Finalmente, en ocasiones los profesionales intervinientes pueden considerar la posibilidad de realizar ventas auxiliares de los activos según lo autoricen los tribunales.

Bibliografía

- Cissé, Hassane, Sam Muller, Chantal Thomas, and Chenguang Wang, eds. 2013. *The World Bank Legal Review, Volume 4: Legal Innovation and Empowerment for Development*. Washington, DC: World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>.
- FDEA (Swiss Federal Department of Foreign Affairs). 2016. “No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets.” Booklet, FDEA, Bern.
- Greenberg, Theodore S., Linda M. Samuel, Wingate Grant, and Larissa Gray. 2009. *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/default/files/Non%20Conviction%20Based%20Asset%20Forfeiture.pdf>.
- Home Office (Government of the United Kingdom). 2017. *Explanatory Notes: Criminal Finances Act 2017, Chapter 22*. Norwich, UK: The Stationery Office (TSO). https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/pdfs/ukpgaen_20170022_en.pdf.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2015. “Digest of Asset Recovery Cases.” Study, UNODC Corruption and Economic Crime Branch, United Nations, New York. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-05350_Ebook.pdf.

6. Administración de los activos sujetos a confiscación

6.1 Observaciones preliminares

Una vez que los activos quedan inmovilizados mediante medidas provisionales, las autoridades deben velar por su seguridad y mantener su valor hasta que sean confiscados (o liberados), proceso que a menudo lleva varios años. En algunos casos, es posible avanzar con la incautación o la inmovilización sin la necesidad de supervisar y administrar los activos de manera continua. Por ejemplo, una vez que se ha notificado a un banco una orden de inmovilizar o congelar una cuenta, se puede confiar en que este se asegurará de bloquear efectivamente la cuenta, dado que podría ser demandado por daños o sancionado por las autoridades de supervisión si se transfieren fondos desde la cuenta. Pese a esto, en algunas jurisdicciones los profesionales intervinientes pueden preferir que los fondos se transfieran a una cuenta estatal.

Sin embargo, otros tipos de activos, como los vehículos de inversión sofisticados, el ganado exótico o valioso, o los bienes inmuebles, los automóviles o botes de lujo y los vinos de precio elevado podrían exigir enfoques más específicos para su mantenimiento, control y gestión. Por lo tanto, es esencial que los sistemas de confiscación de activos sean lo suficientemente flexibles para poder controlar y administrar los activos pendientes de confiscación, y que puedan venderlos y pagar con los ingresos al Estado, al Gobierno o a otros beneficiarios autorizados tras la confiscación¹.

El punto de partida para establecer un sistema funcional de gestión de activos es un marco legislativo apropiado con regulaciones adecuadas que permitan mantener los bienes y preservar su valor económico de forma eficiente, transparente y flexible. Para establecer este sistema se requerirá, entre otras cosas, asignar una cantidad suficiente de recursos apropiados. A menudo, esto implica designar una autoridad centralizada competente para gestionar y controlar los activos, y nombrar personal superior con las destrezas administrativas y de gestión necesarias para supervisar el programa, dado

¹ La comunidad internacional ha reconocido la importancia de la gestión de los activos incautados; véase la UNCAC, artículo 31 3). También se ha brindado orientación sobre el tema en una publicación del G8 Lyon/Roma Group (Grupo Lyon/Roma del G-8) (2005), <https://docplayer.net/16960901-G8-best-practices-for-the-administration-of-seized-assets.html>, y en el trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) titulado *Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Related Offenses* (Ejemplos de normas sobre delitos de lavado de dinero relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos), artículo 7, 13 de marzo de 1992, Secretaría General de la OEA, Washington, DC.

que la estructura de los organismos encargados de hacer cumplir la ley tal vez carezca de las destrezas y los recursos adecuados.

Si bien algunos Estados pueden tener cierta capacidad básica en este ámbito (por ejemplo, pueden contar con un organismo encargado de hacer cumplir la ley con facultades para incautar y conservar bienes que demuestren la comisión de delitos penales), en general suelen presentar limitaciones para incautar, inmovilizar y confiscar una amplia gama de activos. Sin una legislación cuidadosamente redactada, sin regulaciones y sin financiamiento para administrar los activos, incluso los mejores sistemas de confiscación pueden perder su eficacia por no ser capaces de administrar los bienes incautados. En 2017, la UNODC publicó un informe con orientaciones útiles sobre el desarrollo de marcos jurídicos y de políticas y con experiencias sobre la gestión cotidiana de activos incautados y confiscados (UNODC, 2017).

Finalmente, se necesitan recursos en todas las etapas de la confiscación de los activos, incluidas las tareas de rastreo, inmovilización, administración y liquidación. La administración de activos puede ser costosa. Exige mecanismos que aseguren un financiamiento previsible, continuo y adecuado. En algunos casos, la administración puede financiarse con cargo al presupuesto general, y en otros se financia mediante un fondo de confiscación. Esta cuestión ha sido abordada en otras publicaciones de la serie StAR del Banco Mundial (Greenberg y otros, 2009, pág. 90; World Bank [Banco Mundial], 2009). La comunidad internacional, mediante diversas organizaciones internacionales y regionales, también ha respaldado iniciativas encaminadas a brindar asistencia técnica y financiamiento para el proceso de recuperación de activos².

6.2 Actores clave en la administración de activos

Como se ha señalado, la confiscación de activos exige esfuerzos coordinados de personas y organismos con diversas habilidades, entre ellos, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, fiscales, jueces de instrucción, analistas financieros y el administrador de los activos o el organismo a cargo de la administración de los activos. Si bien un grupo puede participar más activamente que otro en algún momento, es importante que todos estén informados sobre el avance del caso, desde el principio hasta el final.

Los administradores de los activos deben tener las habilidades, los recursos y la autoridad legal para lo siguiente:

- Antes de una incautación, ofrecer asesoramiento indicando si la incautación y la confiscación son lógicas desde el punto de vista económico, considerando los

² Por ejemplo, como resultado de una iniciativa patrocinada por la UE, y con el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI) como organismo de ejecución, Libia ha establecido una oficina de recuperación y gestión de activos tomando en cuenta las mejores prácticas aplicadas por varios países de la UE. Mediante la misma iniciativa, el UNICRI ha ayudado a varios países a rastrear y recuperar activos robados (EC [CE], 2018, pág. 8).

costos de depósito y mantenimiento, el valor de los bienes y las responsabilidades que surgirían en caso de pérdida o daño.

- Velar por la seguridad y el valor de los activos pendientes de confiscación (lo que incluye la venta de los activos que se deprecian con rapidez).
- Cuando sea necesario, contratar a agentes con conocimientos especializados para llevar a cabo la gestión.
- Determinar si se conservan o se liquidan los activos cuyo valor puede fluctuar.
- Liquidar los activos a un precio justo tras la confiscación.
- Distribuir los ingresos de acuerdo con la legislación aplicable tras el pago de todos los gastos necesarios.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los fiscales o los tribunales podrían no disponer de estas habilidades, recursos o facultades jurídicas. Por lo tanto, las autoridades deberán buscar maneras de obtener o generar los conocimientos necesarios mediante una de las siguientes opciones:

- *Establecer una oficina o agencia independiente y especializada para la administración de los activos*, que deberá encargarse de gestionar los bienes incautados o inmovilizados, contratar administradores de activos calificados, llevar a cabo la planificación y el análisis previos a la inmovilización y coordinar la venta o liquidación posterior a la confiscación (como en el caso, por ejemplo, del Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados [AGRASC], de Francia, que se analiza en el recuadro 6.1)³.

³ El GAFI ha recomendado crear oficinas de administración de activos (FATF [GAFI], 2012, págs. 9 y 10, párrs. 26 y 27). La Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN), con sede en La Haya, también recomendó en su Reunión General Anual de 2008 la creación de tales oficinas. Algunos ejemplos de oficinas especializadas de administración de activos incluyen, entre otros, los siguientes: a) la Dirección de Gestión de Bienes Incautados, de Canadá; b) la Agencia Nacional de Administración de Activos Incautados (Agenția Națională de Administrare a Bunurilor Indisponibilizate, ANABI), de Rumania, <https://anabi.just.ro/en/The+mission+and+the+tasks+of+the+Agency>; c) la Agencia de Recuperación y Gestión de Activos (ARMA), de Ucrania, <https://arma.gov.ua/en/>; d) la Oficina Central de Incautación y Confiscación (COSC), de Bélgica, <https://ec.europa.eu/avservices/photo/photoByReportage.cfm?sitelang=en&ref=020472>; e) la Oficina de Gestión de Activos de la Administración de Privación de Activos de Origen Delictivo de los Países Bajos (Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie, BOOM), <https://www.prosecutionservice.nl/>; f) la Agencia Nacional de Activos Incautados y Confiscados (Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata, ANBSC), de Italia, <https://www.benisequestraticonfiscati.it/>; g) la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), de España, <https://www.mjjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/oficina-recuperacion-gestion>; h) la Oficina de Administración de Activos (Gabinete de Administração de Bens, GAB), de Portugal, <https://igfej.justica.gov.pt/Gabinete-de-Administracao-Bens>; i) el AGRASC (analizado en el recuadro 6.1); j) el Cuerpo de Alguaciles de Estados Unidos, que se encarga de varios tipos de activos, <https://www.usmarshals.gov/>; k) la Oficina de Lucha contra el Lavado de Dinero (AMLO), de Tailandia, <http://www.amlo.go.th/index.php/en/about-amlo/vision-and-mission>; l) la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), de Perú, <https://www.gob.pe/comision-nacional-de-bienes-incautados>, y m) la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI), de Honduras, <https://oabi.gob.hn/>.

Descripción general: La creación del AGRASC es una iniciativa de recuperación de activos que otros países pueden tener en cuenta^a. El AGRASC, órgano administrativo que funciona bajo la supervisión doble de los ministerios de Justicia y de Presupuesto, fue creado mediante la Ley 768/2010 de 9 de julio de 2010, y su objetivo es facilitar la incautación y confiscación en el marco de causas penales. Esta ley ha ampliado el alcance de los bienes que pueden quedar sujetos a incautación y confiscación, y ha establecido procedimientos especiales de incautación penal con fines de confiscación.

El organismo está bajo la dirección de un magistrado, y su directorio (también presidido por un magistrado) está conformado por funcionarios de los ministerios pertinentes, incluidos los de Justicia, de Asuntos Internos y de Presupuesto. Francia ha designado a este organismo como la oficina para la recuperación de activos de conformidad con la Decisión 2007/845/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2007^b.

Misión: La principal misión del AGRASC es brindar asistencia a los jueces y orientarlos en lo referido a las incautaciones y confiscaciones. En particular, se encarga de lo siguiente:

- Garantizar la gestión centralizada de los activos incautados (a la espera de una sentencia definitiva) en una cuenta que debe abrir en la Caisse des Dépôts et Consignations (Fondo de Depósitos y Consignaciones), institución bancaria pública.
- Llevar a cabo antes del juicio todas las ventas de los bienes muebles incautados cuando se haya determinado que un bien ya no es necesario para probar la verdad y que posiblemente pierda valor; en ese caso, el producto de la venta se deposita en la cuenta de la Caisse des Dépôts et Consignations.
- Devolver la suma depositada en la cuenta de la Caisse des Dépôts et Consignations (como consecuencia de la venta previa al juicio) al propietario del bien si resulta absuelto o si el activo no se confisca.
- Dar difusión a las confiscaciones de bienes inmuebles.
- Gestionar todos los activos que deban administrarse, y disponer de tales activos o destruirlos una vez que hayan sido confiscados.
- Administrar los activos incautados, lo que incluye vender y distribuir sus productos para cumplir solicitudes de asistencia internacional o cooperar con autoridades judiciales extranjeras.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 6.1

Francia: Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados (*continuación*)

- Asegurarse de que los acreedores o las víctimas reciban notificación antes de ejecutar cualquier sentencia que exija pagar una restitución o una indemnización a partes civiles usando los bienes confiscados.

Financiamiento: El AGRASC se financia principalmente mediante los intereses sobre las sumas incautadas y el producto de las confiscaciones ordenadas por los tribunales^c. El organismo ha logrado autofinanciarse desde 2012, en particular a partir de los intereses sobre las inversiones de las sumas incautadas depositadas en la Caisse des Dépôts et Consignations.

a. Véase el sitio web del AGRASC en <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/>.

b. Véase *Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito* (OJ L 332, 18/12/2007), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32007D0845>.

c. Senado francés (2017), "Pour que le 'Crime ne Paie Pas': Consolider L'Action de l'AGRASC (Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués)" (Para que "el delito no pague": Consolidar la acción del Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados [AGRASC]), boletín informativo n.º 421, 15 de febrero de 2017 (consultado el 1 de septiembre de 2018), <https://www.senat.fr/rap/r16-421/r16-4210.html>.

- *Creación de una unidad de gestión de activos dentro de un organismo ya existente.* La gestión de los activos sujetos a confiscación puede asignarse de manera exclusiva a una unidad de una dependencia gubernamental específica⁴. Cualquier dependencia con conocimientos sobre gestión de activos podrá ofrecerse para constituir tal unidad⁵.

⁴ En Colombia, la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) tiene una unidad especializada en la gestión de activos encargada de administrar los activos incautados o inmovilizados de conformidad con la legislación nacional contra el narcotráfico. En Estados Unidos, el Cuerpo de Alguaciles, organismo encargado de hacer cumplir la ley que tiene facultades generales, ha estado llevando a cabo funciones de gestión de activos en el marco del Programa de Confiscación de Activos de EE. UU. desde 1984 (<https://www.usmarshals.gov/assets/>, consultado el 1 de septiembre de 2018).

⁵ Un ejemplo es el Servicio de Insolvencia y Custodia de Australia (ITSA), la oficina del Gobierno responsable de administrar las leyes de quiebra e insolvencia. Además de cumplir su función principal de administrar masas concursales y gestionar los activos de individuos en quiebra o empresas insolventes, la oficina también ofrece servicios especializados de administración de activos en apoyo de las iniciativas federales de confiscación de Australia.

- *Tercerizar la gestión de los activos.* En las jurisdicciones donde no sea posible crear una oficina de gestión de activos o establecer una unidad dentro de un organismo existente, podría ser aconsejable contratar a fiduciarios privados locales que administren los bienes⁶.

6.3 Atribuciones del administrador de activos

Los administradores de activos ejercen su autoridad en virtud de las leyes vigentes, de órdenes del tribunal o de sentencias judiciales, que a menudo les otorgan importantes facultades para recopilar información a fin de ayudarlos en su tarea.

6.3.1 Atribuciones legales

Cuando un tribunal asigna a una oficina de administración de activos el control de los bienes de conformidad con una orden de inmovilización o de incautación, debe dotar a dicha oficina (o al administrador) de facultades legales para que lleve a cabo todas las funciones necesarias. Por lo general, estas atribuciones se conceden en virtud de las leyes sobre confiscación⁷, las leyes sobre administración de activos, las leyes contra el lavado de dinero y la jurisprudencia. Dichas atribuciones deben incluir las siguientes:

- Autoridad para transferir o ceder la administración de los activos a una persona o entidad competente.

⁶ Sudáfrica es un ejemplo de una jurisdicción que se vale de fiduciarios privados, o curadores de bienes, que ofrecen servicios de gestión de activos en apoyo de la aplicación de la Ley de Prevención de la Delincuencia Organizada de 1998. Esta norma permite al tribunal nombrar personas que administren los bienes incautados o inmovilizados en virtud de la ley y los vendan en cumplimiento de las órdenes de confiscación. La Unidad de Confiscación de Bienes de la Fiscalía Nacional de Sudáfrica ha elaborado un manual para orientar a las personas designadas como curadoras de bienes. En Bélgica y en Francia, la gestión de activos complejos puede asignarse a administradores designados por el tribunal. De manera similar, en Italia, se asigna a administradores de activos nombrados por el tribunal la tarea de gestionar los bienes que se reutilizarán con fines sociales en el marco de la legislación antimafia del país. También se recurre a entidades del sector privado para que brinden servicios relacionados con la venta, la transferencia y la determinación del valor de los activos, entre otros (Working Group on Asset Recovery [Grupo de Trabajo sobre Recuperación de Activos], 2017, págs. 57 y 59, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2017-August-24-25/V1705952e.pdf>). La remuneración y los gastos de estos profesionales especializados es a menudo una cuestión que debe resolverse de antemano, como se analiza en mayor profundidad en la sección 6.9.

⁷ Por ejemplo, tras la revolución de Túnez, el nuevo Gobierno ordenó la confiscación de los bienes del presidente depuesto Zine el Abidine Ben Ali, de conformidad con un decreto (Decreto Ley n.º 2011-13), que abarcaba a 114 personas, entre ellas, Ben Ali y sus familiares. Los activos incautados incluían propiedades, botes, yates, carteras de acciones, cuentas bancarias y al menos 662 empresas, por un valor total de alrededor de USD 13 000 millones (Rijkers, Freund y Nucifora, 2014). (Para obtener más información sobre el caso contra Ben Ali y su familia, véanse el recuadro 2.6 del capítulo 2 y el recuadro 5.3 del capítulo 5). Sin embargo, el decreto de 2011 fue revocado en 2015, tras una apelación de la familia de Ben Ali. Véase Tarek Amara (2015), “Tunisian Court Annuls Confiscation of Ousted President’s Assets” (Tribunal tunecino anula confiscación de activos del presidente destituido), Reuters, 10 de junio de 2015, <https://www.reuters.com/article/us-tunisia-corruption-idUSKBN0OQ19A20150610>.

- Autoridad para adoptar decisiones cotidianas dirigidas a gestionar los activos y pagar todos los costos, gastos y desembolsos derivados de la inmovilización o incautación y la gestión de los activos.
- Autoridad para vender los bienes incautados o inmovilizados que estén en forma de acciones, valores u otras inversiones.
- Autoridad para asegurar los activos que están bajo su control.
- En el caso de una empresa, autoridad para dirigir el negocio, incluida la posibilidad de contratar o despedir empleados, contratar a un gerente si fuera necesario y adoptar las decisiones necesarias para gestionar el negocio con prudencia.
- En el caso de las acciones de una empresa, autoridad para ejercer los derechos de voto y otros derechos vinculados con las acciones, como si el administrador fuera su titular registrado.
- Autoridad para pagar los sueldos del administrador de activos y las personas que participan en la gestión, de acuerdo con una escala definida, una norma o una orden judicial que esté sujeta a divulgación plena y a una auditoría obligatoria (esto también se analiza en la sección 6.9, sobre los honorarios que deben pagarse a los administradores de activos)⁸.

En algunas ocasiones se asigna a los administradores de activos facultades para gestionar activos sujetos a depreciación o percederos (en particular, la facultad de realizar ventas interlocutorias previas a la entrada en vigor de una orden de confiscación definitiva) (véase la sección 6.5.7, referida a los activos percederos o sujetos a depreciación). Si los administradores no tienen facultades para gestionar activos percederos, o si se enfrentan a algún problema administrativo para el cual la legislación no brinda orientación ni facultades específicas, es posible que tengan que recurrir al tribunal que emitió la orden de inmovilización para solicitarle orientaciones y autoridad. Sin embargo, este proceso puede requerir mucho tiempo y dinero.

6.3.2 Atribuciones para recopilar información

Las leyes de confiscación de activos a menudo incluyen atribuciones para recopilar información. En muchos casos, estas atribuciones únicamente pueden ser ejercidas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los fiscales o los jueces de instrucción. Pese a esto, a veces son ejercidas por administradores de activos que han sido designados para hacerse cargo de activos cuya naturaleza y ubicación exactas se desconocen, o para hacer cumplir sentencias pecuniarias basadas en el valor u órdenes de pago de beneficios. Estas atribuciones pueden incluir la facultad para emitir órdenes de exhibición de documentos, órdenes de allanamiento para encontrar documentos necesarios para rastrear los activos, la obtención de declaraciones obligatorias de la persona investigada para conocer el paradero de los activos, y los interrogatorios.

⁸ En algunas jurisdicciones, la remuneración de los administradores de activos se paga con los activos confiscados. No se recomienda que los salarios de los profesionales responsables de las decisiones relacionadas con la investigación o el litigio previos a la confiscación se paguen directamente con esos fondos, ya que puede dar la impresión de que los activos se incautan para obtener beneficios monetarios. (Véase también la sección 2.7 del capítulo 2, sobre cómo obtener el apoyo y los recursos adecuados, así como las críticas al Plan de Incentivos para la Recuperación de Activos del Reino Unido [ARIS]).

Ejercer la facultad de ordenar a una persona investigada que revele al administrador en una declaración jurada la naturaleza y la ubicación de los activos es una táctica útil que puede emplearse tanto en las jurisdicciones de derecho anglosajón como de derecho civil⁹, dentro de los límites de las disposiciones que protegen contra la autoincriminación. Incluso si la persona no da a conocer la existencia o la ubicación de un bien anteriormente desconocido, tal declaración, o incluso la negativa a hacerla, puede ser útil para defenderse si posteriormente dicho sujeto solicita acceder a los activos inmovilizados para pagar los honorarios de los abogados o sus gastos de manutención¹⁰. Además, las declaraciones falsas o la negativa a revelar información a menudo pueden conducir a que se procese a la persona investigada por desacato o por incumplimiento de la orden de divulgación. Asimismo, la facultad de interrogar bajo juramento a la persona investigada, a sus asociados o a sus asesores profesionales (por ejemplo, contadores, agentes y abogados) puede ser útil para rastrear los activos.

6.4 Registros de inventario e informes

Cuando un administrador se hace cargo de activos inmovilizados, es imprescindible llevar un registro detallado de los bienes y de las transacciones referidas a ellos. El administrador elabora un inventario detallado con la descripción de los bienes y su estado, y lo actualiza oportunamente¹¹. Estos registros deben complementarse con fotografías o grabaciones de video que muestren el estado de los activos en el momento de la incautación o inmovilización. A su vez, deben obtenerse las tasaciones de los activos e incluirlas en los registros. Estos documentos pueden proteger al administrador de activos y al solicitante de la orden de inmovilización frente a reclamaciones posteriores contra el personal o los agentes del administrador por daños a los bienes.

Los administradores también deben dejar constancia de cualquier problema de administración o defectos detectados en el momento de la incautación o inmovilización (por ejemplo, un techo con goteras en un depósito de bienes). Los administradores deben transmitir esta información al tribunal, al fiscal o a ambos para que puedan adoptarse las medidas adecuadas y no se los responsabilice por las condiciones preexistentes.

La presentación de informes también es importante para la eficacia del sistema de administración de activos. Aumenta la transparencia de las actividades de administración y puede generar conciencia entre el público acerca del propósito y los logros de la oficina. Se deben entregar informes sobre los casos específicos al solicitante de la orden de inmovilización y, si la ley lo exige, al tribunal. El informe debe incluir el inventario y su valoración. Además, es posible que se soliciten informes anuales sobre las actividades generales de la unidad y estadísticas globales.

⁹ Las autoridades de Brasil y del Reino Unido pueden solicitar dichas órdenes de divulgación.

¹⁰ Estos interrogatorios a veces vulneran el derecho de la persona a no autoincriminarse. Cuando esto sucede, en general las autoridades no pueden utilizar ninguna de las pruebas obtenidas en esos interrogatorios en los procedimientos penales relacionados.

¹¹ Para mantener un inventario actualizado, puede ser esencial contar con apoyo tecnológico. Algunas jurisdicciones cuentan con sistemas computarizados de rastreo diseñados específicamente para estos fines.

6.5 Tipos de activos más comunes y problemas asociados

Los activos pasibles de confiscación pueden incluir dinero en efectivo, cuentas bancarias e instrumentos financieros; bienes raíces; vehículos, embarcaciones y aeronaves; empresas; ganado y establecimientos agropecuarios; metales preciosos, joyas y obras de arte, y activos perecederos y sujetos a depreciación. En un único caso puede confiscarse una amplia variedad de activos (como se ilustra en el recuadro 6.2, sobre la confiscación de bienes pertenecientes al funcionario chino retirado Zhou Yongkang). La confiscación de estos tipos de activos puede entrañar diversos desafíos, que se analizan en las subsecciones siguientes.

RECUADRO 6.2

China: Confiscación de activos por USD 14 500 millones a Zhou Yongkang y asociados

Antecedentes: Como parte de una campaña contra la corrupción, las autoridades chinas acusaron a Zhou Yongkang, exministro de Seguridad Interna de China, de estar involucrado en uno de los escándalos de corrupción más grandes del país. El exministro fue acusado de abuso de funciones, cohecho y divulgación de secretos de Estado, y condenado a cadena perpetua en junio de 2015^a.

Confiscación de activos: Para marzo de 2014, las autoridades chinas habían confiscado activos por un valor de al menos CNY 90 000 millones (90 000 millones de yuanes chinos, equivalentes a USD 14 500 millones) a sus familiares y allegados. En particular, se congelaron depósitos bancarios por un total de CNY 37 000 millones, y también se incautaron bonos nacionales y extranjeros por un valor combinado de CNY 51 000 millones^b.

Además, las autoridades chinas confiscaron alrededor de 300 bienes inmuebles, entre ellos, casas de campo y apartamentos por un valor aproximado de CNY 1700 millones, antigüedades y pinturas por CNY 1000 millones y más de 60 vehículos. Las incautaciones también incluyeron licores costosos, oro, plata y dinero en efectivo en moneda nacional y extranjera. Al parecer, la mayoría de los activos incautados no estaban a nombre de Zhou Yongkang, sino que pertenecían a sus familiares, aliados políticos y personal^c.

a. Michael Forsythe (2015), "Zhou Yongkang, Ex-Security Chief in China, Gets Life Sentence for Graft" (Zhou Yongkang, exjefe de Seguridad en China, condenado a cadena perpetua por corrupción), *The New York Times*, 11 de junio de 2015, <https://www.nytimes.com/2015/06/12/world/asia/zhou-yongkang-former-security-chief-in-china-gets-life-sentence-for-corruption.html>.

b. Benjamin Kang Lim y Ben Blanchard (2014), "China Seizes \$14.5 Billion Assets from Family, Associates of Ex-Security Chief: Sources" (China incauta activos por USD 14 500 millones a familiares y asociados de exjefe de Seguridad: Fuentes), Reuters, 30 de marzo de 2014, <https://www.reuters.com/article/us-china-corruption-zhou/exclusive-china-seizes-14-5-billion-assets-from-family-associates-of-ex-security-chief-sources-idUSBREA2T02S20140330>. No está claro qué porcentaje del total tenía origen en actividades delictivas.

c. Lim y Blanchard, "China Seizes \$14.5 Billion Assets" (China incauta activos por USD 14 500 millones), 30 de marzo de 2014.

6.5.1 Incautación de dinero, cuentas bancarias e instrumentos financieros

El dinero es a menudo difícil de rastrear, pero por lo general es fácil de administrar. El efectivo incautado, a excepción del que se utilice como prueba, suele conservarse en

una cuenta que genera intereses¹². En las jurisdicciones donde se inmovilizan o incautan cuentas bancarias, pueden aplicarse políticas similares¹³.

También deberán incautarse los instrumentos financieros (como los cheques de caja, los giros postales, los certificados de depósito, las acciones, los bonos y las cuentas de corretaje), valiéndose de procedimientos que preserven o rescaten su valor. (Véanse en el recuadro 6.3 las dificultades que se plantean en la confiscación de activos virtuales).

En el caso de las acciones, los bonos y las cuentas de corretaje, deberá designarse un profesional (por ejemplo, un corredor de bolsa) para que valore los activos y determine la mejor manera de preservar su valor. En algunos casos, este profesional puede requerir contar con facultades para a) ejercer su criterio en la decisión de mantener o liquidar un activo cuyo valor puede fluctuar debido a las condiciones de mercado, y b) quedar eximido de responsabilidades si la decisión da lugar a una pérdida financiera.

6.5.2 Bienes inmuebles (tierras)

Como cuestión inicial, los tribunales y las autoridades de aplicación de la ley querrán determinar si a) es necesario incautar bienes inmuebles (es decir, entregar su posesión al Gobierno); b) los dejarán bajo la custodia de su propietario, con sujeción a una orden judicial de inmovilización, acompañada de un aviso en los registros de tierras, o c) ambos. En algunas jurisdicciones, la autoridad que incauta un activo puede decidir si será el propietario o un tercero el que se encargará de mantenerlo y administrarlo. Como regla general, a menos que se esté desarrollando una actividad delictiva, no se exige incautar físicamente la propiedad.

En las jurisdicciones con un sistema de tenencia de tierras eficiente, en el que la propiedad y los embargos preventivos quedan consignados en un registro central de tierras o en una oficina de títulos de propiedad¹⁴, dejar asentado un gravamen o cualquier otro aviso de embargo preventivo en los registros públicos es un trámite bastante sencillo. Esto permite advertir a cualquier posible comprador independiente a quien una persona investigada pudiera intentar vender la tierra que dicho terreno está sujeto a un procedimiento de confiscación. En la mayoría de los casos, este gravamen o notificación será suficiente para impedir que la persona investigada transfiera la propiedad a título oneroso a un comprador, que posteriormente podría afirmar que es su titular de buena fe. Si se estima necesario, podrán imponerse sanciones judiciales a la persona investigada por intentar vender, gravar o degradar de alguna otra forma el

¹² Antes de decidir depositar el dinero en un banco, debe considerarse el valor probatorio del efectivo incautado. Dichas medidas, cuando no se envía notificación previa a las partes interesadas, pueden dar lugar a reclamaciones por destrucción intencional de la prueba. Véase un análisis de la política del Departamento de Justicia de Estados Unidos que exige depositar el efectivo incautado, en Estados Unidos c. USD 209 815 en moneda de EE. UU., 2015 WL 5970186, *7-8 N.D. Cal. (2015).

¹³ En Suiza, la Asociación Suiza de Banqueros y los organismos encargados de hacer cumplir la ley han trabajado juntos en un sistema para gestionar las cuentas bancarias sujetas a confiscación.

¹⁴ Los sistemas más antiguos suelen estar plasmados en libros que se ponen a disposición del público, mientras que los más nuevos tienen formato electrónico, y a menudo puede accederse a ellos a través de bases de datos en línea.

valor de la propiedad antes de la confiscación; sin embargo, tal vez sea necesario que un tribunal dicte una orden judicial de inmovilización.

RECUADRO 6.3

Algunas cuestiones sobre la confiscación de activos virtuales

Según la recomendación 15 del GAFI (referida a las nuevas tecnologías), los países deben considerar los activos virtuales como “bienes”, “ganancias”, “fondos”, “fondos u otros activos” u otro “valor correspondiente” (FATF [GAFI], 2019, pág. 70, párr. 1). La confiscación de activos virtuales puede plantear desafíos técnicos y obligar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley a valerse de recursos e instrumentos jurídicos que no fueron diseñados con estos activos en mente (Keatinge, Carlisle y Keen, 2018, pág. 57).

Para ser capaces de confiscar criptomonedas como el bitcoin, los organismos encargados de hacer cumplir la ley deberían considerar la posibilidad de tener billeteras de criptomonedas a las que transferir los activos virtuales incautados durante una investigación, a la vez que analizan si contratarán pólizas de seguros en caso de pérdida de dichos activos (Keatinge, Carlisle y Keen, 2018, pág. 60)^a. Los profesionales intervinientes deben tener presente que la volatilidad del valor de las criptomonedas dificulta las ventas interlocutorias.

Si la bolsa de activos virtuales opera fuera de la jurisdicción, puede ignorar las solicitudes de bloquear los fondos o de transferirlos a la billetera, en cuyo caso los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden verse obligados a establecer relaciones con otros países para dar efecto a tales solicitudes^b. Cuando los activos permanecen en la billetera original del delincuente, de todos modos persiste el riesgo de que sean transferidos, dado que el delincuente quizás siga teniendo acceso a la frase clave o a la contraseña^c.

a. Véase también el análisis sobre las monedas virtuales en la sección 4.2.5 del capítulo 4.

b. RBC (RosBiznesConsulting) (2019), “The Ministry of Internal Affairs Will Develop a Mechanism for the Arrest and Confiscation of Cryptocurrencies” (El Ministerio de Interior desarrollará un mecanismo para inmovilizar y confiscar criptomonedas), *Finance News*, 7 de noviembre de 2019 (consultado el 20 de mayo de 2020), <https://www.rbc.ru/finances/07/11/2019/5dc160019a7947c61a5119a3>.

c. Lubomir Tassev (2020), “Tax Agents ‘Confiscate’ Bitcoin from Criminal but Keep the Coins in His Wallet” (Agentes fiscales “confiscan” bitcoins a un delincuente, pero los dejan en su billetera), *Bitcoin.com*, “News” (Noticias), 7 de febrero de 2020 (consultado el 20 de mayo de 2020), <https://news.bitcoin.com/tax-agents-confiscate-bitcoin/>.

Si no surgen complicaciones, a menudo es posible inmovilizar eficazmente los terrenos sin nombrar un administrador de activos. Sin embargo, existen varios problemas, que se analizan a continuación.

Cargos, impuestos y préstamos garantizados. Los terrenos suelen estar sujetos a tasas o impuestos gubernamentales, y pueden ofrecerse a los bancos como garantía de préstamos o hipotecas. Antes de dictar una orden de inmovilización, el administrador de la propiedad debe determinar si el valor de la propiedad, tras deducir todos los gravámenes existentes, justifica la inmovilización y posterior confiscación.

Cuando se inmovilizan terrenos, en la orden se debe exigir que la persona investigada u otro ocupante de las propiedades se aseguren de mantenerse al día con el pago de los

impuestos y otras deudas que pudieran generar derechos de retención sobre los terrenos. Si el propietario deja de pagar los cargos, los impuestos y las cuotas de préstamos, deberá alertarse al tribunal, al que el Gobierno puede solicitar que ordene una venta interlocutoria¹⁵.

Por otra parte, el administrador puede llegar a un acuerdo con la persona investigada o con el ocupante, que les permita seguir ocupando las tierras a condición de que sigan pagando tales gastos, y que autorice al administrador a tomar posesión inmediata de la propiedad y desalojar a los ocupantes si las condiciones no se cumplen. Si fuera necesario desalojar a los ocupantes, el administrador de los activos podrá dar en arrendamiento la propiedad a un precio suficiente para pagar los gastos, o vender el bien y utilizar los ingresos para liquidar las deudas pendientes. En última instancia, los impuestos y gravámenes suelen tener prioridad sobre cualquier orden de confiscación.

Finalmente, para evitar litigios innecesarios con titulares de buena fe de derechos de retención, el administrador de la propiedad podría optar por celebrar un acuerdo previo a la sentencia en virtud del cual se les prometa que el gravamen se les pagará a partir de la eventual liquidación de la propiedad y que, por tanto, deben abstenerse de interponer litigios (por ejemplo, un procedimiento de ejecución) mientras la causa esté pendiente de resolución ante el tribunal.

Gastos, desembolsos y ganancias de capital. Inmovilizar un terreno puede ser complicado cuando los gastos y las facturas de servicios públicos de la propiedad son elevados, algunos de los cuales pueden requerir pagos urgentes. Para preservar el valor de algunos tipos de terrenos, se necesitan tareas de mantenimiento costosas y de gran envergadura (por ejemplo, un campo de golf o un establecimiento agropecuario).

El valor global podrá mantenerse usando dinero extraído de los activos de la persona investigada, de un fondo de confiscación específico o de algún otro fondo de contingencia. Si no hay fondos disponibles o si no puede mantenerse el valor, una opción más conveniente puede ser arrendar o vender las tierras (en las jurisdicciones en las que esté permitido, con el consentimiento del propietario o sin él).

6.5.3 Vehículos motorizados, barcos y aviones

Indudablemente, la gestión de los vehículos plantea importantes desafíos. Es difícil y costoso guardarlos y mantenerlos durante el período que transcurre entre la incautación y la confiscación, que puede ser de años. El valor de mercado de los vehículos incautados está abierto a debate, y, por lo general, se deprecian con rapidez.

Con frecuencia, los vehículos incautados por los profesionales intervinientes simplemente se dejan al aire libre (véase la imagen 6.1). Esta no es una estrategia

¹⁵ Véase la norma complementaria G 6) del Reglamento Federal del Procedimiento Civil (que autoriza a los tribunales federales de Estados Unidos a ordenar la venta interlocutoria de una propiedad si, entre otras cosas, el propietario ha dejado de pagar los impuestos o la hipoteca).

adecuada para administrar estos activos, ya que expone al organismo de incautación a reclamos de indemnización y reduce sustancialmente los ingresos por ventas si los vehículos finalmente se confiscan.

IMAGEN 6.1

Vehículos de alto valor se deprecian con rapidez en un estacionamiento policial



Fuente: © Clive Scott/Banco Mundial.

El mantenimiento adecuado de los vehículos motorizados, los barcos y los aviones exige contar con instalaciones apropiadas y seguras donde puedan guardarse y con personal que tenga conocimientos especializados en el área y cumpla con los requisitos reglamentarios para el tipo de vehículo incautado. Esto puede ser costoso, y es posible que la oficina responsable de la incautación (por ejemplo, un organismo encargado de hacer cumplir la ley), el administrador de los activos (si se trata de una orden de incautación) u otros actores (por ejemplo, la persona investigada o un fondo de confiscación) deban brindar financiamiento.

Teniendo en cuenta estos gastos y el hecho de que los vehículos tienden a depreciarse, es posible que no valga la pena incautar vehículos viejos o en mal estado, dado que su valor de venta podría no cubrir los costos de mantenimiento. Si lo autoriza la ley, se debe evaluar la posibilidad de vender estos vehículos mientras sean relativamente nuevos y estén en buen estado (con el consentimiento del propietario o sin él). Dado que a menudo resulta conveniente para todas las partes convertir un vehículo que se deprecia en un bien que mantenga o aumente su valor, quizás sea posible llegar a un acuerdo sobre esto con el consentimiento de todas las partes, incluida la persona investigada. En algunas jurisdicciones, el demandado puede negarse a la venta únicamente en circunstancias específicas.

Una última opción es la de permitir que la persona investigada siga utilizando el vehículo u otro transporte durante el procedimiento de confiscación y constituir una garantía de pago por un importe equivalente a lo que valía el vehículo cuando se inició el caso.

6.5.4 Empresas

Por lo general, no es posible inmovilizar o incautar eficazmente una empresa sin ponerla en manos de un administrador de activos, situación que plantea riesgos y gastos considerables. Dado que una empresa puede tener poco valor (por ejemplo, si no es la propietaria del inventario o del local donde opera), es necesario tasarla antes de realizar una incautación o inmovilización para determinar con precisión a cuánto asciende su activo y su pasivo. Si la tasación no puede realizarse antes de solicitar una orden de incautación o inmovilización, deberá hacerse sin demora después de adoptar la medida provisional.

En el caso de una empresa de escaso valor o abocada a fines ilícitos, quizás lo mejor sea incluirla entre los activos por confiscar, sin asumir el riesgo financiero asociado con la continuidad de sus actividades. Clausurar las operaciones o vender la empresa podría ser lo más apropiado. También cabe la posibilidad de que, una vez que se define a la empresa como sujeta a confiscación, el valor de su fondo de comercio se vea perjudicado. Una forma de evitar esto es permitir que el administrador en funciones continúe con sus labores normales, pero bajo el control de un gerente contratado por el administrador de activos o designado por el tribunal.

La planificación previa será fundamental al inmovilizar o incautar una empresa. Los órdenes de inmovilización deben ejecutarse *inaudita parte* para evitar que los activos de la empresa y el dinero en efectivo desaparezcan. Deberán designarse personas con las competencias necesarias para gestionar la empresa, quienes deberán estar disponibles para asumir el control de inmediato tras la inmovilización.

El administrador de activos o el gerente o contratista designados deberán asumir el control inmediato de las cuentas bancarias, los sistemas y registros contables, los datos empresariales importantes (por ejemplo, el registro de clientes), y la mercadería, las fábricas y el equipamiento de valor. Si el negocio continuará en funcionamiento, todos los libros y registros contables deben ponerse a disposición del gerente para su evaluación. Además, los gerentes deberán hablar directamente con los directivos y el personal clave y prepararse para tomar decisiones acerca de la fiabilidad de estos empleados. Despedir personal puede resultar costoso y traducirse en la pérdida de conocimientos sobre la empresa, disconformidad de los clientes, reclamos por despidos injustos y pérdida de negocios; sin embargo, conservar a empleados cuya lealtad responde a la persona investigada también puede ser peligroso para la empresa. Se deberán enviar informes periódicos sobre el funcionamiento de la empresa al organismo de procesamiento responsable por la orden de inmovilización. Cualquier problema con la empresa debe ser notificado de inmediato.

Finalmente, el administrador de la propiedad debe estar alerta a las cuestiones que surgen cuando los ingresos de una empresa proceden de fuentes tanto lícitas como ilícitas, y

cuando queda claro que, sin el componente ilícito, la empresa no sería viable. En tales casos, el administrador podría solicitar facultades judiciales para clausurar la empresa.

6.5.5 Ganado y establecimientos agropecuarios

Esta categoría de activos es a menudo un subconjunto de un negocio; el ganado bovino, ovino y los animales de caza suelen formar parte de una empresa agrícola, en tanto que los caballos se crían con fines de reproducción o para carreras. Las empresas también pueden ser establecimientos agropecuarios de descanso. Cualquiera que sea la modalidad del negocio, la gestión de los animales puede ser muy problemática para los administradores de activos.

Cuando estos activos tienen un valor muy alto en ciertos mercados (por ejemplo, los caballos de carreras pueden valer cientos de miles o incluso millones de dólares), los profesionales intervinientes son más proclives a incluirlos en las órdenes de inmovilización. Sin embargo, mantener a los animales también puede ser muy costoso, ya que implica gastos de alimentación, atención veterinaria, mantenimiento de campos y pasturas, y cuidadores. En vista de estos gastos y de la escasa probabilidad de que se disponga de un flujo de ingresos suficiente para afrontarlos, algunas jurisdicciones se niegan a incautar el ganado y los establecimientos agropecuarios. En otras se autoriza la inmovilización del establecimiento y la posterior incautación y venta del ganado (con el consentimiento del propietario o sin él). Nuevamente, puede presentarse un bono de garantía si la persona investigada o alguno de sus asociados desean continuar con la actividad durante el procedimiento de confiscación.

6.5.6 Metales preciosos, joyas y obras de arte

Además de garantizar el cumplimiento de los procedimientos y las salvaguardas para el inventario de este tipo de artículos, los administradores deberán contratar a expertos para inspeccionarlos, verificarlos y tasarlos, o deberán llevarlos a centros reconocidos para que los examinen. La ley o las disposiciones pertinentes deberán prever que se disponga de un lugar seguro y adecuado para almacenarlos¹⁶.

6.5.7 Activos perecederos y sujetos a depreciación

En esta categoría de activos se suelen incluir, en general, los siguientes:

- *Los bienes que perecen rápidamente*, tales como un bote lleno de pescado fresco o una remesa de flores cortadas, que pierden todo su valor si no se venden en pocos días.
- *Los activos moderadamente perecederos*, tales como los animales de granja o los campos de cultivo, que pierden valor si no se cosechan en el momento oportuno, posiblemente en el plazo de unas semanas o meses.
- *Los activos sujetos a depreciación*, como los automóviles, los barcos y los equipos electrónicos, que pierden entre un 15 % y un 30 % de su valor cada año.

¹⁶ Por ejemplo, en Azerbaiyán los diamantes incautados deben guardarse en una institución financiera.

Las leyes de confiscación podrían autorizar al administrador de activos a vender los bienes perecederos o sujetos a rápida depreciación y colocar los ingresos en una cuenta que genere intereses supervisada por él mismo o por el tribunal. Cuando no se cuenta con dichas atribuciones o no son aplicables, podría solicitarse al tribunal que ejerza facultades discrecionales generales para dictar las órdenes pertinentes con relación a los activos inmovilizados. Si bien es preferible que haya consenso de todas las partes, el tribunal debe tener la autoridad para dictar tales órdenes, aun si se presentan objeciones.

6.5.8 Activos ubicados en jurisdicciones extranjeras

Los activos pueden ser inmovilizados e incautados por jurisdicciones extranjeras mediante la asistencia informal (por ejemplo, a través de vías administrativas) o en virtud de una solicitud de asistencia judicial recíproca (véanse la sección 5.3.3 del capítulo 5 y el capítulo 8)¹⁷. Cuando se registra una orden de inmovilización, serán las autoridades de la jurisdicción extranjera las responsables de su aplicación. El tribunal de la jurisdicción extranjera podrá nombrar a un administrador de activos para lograr este objetivo.

En general, los administradores de activos de ambas jurisdicciones trabajarán juntos para conservar los activos. Al mismo tiempo, es conveniente asegurarse de que el administrador de activos de la jurisdicción requirente tenga atribuciones adicionales que ayuden a garantizar el cumplimiento de la orden de inmovilización en el extranjero y la administración de los activos. Estas atribuciones no le concederán el control físico de los activos en la jurisdicción requerida, pero pueden permitirle valerse de contratistas, abogados y otros agentes en la jurisdicción requerida para tramitar órdenes en los tribunales de dicha jurisdicción.

Al tratar con jurisdicciones extranjeras, pueden surgir problemas adicionales. La jurisdicción requerida puede no tener atribuciones a nivel nacional ni la capacidad operativa para inmovilizar o incautar ciertos tipos de activos. Por ejemplo, algunas jurisdicciones se niegan a incautar animales vivos. Además, puede que la jurisdicción requerida no tenga un administrador de activos ni fondos específicos para esta tarea. Estos temas pueden resolverse dialogando con la jurisdicción requerida, aunque es posible que en última instancia la jurisdicción requirente tenga que suministrar fondos para contratar un administrador de activos en la jurisdicción requerida.

¹⁷ Aquí cabe mencionar que, en 2016, las autoridades suizas incautaron 25 vehículos de lujo en Ginebra como parte de la investigación sobre Teodorín Obiang (exvicepresidente de Guinea Ecuatorial), tras la solicitud de las autoridades francesas (este caso también se analiza en el recuadro 2.10 del capítulo 2 y en el recuadro 3.5 del capítulo 3). Según la fiscalía suiza, todos los vehículos incautados se vendieron, y el producto de la venta se destinó a un programa social en el país de origen de Obiang. Véase Laurent Gillieron (2019), “Geneva Prosecutor Closes Obiang Case, Sells Off 25 Luxury Cars” (Fiscalía de Ginebra cierra caso Obiang y vende 25 automóviles de lujo), *Swiss Info* (swissinfo.ch), 2 de febrero de 2019, https://www.swissinfo.ch/eng/equatorial-guinea_geneva-prosecutor-closes-obiang-case--sells-off-luxury-cars-/44740962. Dichos arreglos pueden ser complejos y controvertidos, tal como se señala en el artículo de Richard Etienne (2020), “Teodorin Obiang retrouve un de ses bolides confisqués à Genève” (Teodorín Obiang recupera uno de sus autos confiscados en Ginebra), *Le Temps*, 25 de febrero de 2020, <https://www.letemps.ch/economie/teodorin-obiang-retrouve-un-bolides-confisques-geneve>.

6.6 Problemas durante la gestión

6.6.1 Gastos

En circunstancias ideales, los administradores de activos tendrán bajo su control un conjunto razonablemente variado de activos (bienes que generan ingresos, dinero en efectivo, capital y activos sujetos a depreciación), de forma tal que los gastos puedan pagarse con los ingresos, manteniendo así el valor global de la cartera a la espera del resultado de los procedimientos de confiscación. Sin embargo, en ocasiones no habrá ni efectivo ni ingresos disponibles para financiar la conservación o el mantenimiento de los activos. En estos casos, el administrador tendrá que o bien vender los activos, o bien generar fondos suficientes para costear su mantenimiento, quizás recurriendo a la persona investigada, a una confiscación o a un fondo de confiscación. Finalmente, no debe exigirse a las oficinas públicas de administración de activos que garanticen la rentabilidad, sino solo que mantengan el valor de los activos incautados.

6.6.2 Deudas elevadas

En algunos casos, el administrador de activos debe controlar los bienes de una persona investigada que también está fuertemente endeudada. El administrador podrá solicitar al tribunal la liberación o la venta de otros activos inmovilizados para pagar esas deudas. A menudo, los acreedores compiten con la autoridad confiscatoria intentando cobrar gravámenes judiciales o iniciando procedimientos de quiebra.

En estas circunstancias, el administrador de activos debe comprender con claridad la relación entre la legislación sobre confiscación y la referida a los procedimientos de quiebra o liquidación de empresas. Es posible que, en algunas jurisdicciones, la legislación que regula los procedimientos de quiebra o liquidación tenga prioridad cuando una persona física o jurídica se declara en quiebra; en esos casos, la autoridad confiscatoria se suma a la lista de acreedores no garantizados. En otras jurisdicciones, la legislación sobre confiscación no se ve afectada por la legislación sobre procedimientos de quiebra y liquidación de empresas, lo que implica de hecho que la autoridad confiscatoria y sus decisiones tienen prioridad con respecto a las reclamaciones de todos los demás acreedores.

6.6.3 Gastos de *mantención, judiciales y empresariales*

A menudo, el tribunal asignará al administrador de activos la responsabilidad de desembolsar fondos provenientes de los bienes inmovilizados para solventar los gastos de *mantención*, legales y empresariales de la persona investigada y sus dependientes (esta cuestión también se menciona en la sección 7.5 del capítulo 7, referida a los intereses de terceros). En la mayoría de los casos, los gastos se determinarán de conformidad con la ley o por vía judicial, si bien en ocasiones el administrador de los activos podría tener que establecer qué es “razonable” para ciertos fines, decisión que la persona investigada podrá impugnar presentando una solicitud ante el tribunal.

Dado que el pago de estos gastos a menudo es objeto de disputa ante los tribunales, es importante que el administrador de los activos sea cuidadoso al tomar decisiones y que las registre y documente, junto con cualquier transacción relacionada.

6.6.4 Uso de activos sujetos a confiscación

El uso de bienes incautados pero aún no confiscados plantea importantes dilemas éticos y económicos. La cuestión ética más importante es el evidente conflicto de intereses. Por ejemplo, si los fiscales, los magistrados, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o el personal militar pueden comenzar a utilizar de inmediato cualquier vehículo o medio de transporte incautado en las etapas preliminares de un caso, podrían tener pocos incentivos para avanzar con el proceso de confiscación hasta su conclusión, lo que en realidad privaría perpetuamente al dueño de sus bienes sin un fallo judicial. Además, la práctica del uso provisional genera en las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley un incentivo indebido de confiscar activos sin recabar las pruebas necesarias.

Desde el punto de vista financiero, también surgen cuestiones relacionadas con los costos, en particular si un tribunal exige la devolución del activo. Dado que el uso del activo disminuye su valor, será necesario pagar una restitución con fondos de la tesorería general de la jurisdicción.

6.7 Consultas

Como ya se analizó, los administradores de activos deben consultar con otros profesionales intervinientes con respecto a la inmovilización propuesta y las decisiones relativas a la gestión de los activos. Las consultas también pueden ser útiles cuando una propuesta o decisión de gestión podría afectar el valor de los activos inmovilizados. También pueden servir como protección contra las reclamaciones por pérdidas derivadas de una mala gestión, sobre todo si las consultas incluyen a la persona investigada, al profesional que obtuvo la orden de inmovilización y a cualquier tercero que tenga una participación en el bien. Los comentarios recibidos de todas las partes deben consignarse por escrito y tomarse en serio. No obstante, en última instancia, la decisión final corresponderá a los administradores de los activos, con sujeción a las instrucciones de los tribunales.

6.8 Liquidación (venta) de los activos

Cuando se nombra un administrador de activos para hacerse cargo de los activos en virtud de una orden de inmovilización, en general sus funciones se describen en términos de conservación, mantenimiento y gestión. Usualmente, la venta de activos inmovilizados solo se considera en los casos de bienes perecederos y sujetos a depreciación, o cuando se ha emitido una orden de confiscación. Además, la facultad para vender los activos varía. En algunas jurisdicciones, los administradores de activos

tienen esta facultad en virtud de una norma, mientras que en otras los tribunales deben emitir órdenes para conferirles esas atribuciones.

Cuando los activos se venden en virtud de las atribuciones otorgadas, el administrador suele tener una considerable discrecionalidad respecto de la manera de proceder. Los procedimientos deben ser lo más transparentes posible para prevenir o minimizar las acusaciones de mala gestión. Por eso, en general la mejor manera de vender los activos es en subastas públicas bien promocionadas y manejadas por profesionales. En ocasiones, se inmovilizarán activos especiales o exóticos. Estos pueden venderse usando métodos tales como las ventas en mercados especializados a fin de atraer precios más altos. La decisión de vender los activos de esta manera deberá basarse en un asesoramiento especializado y documentarse adecuadamente. Muchas jurisdicciones logran estos objetivos con subastas en línea o mediante la publicación de la lista de los activos a la venta en sitios web con ofertas mínimas preestablecidas.

6.9 Honorarios del administrador de los activos

En algunas jurisdicciones, los honorarios que deben pagarse a los administradores de activos están claramente definidos en las leyes que rigen la confiscación o, por referencia, en otras leyes, como las que regulan los fideicomisos o la liquidación de empresas. A veces los honorarios son fijados discrecionalmente por el tribunal, pero están sujetos a una transparencia total y auditorías obligatorias.

En general, la legislación sobre confiscación de activos prevé que los honorarios del administrador se paguen con los fondos provenientes de la confiscación, ya sea como un porcentaje fijo o en función de un arancel por servicios, quizás calculado a partir de una tarifa por hora o de acuerdo con una escala de honorarios. Dado que es posible que el administrador tenga que encargarse de la gestión de los activos durante un período prolongado, es una buena práctica que calcule periódicamente los honorarios que le corresponden en virtud de su nombramiento y los presente a los fiscales pertinentes. La acumulación de honorarios podría alertar a los fiscales de que una orden está volviéndose poco económica y sugerir que conviene analizar otros métodos de administración, entre ellos la administración directa a cargo de las autoridades gubernamentales.

En los casos en que el administrador de activos realiza una labor considerable y no puedan deducirse sus honorarios (por ejemplo, si el procedimiento de confiscación se discontinúa o no tiene éxito), la autoridad confiscatoria deberá correr con dichos honorarios. Un fondo de confiscación puede ser una herramienta útil para pagar los gastos de administración. Las buenas prácticas indican que los fiscales, los administradores de los activos y los tribunales deben analizar estas cuestiones y llegar a un acuerdo plasmado por escrito tan pronto como sea posible para evitar malentendidos y conflictos potencialmente costosos en una etapa posterior.

Bibliografía

- EC (European Commission). 2018. “Commission Implementing Decision of 10.8.2018 on the Preparatory Action for Support to EU Neighbours to Implement Asset Recovery to be Financed from the General Budget of the Union.” Document C(2018) 5142 final, EC, Brussels. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/c_2018_5142_preparatory_action_asset_recovery_merged.pdf.
- FATF (Financial Action Task Force). 2012. “Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery.” Best Practices Paper, FATF and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- G8 Lyon/Roma Group. 2005. “G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets.” Guidance document, Criminal Legal Affairs Subgroup, G8 Lyon/Roma Group. <https://docplayer.net/16960901-G8-best-practices-for-the-administration-of-seized-assets.html>.
- Greenberg, Theodore S., Linda M. Samuel, Wingate Grant, and Larissa Gray. 2009. *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Non%20Conviction%20Based%20Asset%20Forfeiture.pdf>.
- Keatinge, Tom, David Carlisle, and Florence Keen. 2018. “Virtual Currencies and Terrorist Financing: Assessing the Risks and Evaluating Responses Study.” Study for the European Parliament’s Special Committee on Terrorism (TERR Committee), PE 604.970, commissioned by the Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, European Union, Brussels. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU\(2018\)604970_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU(2018)604970_EN.pdf).
- Rijkers, Bob, Caroline Freund, and Antonio Nucifora. 2014. “All in the Family: State Capture in Tunisia.” Policy Research Working Paper 6810, World Bank, Washington, DC. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/440461468173649062/pdf/WPS6810.pdf>.
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2017. “Effective Management and Disposal of Seized and Confiscated Assets.” Study, UNODC, Vienna. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/17-07000_ebook_sr.pdf.
- Working Group on Asset Recovery (Open-Ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery). 2017. “Study Prepared by the Secretariat on Effective Management and Disposal of Seized and Confiscated Assets.” Document CAC/COSP/WG.2/2017/CRP.1, Conference of the States Parties to the United Nations

Convention against Corruption, Vienna. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2017-August-24-25/V1705952e.pdf>.

World Bank. 2009. “Stolen Asset Recovery; Management of Returned Assets: Policy Considerations.” Stolen Asset Recovery (StAR) initiative working paper, Report No. 55007, World Bank, Washington, DC. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/895271468332443748/stolen-asset-recovery-management-of-returned-assets-policy-considerations>.

7. Mecanismos de confiscación

7.1 Observaciones preliminares

Cualquier jurisdicción que quiera ofrecer la gama completa de métodos para recuperar el producto de la corrupción y del lavado de dinero necesita un régimen de confiscación de activos. La confiscación implica la privación permanente de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente¹. La titularidad legal es transferida al Estado o al Gobierno, sin compensación alguna al tenedor de los activos.

Los instrumentos y las normas internacionales enfatizan la importancia de los sistemas de confiscación al exigir, como mínimo, que las partes cuenten con sistemas penales de confiscación como medio para combatir y evitar la corrupción, el lavado de dinero y otros delitos graves². Tanto la UNCAC como las Recomendaciones del GAFI (FATF [GAFI], 2019) apoyan la confiscación sin condena, modalidad que está siendo adoptada más ampliamente conforme las jurisdicciones continúan expandiendo sus regímenes de confiscación³. (Véase también el recuadro 7.1 sobre la Directiva 2014/42/UE, que busca ampliar el régimen de confiscación en los Estados miembros de la Unión Europea).

La lógica de la confiscación es clara. Primero, la corrupción y otros delitos que generan ingresos ilegales perjudican a los Estados, a los Gobiernos o a particulares, que deberían recibir una compensación. Segundo, dado que la obtención de ingresos ilegales es uno de los principales motivos de estos delitos, la confiscación funciona como factor disuasor al eliminar la posibilidad de disfrutar las ganancias. En otras palabras, la confiscación envía el mensaje de que “el crimen no paga”⁴. (Véase también el recuadro 7.2 sobre el desarrollo histórico de la confiscación).

¹ UNCAC, art. 2; UNTOC, art. 2; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 1.

² UNCAC, arts. 2, 31, 54, 55; UNTOC, arts. 2, 6, 12, 13; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, arts. 1, 5, y recomendaciones 4 y 38 del GAFI (FATF [GAFI], 2019) sobre confiscación y medidas provisionales, y sobre asistencia judicial recíproca, congelamiento y confiscación, respectivamente.

³ UNCAC, arts. 54 1) c); recomendación 4 del GAFI (FATF [GAFI], 2019) sobre confiscación y medidas provisionales.

⁴ En *Kaley c. Estados Unidos*, 571 U.S. 320, 323 (2014), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la confiscación sirve para castigar al infractor, desalentar futuros actos ilícitos, disminuir el poder económico de las empresas delictivas, compensar a las víctimas, mejorar las condiciones de las comunidades perjudicadas por el delito y apoyar las actividades de aplicación de la ley, como la capacitación de los policías.

La Directiva 2014/42/UE “sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea” tiene por objeto enmendar y ampliar el régimen de confiscación existente estableciendo un sistema de confiscación ordinaria y basada en el valor para una serie de delitos, como la corrupción y la delincuencia organizada^a. A continuación, se incluyen algunos aspectos de la directiva que vale la pena analizar:

- *Definición amplia de “producto del delito”*. En la directiva se adopta una definición amplia de “producto del delito” que incluye no solamente el producto directo de las actividades delictivas, sino también todos los beneficios indirectos, con lo que también quedan incluidas todas las reinversiones o transformaciones posteriores del producto directo. Según la directiva, el producto podría incluir bienes que hayan sido transformados o convertidos en otros bienes, o que se hayan combinado con activos legítimos^b.
- *Confiscación ampliada*. La directiva autoriza la confiscación ampliada cuando el bien no guarda proporción con el ingreso lícito de la persona condenada, y el tribunal está convencido de que los bienes en cuestión se derivan de una conducta delictiva^c.
- *Casos en que la condena no es posible*. La directiva ha introducido una “forma limitada de confiscación sin condena” (Fazekas y Nanopoulos, 2016) cuando la confiscación no es posible debido a que la persona acusada o sospechosa se enferma o huye. En tales casos, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para posibilitar la confiscación de los instrumentos y el producto del delito cuando se haya iniciado un procedimiento penal en el que la persona podría haber sido condenada si hubiera podido estar presente en el juicio^d.
- *Confiscación de activos en posesión de terceros*. La directiva autoriza la confiscación de bienes transferidos a terceros o adquiridos por estos, sea directa o indirectamente, mediante intermediarios que hayan cometido el delito en su nombre y para su beneficio^e. Según la directiva, es posible efectuar una confiscación en los casos en que los terceros sabían, o deberían haber sabido, que el propósito de la transferencia o la adquisición era evitar la confiscación^f. Los derechos de terceros de buena fe no deben vulnerarse^g.
- *Acción urgente*. Según el artículo 7, las autoridades de los Estados miembros deben adoptar las medidas que correspondan, entre ellas “actuaciones urgentes”, para preservar los bienes con vistas a una posible confiscación posterior^h. La orden de congelamiento permanecerá en vigor únicamente mientras sea necesario para preservar los bienesⁱ.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 7.1

Directiva de 2014 de la Unión Europea sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito (*continuación*)

- *Garantías procesales.* Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas reciban notificación de la orden de congelamientoⁱ, y asegurarse de que tengan derecho a recibir una reparación eficaz^k.
- *Estadísticas.* En lo referido al congelamiento y la confiscación del producto del delito, las fuentes de datos son escasas. Es necesario recabar datos estadísticos a nivel centralizado sobre el congelamiento y la confiscación de bienes, el rastreo de activos y las actividades judiciales y de disposición de activos^l. Según el artículo 11, los Estados miembros recabarán periódicamente de las autoridades pertinentes y conservarán para sí estadísticas integrales sobre los siguientes aspectos, entre otros:
 - o El número de órdenes de congelamiento ejecutadas.
 - o El número de órdenes de confiscación ejecutadas.
 - o El valor estimado de los bienes congelados.
 - o El valor estimado de los bienes recuperados en el momento de la confiscación.
 - o El número de solicitudes de órdenes de congelamiento que se ejecutarán en otro Estado miembro.
 - o El número de solicitudes de órdenes de confiscación que se ejecutarán en otro Estado miembro.
 - o El valor —o el valor estimado— de los bienes recuperados tras una ejecución en otro Estado miembro.

a. Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (OJ L 127, 29/04/2014), art. 3, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=ES>.

b. Directiva 2014/42/UE, preámbulo, párr. 11, y definición de “producto” en el art. 2, párr. 1.

c. Directiva 2014/42/UE, art. 5, párr. 1.

d. Directiva 2014/42/UE, art. 4, párr. 2.

e. Directiva 2014/42/UE, preámbulo, párr. 24.

f. Directiva 2014/42/UE, art. 6, párr. 1.

g. Directiva 2014/42/UE, art. 6, párr. 2.

h. Directiva 2014/42/UE, art. 7, párr. 1.

i. Directiva 2014/42/UE, art. 8, párr. 3.

j. Directiva 2014/42/UE, art. 8, párr. 2.

k. Directiva 2014/42/UE, art. 8, párr. 1.

l. Directiva 2014/42/UE, preámbulo, párrs. 36 y 37.

Uno de los principales y más notables cambios en la legislación y las prácticas relacionadas con la confiscación (recuadro 7.2) es el mayor uso de las presunciones refutables. Una presunción es una inferencia sobre la veracidad de una proposición o de un hecho extraída de un conjunto definido de circunstancias mediante un proceso de razonamiento probable ante la ausencia de certezas reales.

El concepto de “confiscación de activos” es bastante antiguo. Se han encontrado ejemplos de antiguas leyes de confiscación en textos con miles de años de antigüedad. Derivadas de estos precedentes antiguos, las leyes de confiscación se fueron desarrollando como parte del derecho anglosajón y del incipiente derecho civil^a. A partir de la década de 1980, cuando se redoblaron los esfuerzos por combatir el narcotráfico y la delincuencia organizada, algunas jurisdicciones implementaron procedimientos de confiscación penal y un sistema de confiscación sin condena.

En años más recientes, diversas jurisdicciones han intensificado el trabajo que llevan adelante para confiscar las ganancias ilícitas, a menudo motivadas por los niveles de recuperación relativamente bajos que se han logrado hasta ahora frente a las ganancias extremadamente elevadas que se estima que produce la economía delictiva. Esta reevaluación ha dado lugar a las siguientes tendencias generales en la legislación sobre confiscación:

- Introducción de disposiciones sobre confiscación sin condena.
- Desarrollo de la confiscación basada en el valor.
- Disminución del estándar probatorio.
- Inversión de la carga de la prueba en algunas circunstancias (por ejemplo, delitos por estilo de vida y requerimientos de justificación patrimonial, analizados en el recuadro 3.11 del capítulo 3)^b.
- Aumento en el uso de presunciones refutables (recuadro 7.7).
- Aumento en el uso de la autoridad no judicial para las confiscaciones administrativas con respecto al dinero en efectivo y los instrumentos de un delito.

a. El criminólogo italiano Cesare Beccaria (1738-94) escribió sobre la confiscación en su famoso trabajo de 1764 titulado *Dei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas): “Perder los bienes es una pena mayor que la del destierro; luego con proporción a los delitos debe haber casos por donde se incurra en perdimiento de todos o parte de los bienes y casos en que no” (citado en Panzavolta, 2017, pág. 27).

b. Suiza revirtió la carga de la prueba en el caso del exdictador nigeriano Sani Abacha y su familia, a quienes se les exigió demostrar que los fondos congelados habían sido obtenidos de manera lícita, algo que en última instancia no lograron (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, pág. 20), https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.

Las presunciones son de gran utilidad en los casos de confiscación vinculados con la captura del Estado que involucran a funcionarios públicos corruptos y en los que es prácticamente imposible establecer un vínculo entre situaciones específicas de conducta ilegal y los activos pertenecientes a un demandado o controlados por él. Liberar a la fiscalía de la carga de establecer la procedencia ilícita del patrimonio no justificado obtenido por un funcionario público durante sus años en funciones mejora enormemente la posibilidad de que se dicte una condena o una sentencia de confiscación.

Otra herramienta clave para los profesionales intervinientes es la confiscación basada en el valor, en la cual los tribunales y las autoridades calculan el valor de los beneficios derivados de un delito y autorizan la confiscación de todos los activos del demandado hasta ese monto.

Es posible que los fiscales dispongan de varios métodos de confiscación en sus regímenes nacionales; deben tratar de mantener todas las opciones abiertas, en particular en los casos donde es sumamente probable que surjan objeciones a la confiscación y en los que la evolución de los acontecimientos pueda impedir la aplicación de un método. Por ejemplo, si un proceso fracasa porque las pruebas son inadmisibles o porque el demandado muere, la existencia de un mecanismo paralelo de confiscación sin condena preserva las posibilidades de confiscación. La disponibilidad de múltiples opciones también permite a las autoridades utilizar un método para incautar o inmovilizar los activos y posteriormente otro para confiscarlos⁵.

En este capítulo se analizan los pasos específicos para obtener una orden de confiscación y las ayudas procesales y refuerzos disponibles en algunas jurisdicciones. Para obtener más información sobre otros aspectos de la confiscación, véanse los capítulos 3 al 6, 8 y 9.

7.2 Regímenes de confiscación

En general, se utilizan tres tipos de confiscación para recuperar el producto y los instrumentos de la corrupción: la confiscación penal, la confiscación sin condena y, en algunas jurisdicciones, la confiscación administrativa. Algunos países también cuentan con sistemas híbridos que permiten aplicar medidas de reparación del derecho civil (por ejemplo, demandas y secuestros) en el marco de procedimientos penales, lo que en realidad da lugar a una confiscación.

7.2.1 La confiscación penal

La confiscación basada en una condena penal exige una condena penal en un juicio o la admisión de culpabilidad del acusado. Una vez que se obtiene la condena, el tribunal puede dictar una orden de confiscación definitiva, a menudo como parte de la sentencia. En algunas jurisdicciones, la confiscación es una orden obligatoria; en otras, el tribunal

⁵ En Estados Unidos, a menudo se “incautan” o se “inmovilizan” activos en virtud de la legislación sobre confiscación sin condena antes de la presentación de una acusación formal, y luego se cambia a la confiscación penal para confiscar esos mismos activos una vez que se dicta la condena. Véase *Estados Unidos c. Candelaria-Silva*, 166 F.3d 19, 43 (1st Cir. 1999). Una razón para eso es que el profesional interviniente a menudo querrá inmovilizar o incautar los activos antes de obtener las pruebas que justifiquen una acusación formal. Sin embargo, en general, si se dicta una condena, es más fácil ordenar la confiscación en ese momento como parte de la sentencia en la causa penal. Del mismo modo, en Colombia, según el sistema de “extinción de dominio”, el procedimiento de confiscación sin condena puede avanzar de manera independiente y paralela a la causa penal. No obstante, si el demandado es declarado culpable, a menudo es más fácil obtener el “comiso” o la confiscación (penal) que completar el proceso de confiscación sin condena.

(o el jurado) tiene discrecionalidad para imponerla⁶. Los sistemas de confiscación penal pueden estar basados en la propiedad, en el valor o en ambos (se describen más adelante en la sección 7.3).

En algunas jurisdicciones, se pueden aplicar estándares probatorios distintos en las dos etapas del caso (es decir, durante la obtención de la condena y en el procedimiento de confiscación). Durante la obtención de la condena, la tarea principal del fiscal es condenar al acusado por el delito según el estándar probatorio penal exigido, ya sea “más allá de toda duda razonable” en una jurisdicción de derecho anglosajón o por “íntima convicción acerca de la verdad” en una jurisdicción de derecho civil. Se debe alcanzar este estándar probatorio para demostrar el delito antes de solicitar la orden de confiscación.

Si bien en los procedimientos de confiscación podrían aplicarse estándares probatorios distintos, durante tales procedimientos también pueden imponerse otras cargas, como establecer un vínculo entre el delito y el activo objeto de la confiscación. En algunas jurisdicciones, esta carga secundaria puede cumplirse según un estándar probatorio inferior, el “balance de probabilidades”, como a menudo sucede en las jurisdicciones de derecho anglosajón. Otras jurisdicciones aplican el mismo estándar probatorio a las confiscaciones que a las condenas penales⁷.

Dada la necesidad de contar con una condena, pueden surgir algunas dificultades al utilizar este procedimiento para confiscar los activos de un presunto delincuente que ha muerto, ha huido de la jurisdicción o está ausente por otro motivo. Algunas jurisdicciones han adoptado los juicios en ausencia o disposiciones sobre fuga, por los cuales se declara “condenada” a la persona a los fines confiscatorios una vez que se demuestra que ha huido de la jurisdicción⁸.

⁶ En Camerún, por ejemplo, la confiscación es obligatoria en algunas causas de corrupción: en el artículo 184 4) del Código Penal, referido a la apropiación indebida de fondos públicos, se establece que “se ordenará la confiscación en todos los casos”.

⁷ En las jurisdicciones de derecho civil, en la mayoría de los casos este estándar es la “íntima convicción acerca de la verdad”.

⁸ Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito de 2002 (titulado “Defendant Neither Convicted Nor Acquitted” [No se condena ni se absuelve al acusado]) trata sobre los acusados que se han fugado antes de la condena. Podrá emitirse una orden de confiscación en su contra si pasan dos años desde la fuga (Ley sobre los Productos del Delito, de 2002, notas explicativas [consultadas el 22 de septiembre de 2018], <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/notes/division/5/2/4?view=plain>).

7.2.2 Confiscación sin condena

La confiscación sin condena, a veces llamada “decomiso civil”, autoriza la confiscación de bienes sin el requisito de una condena⁹. Dado que se trata de una acción basada en la propiedad que se ejecuta contra el activo en sí, y no contra el poseedor o propietario, por lo general solo exige que se pruebe que el activo es producto o instrumento de un delito¹⁰; no se vincula con la obtención de una condena contra una persona¹¹.

Este tipo de confiscación a menudo ocurre de una de dos maneras. La primera es la confiscación en el contexto de un proceso penal, pero sin la necesidad de obtener una condena final o de encontrar un culpable¹². En tales situaciones, las leyes de confiscación sin condena se incorporan a los códigos penales, a las leyes contra el lavado de dinero o a otra legislación penal, y se consideran procedimientos “penales” a los que se aplican las normas procesales penales. La segunda manera es la confiscación a través de una norma independiente que introduce un procedimiento separado, que puede transcurrir con independencia de los procesos penales relacionados —o simultáneamente con ellos—, y que a menudo se rige por las normas de los procedimientos civiles o administrativos (en lugar de las leyes aplicables a los procedimientos penales)¹³.

⁹ Véanse en la nota 7 del capítulo 1 ejemplos de jurisdicciones en las que se aplica la confiscación sin condena. Entre ellas, Irlanda establece la confiscación sin condena en su Ley sobre los Productos del Delito de 1996, y Eslovenia en su Ley de Confiscación de Activos de Origen Ilícito (que se promulgó en 2011 y entró en vigor en mayo de 2012). También se han introducido formas de confiscación civil sin condena en Bulgaria (Ley sobre el Decomiso a Favor del Estado de Bienes Adquiridos Ilícitamente, 2012), así como en la República Eslovaca. Por su parte, España, Grecia, Letonia, Lituania, los Países Bajos y Rumania han introducido la confiscación sin condena en la modalidad de “patrimonio no justificado” en algunos casos limitados (EC [CE], 2016, págs. 13 y 14).

¹⁰ Sin embargo, en Brasil y en Filipinas el sistema de confiscación no está estrictamente basado en la propiedad, porque las autoridades pueden obtener una sentencia personal contra un individuo, no contra los activos. Asimismo, en Antigua y Barbuda y en Australia se aplican disposiciones sobre confiscación sin condena basadas en el valor, además de la confiscación sin condena basada en la propiedad.

¹¹ Por ejemplo, el Código Penal de Alemania (art. 76a, sobre órdenes independientes) establece que, si una persona no puede ser enjuiciada o condenada por el delito por motivos de hecho, la confiscación podrá ordenarse de manera independiente. Esta disposición, entre otras, se aplica a varios delitos relacionados con el crimen organizado y el financiamiento del terrorismo. Fue introducida tras la adopción de la nueva Ley de Reforma del Derecho Penal sobre el Producto del Delito, a través de la cual se incorporó la Directiva 2014/42/UE de la Unión Europea al sistema jurídico alemán, donde entró en vigor en julio de 2017. Para imponer la confiscación, el tribunal no necesita pruebas de que se haya cometido un delito penal a título individual: si está convencido de que el origen de los bienes específicos fue un delito penal, podrá ordenar la confiscación (CMS Law-Now [2017], “Germany: New Law Makes Confiscating Proceeds of Crimes Easier” [Alemania: Nueva legislación facilita la confiscación de los productos del delito], eAlert, 11 de julio de 2017 [consultado el 5 de agosto de 2018], <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/07/germany-new-law-makes-confiscating-proceeds-of-crimes-easier>). La disposición, que se aplicó por primera vez en julio de 2018, permitió a las autoridades alemanas confiscar en la capital del país alrededor de 77 propiedades que estaban vinculadas con el crimen organizado, por un valor total de USD 10,8 millones (Ben Knight [2018], “Berlin Prosecutors Confiscate Lebanese Mafia’s Properties” [Fiscales de Berlín confiscan bienes de la mafia libanesa], *DW.com*, 19 de julio de 2018 [consultado el 13 de septiembre de 2018], <https://www.dw.com/en/berlin-prosecutors-confiscate-lebanese-mafias-properties/a-44742961>).

¹² Algunos ejemplos de estas jurisdicciones son Eslovenia, Liechtenstein, Suiza y Tailandia.

¹³ Algunos ejemplos de estas jurisdicciones son Colombia, Estados Unidos, el Reino Unido y Sudáfrica. Los sistemas de “confiscación civil” o “decomiso civil” se encuadran en esta categoría.

En las jurisdicciones que aplican el procedimiento civil, se requiere un estándar probatorio menos exigente (el “balance de probabilidades” o la “preponderancia de la prueba”) para efectuar la confiscación, lo que reduce la carga de la fiscalía de demostrar que el bien se deriva de un delito. Por lo tanto, sigue siendo necesario demostrar que se produjo un delito, y que el bien se derivó de él o que se utilizó para cometerlo. El Estado puede obtener una sentencia de decomiso aun cuando no haya suficientes pruebas para justificar una condena penal (Brun y otros, 2015, pág. xi). No todas las jurisdicciones cuentan con este tipo de confiscación. Cuando sí existe, es el Estado, en su capacidad soberana, el que inicia una acción judicial de acuerdo con los procedimientos civiles (Brun y otros, 2015, pág. 4; Cassella, 2015). En el recuadro 7.3 se explica cómo Estados Unidos presentó acciones de decomiso civil con respecto a fondos apropiados de manera indebida pertenecientes a 1Malaysia Development Berhad (1MDB).

RECUADRO 7.3

Malasia: Decomiso civil en el caso de 1Malaysia Development Berhad

Antecedentes: Con la presentación de una serie de demandas de decomiso civil en 2016 y 2017, Estados Unidos intentó recuperar más de USD 1000 millones en activos vinculados con una asociación ilícita internacional que buscaba blanquear fondos apropiados de manera indebida de 1Malaysia Development Berhad (1MDB), un fondo público de inversión que pertenecía en su totalidad al Gobierno de Malasia (también analizado en el recuadro 2.7 del capítulo 2)^a. El fondo fue creado por el Gobierno de Malasia para promover el desarrollo económico estableciendo asociaciones mundiales y promoviendo la inversión extranjera directa, y para mejorar el bienestar del pueblo malasio. En lugar de eso, funcionarios públicos y asociados de 1MDB, junto con sus familiares, presuntamente desviaron alrededor de USD 4500 millones en fondos pertenecientes a 1MDB mediante una serie de transacciones complejas y sociedades fantasma fraudulentas, con cuentas bancarias en Singapur, Suiza, Luxemburgo y Estados Unidos^b.

Acciones de decomiso: Los fondos presuntamente fueron blanqueados a través de Estados Unidos y se rastrearon hasta vincularlos con la asociación ilícita. El Departamento de Justicia de Estados Unidos se refirió a esta acción de decomiso como “la acción de decomiso más importante iniciada al amparo de la Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia”^c. En agosto de 2017, el Departamento de Justicia solicitó una suspensión de los casos de decomiso civil a la espera de la resolución de una investigación penal federal relacionada^d.

Los activos que presuntamente se compraron en Estados Unidos con los fondos desviados de 1MDB y que fueron objeto de las acciones de decomiso incluían bienes inmuebles de lujo y hoteles en Nueva York, Los Ángeles y Londres; un jet de USD 35 millones; un yate de lujo de 300 pies; obras de arte de Vincent van Gogh, Pablo Picasso y Claude Monet; una participación sustancial en los derechos discográficos de Emi Music; los derechos de producción de la película *El lobo de Wall Street*, de 2013; acciones de la empresa tecnológica Palantir y de la empresa

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 7.3**Malasia: Decomiso civil en el caso de 1Malaysia Development Berhad (continuación)**

de entrenamiento físico Flywheel; gastos en apuestas en casinos de Las Vegas, y joyas de diamantes por más de USD 27,3 millones^e.

Arreglos en causas de decomiso: En 2019, el Departamento de Justicia llegó a un arreglo con respecto a los activos adquiridos por uno de los principales acusados, Low Taek Jho (y su familia), por un valor estimado en más de USD 700 millones^f.

En 2020, el Departamento de Justicia llegó a un arreglo en el caso de decomiso civil contra otro demandado, Khadem al-Qubaisi. Según los términos del arreglo, el Atlantic Property Trust, que supervisa los bienes en cuestión, acordó renunciar a activos por un valor estimado en USD 49 millones, con sujeción a otros reclamos de decomiso pendientes de resolución. Estos activos incluyeron el producto de la venta de bienes inmuebles de alto nivel en Beverly Hills y de un *penthouse* de lujo en la ciudad de Nueva York, que presuntamente habían sido adquiridos con fondos vinculados con las sumas apropiadas de manera indebida de 1MDB^g.

Sumados al decomiso anterior, los decomisos de 1MDB —con los que se recuperaron más de USD 1000 millones en activos relacionados con este caso— representan una de las operaciones más importantes llevadas a cabo en el marco de la Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia del Departamento de Justicia, y también el decomiso civil más importante realizado por dicho departamento^h. En octubre de 2020, Goldman Sachs celebró un acuerdo de enjuiciamiento diferido con el Departamento de Justicia, en virtud del cual debía pagar más de USD 2900 millones como parte de una resolución coordinada con las autoridades penales y civiles de Estados Unidos y de otros paísesⁱ.

a. Véase Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *United States Seeks to Recover More than \$1 Billion Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos busca recuperar más de USD 1000 millones obtenidos de la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa n.º 16-839, 20 de julio de 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-seeks-recover-more-1-billion-obtained-corruption-involving-malaysian-sovereign>. Sin embargo, según un informe confidencial del auditor general de Malasia que fue filtrado al *Wall Street Journal* y a *Sarawak Report* (sitio de investigaciones noticiosas con sede en Londres que desempeñó un papel clave en la cobertura del caso), la suma de dinero de 1MDB cuyo destino aún se desconoce podría ascender a USD 7000 millones (Sarawak Report [2016], *1MDB Auditor General's Report* (Informe de auditoría general de 1MDB), *SarawakReport.org*, 14 de julio de 2016, <http://www.sarawakreport.org/1mdb-report-summary-eng/>). También véase Departamento de Justicia (2017), *U.S. Seeks to Recover Approximately \$540 Million Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos busca recuperar unos USD 540 millones obtenidos de la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa n.º 17-655, 15 de junio de 2017, <https://www.justice.gov/opa/pr/us-seeks-recover-approximately-540-million-obtained-corruption-involving-malaysian-sovereign>.

b. Departamento de Justicia, *U.S. Seeks to Recover over \$540 Million*, 15 de junio de 2017.

c. Departamento de Justicia, *United States Seeks to Recover More than \$1 Billion*, 20 de julio de 2016.

d. Edvard Petterson (2017), "Stolen 1MDB Funds Are Focus of U.S. Criminal Investigation" (Fondos robados de 1MDB en el centro de una investigación penal de EE. UU.), *Bloomberg*, 10 de agosto de 2017, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-10/stolen-1mdb-funds-are-focus-of-u-s-criminal-investigation>.

e. Departamento de Justicia, *Documents and Resources from the July 20, 2016 Press Conference Announcing Significant Kleptocracy Enforcement Action to Recover More than \$1 Billion Obtained from Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Documentos y recursos de la conferencia de prensa del 20 de julio de 2016 en la que se anunció una importante acción de aplicación de la iniciativa contra la cleptocracia para recuperar más de USD 1000 millones obtenidos a partir de la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia) (documentos archivados relacionados con las demandas de decomiso civil de 1MDB), <https://www.justice.gov/archives/kleptocracy-enforcement-action>.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 7.3

Malasia: Decomiso civil en el caso de 1Malaysia Development Berhad (*continuación*)

f. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2019), *United States Reaches Settlement to Recover More than \$700 Million in Assets Allegedly Traceable to Corruption Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos alcanza acuerdo para recuperar activos por más de USD 700 millones presuntamente vinculados con la corrupción que involucra al fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa n.º 19-1,176, 30 de octubre de 2019, <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-reaches-settlement-recover-more-700-million-assets-allegedly-traceable>.

g. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *United States Reaches Settlement to Recover More than \$49 Million Involving Malaysian Sovereign Wealth Fund* (Estados Unidos alcanza acuerdo para recuperar más de USD 49 millones relacionados con el fondo soberano de Malasia), comunicado de prensa n.º 20-431, 6 de mayo de 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-reaches-settlement-recover-more-49-million-involving-malaysian-sovereign-wealth>.

h. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *United States Reaches Settlement*, 6 de mayo de 2020.

i. <https://www.justice.gov/opa/pr/goldman-sachs-charged-foreign-bribery-case-and-agrees-pay-over-29-billion>.

Algunas jurisdicciones optan por la confiscación sin condena solo después de que los procedimientos penales se agotan o fracasan. En otras jurisdicciones, se ordena la suspensión de los procedimientos de confiscación sin condena hasta que finalice la investigación penal¹⁴.

La confiscación sin condena es útil en muchas situaciones, sobre todo cuando la confiscación penal es imposible o no puede aplicarse, como cuando a) el presunto delincuente ha muerto, ha huido de la jurisdicción o tiene inmunidad y no puede ser procesado¹⁵; b) se encuentra un activo, pero se desconoce quién es el propietario, o c) no hay pruebas suficientes para solicitar una condena penal o los procedimientos penales han dado lugar a una absolución.

Este tipo de confiscación también puede ser útil cuando la propiedad pertenece a un tercero o en casos importantes y complejos en los que hay una investigación penal en marcha y se necesita congelar y confiscar los activos antes de que se presente una acusación penal formal. Muchas jurisdicciones de derecho civil autorizan las órdenes de inmovilización en esos casos, pero muchas jurisdicciones de derecho anglosajón o bien no permiten ese tipo de órdenes, o bien exigen que se presente una acusación formal dentro de un plazo específico tras la orden de inmovilización¹⁶.

¹⁴ Las normas civiles que permiten el descubrimiento de pruebas previo al juicio (por ejemplo, declaraciones de testigos, interrogatorios y órdenes de divulgación o exhibición de documentos) pueden resultar perjudiciales para una investigación penal en desarrollo.

¹⁵ Véase, por ejemplo, *Estados Unidos c. USD 506 069,09 incautados a First Merit Bank*, 664 F. App'x 422 (6th Cir. 2016), donde el Gobierno inició una acción de decomiso civil contra un médico (Syed Jawed Akhtar-Zaidi), su esposa y una clínica de manejo del dolor en Ohio. Presuntamente, el doctor había recetado sustancias controladas fuera del ámbito de su práctica profesional y sin un fin legítimo. Blanqueó el dinero sucio derivado de sus actividades de narcotráfico mezclándolo en varias cuentas a su nombre, el de su esposa y el de la clínica, para luego desviarlo a varias cuentas de inversión y retiro. El Gobierno inició una acción de decomiso *in rem* contra 13 cuentas a su nombre y a nombre de su esposa y de la clínica por un valor total de unos USD 4,8 millones, además de 139 piezas de joyería valoradas en más de USD 90 000. Tras enterarse de la investigación, los Zaidi se fueron de Estados Unidos. El Tribunal de Apelaciones ratificó la sentencia de decomiso del tribunal federal de primera instancia.

¹⁶ Para obtener una lista exhaustiva de las situaciones en que se considera necesaria la confiscación sin condena en Estados Unidos, véase Rui y Seiber (2015).

Los sistemas de confiscación sin condena no pretenden sustituir la confiscación basada en una condena penal¹⁷. En los casos donde sea posible llevar adelante un juicio y obtener una condena, esta debe obtenerse, y los fiscales deben tener a su disposición procedimientos de confiscación penal de gran alcance y relativamente económicos. Pero, como complemento de la confiscación penal, debe instarse a las jurisdicciones a promulgar legislación sobre la confiscación sin condena como uno de los instrumentos jurídicos clave para una adecuada recuperación de los activos, siempre y cuando corresponda con los principios de su sistema jurídico. En el recuadro 7.4 se analizan algunas situaciones en las que es preferible la recuperación de activos mediante procedimientos de confiscación sin condena.

RECUADRO 7.4

Reino Unido: Orientaciones sobre las facultades de los fiscales para la recuperación de activos

La Oficina del Procurador General del Reino Unido, según el documento de orientación titulado *Asset Recovery Powers for Prosecutors* (Facultades de los fiscales para la recuperación de activos), considera que los procedimientos e investigaciones penales son la manera más eficaz de desalentar el delito^a. Sin embargo, las facultades para la recuperación de activos sin condena que se establecen en la Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito (2002) también podrían contribuir a luchar contra el delito en los siguientes casos:

- cuando no es posible obtener una condena;
- cuando se obtiene una condena, pero no se emite ninguna orden de confiscación, o
- cuando una autoridad pertinente estima que, desde el punto de vista del interés público, es más conveniente usar esas facultades en vez de procurar una disposición penal.

Casos en los cuales es preferible la recuperación de activos sin condena: En el documento de orientación se brinda una lista ilustrativa de casos en los que es imposible obtener una condena, por lo que podría resultar apropiada la legislación sobre confiscación sin condena^b:

- La conducta delictiva tuvo lugar en el extranjero, y no hay fundamentos que justifiquen la jurisdicción extraterritorial.
- No hay ningún sospechoso vivo que pueda identificarse dentro de la jurisdicción.
- Aunque el producto del delito puede identificarse, no es posible vincularlo a ningún sospechoso.

(continúa en la página siguiente)

¹⁷ Túnez ha terminado de preparar una ley que dispone la confiscación no penal de activos. Se prevé que la ley promoverá los esfuerzos del Gobierno por incautar y recuperar activos vinculados con la corrupción y otras formas de delitos graves (EC [CE], 2018, pág. 8).

- Las investigaciones no arrojan pruebas.
- Las pruebas no son suficientes para obtener una condena.
- El enjuiciamiento no dio lugar a una condena.

Casos en que la recuperación de activos sin condena es más conveniente para el interés público: El documento de orientación también brinda una lista ilustrativa de circunstancias en que, si bien es posible obtener una condena, por motivos de interés público es más conveniente ejercer las facultades de confiscación sin condena^c:

- Existe una necesidad urgente de adoptar medidas para prevenir o detener una conducta delictiva.
- No es práctico investigar a todas las personas implicadas indirectamente en el delito.
- Es más eficaz valerse de la recuperación civil cuando la persona investigada tiene un patrimonio considerable.
- El presunto delincuente está siendo enjuiciado en otra jurisdicción, y se prevé que recibirá una sentencia que refleje la totalidad del delito.

a. Oficina del Procurador General, *Asset Recovery Powers for Prosecutors: Guidance and Background* 2009 (orientación para los fiscales e investigadores sobre sus facultades para la recuperación de activos al amparo del artículo 2A) de la Ley sobre los Productos del Delito, de 2002) (introducción, párr. 1), 29 de noviembre de 2012 (consultado el 22 de septiembre de 2018), <https://www.gov.uk/guidance/asset-recovery-powers-for-prosecutors-guidance-and-background-note-2009>.

b. Oficina del Procurador General, *Asset Recovery Powers* (introducción, párr. 5).

c. Oficina del Procurador General, *Asset Recovery Powers* (introducción, párr. 6).

7.2.3 Confiscación administrativa

La confiscación administrativa no judicial puede realizarse sin necesidad de una determinación judicial, pero, dependiendo de la jurisdicción, podría necesitarse un procedimiento judicial. A menudo, se utiliza para confiscar activos cuando no se impugna la incautación y se cumplen ciertos requisitos (por ejemplo, notificación a las partes, publicación o ausencia de objeciones). Además, es posible que las leyes limiten la confiscación administrativa a activos hasta un valor máximo o a ciertos tipos de activos¹⁸. Las leyes que rigen la confiscación administrativa a menudo exigen que las decisiones también sean aprobadas por un tribunal.

¹⁸ En Estados Unidos, cualquier suma de dinero y los bienes personales valorados en menos de USD 500 000 podrán ser decomisados por vía administrativa, pero los bienes inmuebles, sea cual fuere su valor, siempre deberán ser confiscados judicialmente. En Hungría, cualquier bien obtenido mediante actos ilícitos puede ser confiscado en procedimientos tributarios (EC [CE], 2016, pág. 14).

Por lo general, la confiscación administrativa no judicial se asocia con las leyes aduaneras, las leyes contra el narcotráfico y las que exigen la notificación del transporte transfronterizo de dinero, y a menudo es consecuencia de tales normas. Por ejemplo, puede emplearse para confiscar dinero en efectivo encontrado en manos de un mensajero o un vehículo utilizado para transportar mercancías prohibidas. En esos casos, la autoridad legal suele atribuirse a los funcionarios policiales o aduaneros. Este proceso puede facilitar una confiscación rápida y económica de los activos.

7.3 Cómo funciona la confiscación

Una confiscación puede a) basarse en la propiedad (un activo específico) o b) basarse en el valor (un importe de dinero adeudado por una persona en concreto). En algunas jurisdicciones se emplean ambos sistemas, y se autoriza la confiscación de activos específicos y la emisión de sentencias que pueden pagarse con los bienes legítimos de una persona.

El alcance operativo de las leyes en estos sistemas se superpone en gran medida. Sin embargo, hay diferencias en los procedimientos utilizados y en los requisitos probatorios que se exigen para obtener los productos. En esta sección se señalan algunas de estas diferencias.

7.3.1 Confiscación basada en la propiedad

El sistema basado en la propiedad (también conocido como confiscación *in rem* o de “bienes contaminados”) se dirige a los activos vinculados con el producto o los instrumentos del delito. Esto exige que se establezca una relación entre los activos identificados y el delito.

El sistema de confiscación basado en la propiedad tiene la máxima utilidad cuando puede establecerse una relación entre los activos y las pruebas de un delito; por ejemplo, se incauta dinero a una persona que ha aceptado un soborno (el producto de un delito) o el vehículo utilizado para transportar un soborno en efectivo de elevado valor hasta su receptor (el instrumento del delito).

Pero cuando los activos no pueden vincularse a un delito, sea porque la persona investigada no ha participado directamente en la actividad delictiva o porque los beneficios se han desvinculado del delito mediante un proceso de lavado de dinero, este tipo de confiscación es más difícil. Cuando un régimen corrupto logra permanecer en el poder sin rendirle cuentas a nadie durante años o décadas, demostrar la existencia de un vínculo entre activos específicos pertenecientes a sus miembros y delitos cometidos en el contexto de una trama de “captura del Estado” es extremadamente difícil, como lo demuestran los esfuerzos de recuperación de activos emprendidos en la República Árabe de Egipto y Túnez en 2011. Algunas jurisdicciones han mejorado sus sistemas jurídicos para superar estas barreras mediante mecanismos como la confiscación basada en el valor, las disposiciones sobre activos sustitutos y la confiscación ampliada

(véase la sección 7.4, “Mejoras en la confiscación”). En otras jurisdicciones, se presume que los activos en manos de los miembros de una organización delictiva están vinculados con dicha organización a menos que se demuestre lo contrario. Este tipo de legislación también puede ser útil en la recuperación de activos robados.

Las definiciones legales de los productos e instrumentos sujetos a confiscación —y la interpretación de los tribunales— es una consideración importante que los profesionales intervinientes deben tener en cuenta a la hora de determinar qué activos incluirán en la solicitud de confiscación. En el siguiente análisis se abordan algunas de las cuestiones que se han planteado y se brindan ejemplos de cómo se han interpretado las definiciones para incautar (o no) ciertos productos o instrumentos¹⁹.

Productos obtenidos directa o indirectamente

En general, “producto” se define como cualquier cosa de valor que se obtiene directa o indirectamente como resultado del delito²⁰. A menudo, esta noción se expresa en términos hipotéticos: el producto de un delito abarca cualquier bien que el acusado no habría obtenido o conservado de no haber incurrido en la conducta delictiva.

Entre los “productos directos” se incluyen el dinero pagado como soborno o las cantidades que un funcionario roba al tesoro nacional o a un programa del Gobierno. Los “productos indirectos”, que no son el resultado directo de la comisión del delito, incluyen el aumento del valor de los pagos de sobornos, los intereses devengados sobre fondos malversados en una cuenta bancaria o una cartera de acciones adquirida con fondos robados al tesoro nacional. Los productos indirectos también incluyen los beneficios secundarios que no se habrían recibido de no haberse cometido el delito.

Productos mezclados

A medida que el producto se blanquea, es posible que se mezcle con otros activos que no se derivan de ningún delito y que se convierta en otro tipo de activo (recuadro 7.5). Como resultado, estos activos no son, técnicamente, el producto directo del delito, sino activos que se han mezclado con el producto de un delito²¹.

¹⁹ En Suiza, dicha legislación fue útil para lograr la recuperación de los activos robados durante el régimen de Sani Abacha en Nigeria, que se extendió de 1993 a 1998 (analizado en mayor profundidad en el capítulo 4 [recuadro 4.4] y en el capítulo 5 [recuadro 5.4]).

²⁰ Muchas jurisdicciones han adoptado la definición de “producto del delito” que se utiliza en las convenciones de las Naciones Unidas, en particular en el artículo 2 de la UNCAC, el artículo 2 de la UNTOC y el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Estas convenciones definen el “producto del delito” como “los bienes de cualquier índole, derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”.

²¹ Los acuerdos internacionales obligan a los Estados parte a permitir la confiscación de activos transformados y mezclados. Véase la UNCAC, arts. 31 4) a 5); la UNTOC, arts. 12 3) a 4), y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, arts. 5 6) a) a b).

RECUADRO 75

Cuestiones que surgen al confiscar los productos mezclados de un delito: Ejemplo

El señor X es un funcionario corrupto que aceptó un soborno en efectivo de USD 100 000 para manipular el proceso de adjudicación de un contrato con el Gobierno. Posteriormente, se realizó una serie de transacciones para mover y blanquear los fondos:

- El señor X depositó el soborno en una cuenta bancaria a nombre de su esposa.
- Luego hizo que su esposa transfiriera el dinero a la cuenta fiduciaria de un abogado en otra jurisdicción. Este abogado ya tenía depositados USD 900 000, de origen desconocido, en nombre del señor X.
- El señor X ordenó a su abogado que utilizara la totalidad del dinero para comprar una propiedad por USD 1 millón a nombre de una compañía de inversión controlada por él.
- Tres años más tarde, el señor X vendió la propiedad comprada por USD 2 millones y depositó los ingresos de nuevo en una cuenta que él controlaba en su jurisdicción de origen.

Cuando estos actos de corrupción salieron a la luz, la fiscalía solicitó una orden de confiscación basada en la propiedad por USD 200 000 de la cuenta bancaria que tenía un saldo de USD 2 millones, sobre la base de que era producto de un delito. Esta cantidad se calculó de la siguiente forma:

USD 100 000	derivados directamente del soborno. El hecho de que la propiedad se convirtiese en una forma diferente de propiedad y se mezclara con otros activos no afectó su carácter de producto directo del delito.
+ USD 100 000	en ganancia de capital sobre el soborno que resulta de la venta de la casa (por el doble del valor), un beneficio indirecto del delito de corrupción.
= USD 200 000	<i>producto total del delito</i>

Si la ley hubiese incluido la frase “todos los bienes mezclados con los bienes producto del delito,” habría permitido solicitar una confiscación por el total de lo depositado en el banco (USD 2 000 000). Otro método podría haber sido la confiscación de la totalidad de la cuenta bancaria como un “instrumento” de lavado de dinero.

En la redacción de la legislación puede definirse qué bienes pueden confiscarse en estos casos, por ejemplo:

- Las fórmulas “*cualquier activo o parte de un activo*” o “*cualquier activo o parte de un activo en que la actividad ilícita se haya transformado*”²² permiten al tribunal separar el producto pertinente que se haya mezclado con fondos procedentes de otras actividades.
- La definición de activos “*derivados, obtenidos o realizados a partir de un delito*” o “*bienes sustancialmente derivados u obtenidos de un delito*” asegura que el producto del delito, cuando se mezcla con otros activos, no pierda su condición de producto. La expresión “sustancialmente derivados” puede limitar la recuperación a una parte del producto derivado del delito. Por ejemplo, el tribunal puede negarse a concluir que un activo como un bien inmueble o una obra de arte se “derivó sustancialmente” de un delito de corrupción si el producto ilícito se utilizó para cubrir solo un 10 % de su precio de compra.
- La fórmula “*todos los activos con los que el producto se haya mezclado*”, que representa el enfoque con mayor alcance, hace a todos los bienes mezclados pasibles de confiscación²³. Según esta redacción, un dólar depositado en una cuenta con un saldo de USD 999 contaminará toda la cuenta y dará pie a la confiscación total.
- La expresión “*cualquier instrumento con el que el producto se haya mezclado*”. Algunas jurisdicciones permiten confiscar como instrumento de un delito la totalidad de la cuenta bancaria utilizada para blanquear los fondos.
- Los bienes “*involucrados*” en un delito de lavado de dinero pueden confiscarse si, por ejemplo, el acusado blanqueó el producto de la actividad delictiva mezclándolo con otros fondos, dado que puede afirmarse que los fondos mezclados están “involucrados” en el delito²⁴.

²² Véase, por ejemplo, el Código del Proceso Penal de la República de Azerbaiyán, art. 99-1.1.3, introducido con la Ley de Enmienda del Derecho Penal de 2017.

²³ Un ejemplo de este tipo de disposiciones es la definición de “producto de actividades ilícitas” en la Ley de Prevención de la Delincuencia Organizada de Sudáfrica, de 1998, que incluye bienes “que están mezclados con bienes producto de actividades ilegales”.

²⁴ Véase Estados Unidos c. Bikundi, 926 F.3d 761 (D.C. Cir. 2019), donde se sostiene que los fondos no contaminados depositados en una cuenta bancaria son confiscables como bienes involucrados en un delito de lavado de dinero si el acusado, mediante la mezcla o combinación de fondos contaminados y no contaminados, oculta el origen del producto de la actividad delictiva. Asimismo, en el artículo 23 de la Ley para la Prevención del Lavado de Dinero de la India, de 2002, se afirma que, “cuando el lavado de dinero involucra dos o más transacciones interrelacionadas, y se demuestra que una o más de ellas están involucradas en el blanqueo de dinero”, se “presume que las restantes transacciones forman parte de dichas transacciones interrelacionadas”, a menos que se demuestre otra cosa (<https://enforcementdirector.gov.in/PreventionOfMoneyLaunderingAct2002.pdf?p1=1208271601217172513>).

Producto derivado de delitos cometidos en el extranjero

La corrupción y otros delitos suelen generar ingresos ilegales en una jurisdicción que se invierten en otra. La mayoría de las leyes de confiscación establecen que las jurisdicciones pueden permitir la recuperación de los activos obtenidos como resultado de delitos cometidos en el extranjero, entre los que se incluyen la corrupción pública o el robo de fondos públicos.

En algunas jurisdicciones, alcanza con demostrar que el delito cometido en el extranjero implicó una conducta que es ilícita en ambas jurisdicciones²⁵. Otras tienen una lista específica de delitos graves en los que se justifica la confiscación, como la corrupción en el extranjero, el narcotráfico y los delitos violentos²⁶.

Instrumentos del delito

Los “instrumentos” son generalmente activos utilizados o que van a utilizarse de alguna forma para cometer o facilitar la comisión de un delito (por ejemplo, un vehículo utilizado para llevar un soborno en efectivo de elevado valor a su receptor). Los activos pueden convertirse en instrumentos aun si han sido legítimamente adquiridos con fondos obtenidos de forma legal. Es el fin ilícito para el que se hayan utilizado lo que los transforma en un instrumento.

Una cuestión que deben tener en cuenta los profesionales intervinientes es la definición de “uso”, ya sea que figure en la legislación o provenga de la jurisprudencia. Por ejemplo, si un funcionario corrupto utiliza un teléfono en una casa para aceptar un soborno y hacer los arreglos para su entrega, la cuestión de si la casa se “usó” en un grado sustancial o suficiente para cometer el delito es debatible. Otro ejemplo es el de un yate donde se haya agasajado con lujos a un funcionario corrupto.

Los tribunales de algunas jurisdicciones exigen que exista más que una vinculación accidental o incidental entre el activo y el delito: este último debe estar relacionado con el uso del activo, debe depender de él o debe haberse derivado directamente de su uso, o debe determinarse que el delito no podría haberse cometido sin el activo²⁷. Algunos tribunales de otras jurisdicciones han determinado que la utilización de los activos, sin importar cuan secundaria sea, es un “uso” a efectos de la confiscación. En tales casos —cuando la legislación establece que “uso” significa “en vinculación con” un delito—, los activos que se hayan usado indirectamente como instrumento del delito son pasibles de confiscación.

²⁵ Véase, por ejemplo, la Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito, de 2002, art. 241; y el Código Penal de Liechtenstein, art. 20b 2).

²⁶ El derecho de Estados Unidos contempla solo seis categorías de delitos que justifican una orden de confiscación relativa al producto de un delito cometido en el extranjero. Véase el título 18 del Código de Estados Unidos, art. 1956 c) 7) B).

²⁷ *Re an Application Pursuant to Drugs Misuse Act 1986*, [1988] 2 Qd. (En relación con una solicitud presentada en virtud de la Ley de Abuso de Drogas de 1986 [1988] 2 Queensland). R. 506 (Australia).

En la mayoría de las jurisdicciones, la confiscación de los instrumentos está limitada por requisitos constitucionales o reglamentarios que establecen que no podrá ser desproporcionada en relación con la gravedad del delito penal²⁸.

7.3.2 Confiscación basada en el valor

A diferencia de las órdenes de confiscación basadas en la propiedad, que están dirigidas a activos específicos, la confiscación basada en el valor se centra en lo que valen los beneficios derivados de una conducta delictiva y a menudo impone una sanción pecuniaria equivalente a ese monto. En este mecanismo, se cuantifican los beneficios que el acusado obtuvo del delito (beneficios directos), y a menudo cualquier aumento de valor derivado de la apreciación de los activos (beneficios indirectos). En la sentencia, el tribunal impone al acusado una obligación equivalente al beneficio. Esta sentencia podrá ejecutarse mediante el cobro de una deuda o una multa contra cualquier activo del acusado, tenga o no relación con el delito. Los profesionales intervinientes deberán determinar cómo ejecutar la sentencia cuando los activos sean propiedad de una entidad o una persona insolvente (tal como se analiza en la sección 10.5 del capítulo 10, sobre los procedimientos de insolvencia).

La ausencia del requisito de que los activos específicos estén vinculados con un delito por lo general permite que el profesional interviniente obtenga una sentencia de confiscación. Sin embargo, los beneficios deben estar vinculados a los delitos que constituyen la base de la condena del acusado. Además, los activos se limitan a los que son propiedad del acusado, si bien este problema a menudo se resuelve mediante presunciones y definiciones de “propiedad” más amplias, que incluyen los activos que el demandado tiene en su poder, controla o ha entregado como obsequio (véase la sección 5.4.1 del capítulo 5, sobre la identificación de activos sujetos a medidas provisionales).

Al igual que en la confiscación basada en la propiedad, la definición y la interpretación legislativa de los términos clave son esenciales. Se exponen a continuación algunas cuestiones que podrían plantearse durante la etapa del litigio.

²⁸ En Estados Unidos, el Gobierno debe demostrar que el instrumento estaba “sustancialmente vinculado” con el delito y que su decomiso no sería exageradamente desproporcionado en relación con la gravedad de la acción. Véase el título 18 del Código de Estados Unidos, arts. 983 c) 3) y g).

Evaluación de los beneficios

En general, el término “beneficios” tiene una definición amplia que incluye el valor total de los beneficios en efectivo o distintos del efectivo que el acusado (o un tercero a instancias de este) recibe directa o indirectamente como consecuencia del delito (véase en la sección 7.3.1 la descripción de producto directo e indirecto). Los beneficios a menudo abarcan más que las ventajas financieras²⁹ e incluyen lo siguiente:

- El monto de dinero y el valor de los activos (incluidos los “ilegales”) efectivamente recibidos como resultado de la comisión de un delito³⁰.
- El valor de los activos derivados u obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, sea por el acusado o por un tercero a instancias de este.
- El valor de los beneficios, los servicios o las ventajas acumuladas (por el demandado o por un tercero a instancias de este) directa o indirectamente como resultado del delito (por ejemplo, el valor de un agasajo de lujo en un caso de soborno³¹, o el valor del trabajo manual o doméstico forzoso, entre otros, en un caso de tráfico de personas o de contrabando).
- El valor de los beneficios derivados directa o indirectamente de actividades delictivas previas o relacionadas.

En algunas jurisdicciones, puede inferirse la existencia de beneficios si el valor de los activos en manos de una persona antes y después de la comisión de un delito ha aumentado³².

Los beneficios están vinculados a los delitos que constituyen la base de la condena del acusado. Cuando los fiscales llevan adelante el proceso en función de una selección de cargos que representan las actividades delictivas generales del acusado y logran una gama apropiada de opciones de condena³³, disponen de varios métodos para abordar

²⁹ Algunas jurisdicciones brindan orientaciones a través de la legislación. Véase, por ejemplo, la Ley sobre los Productos del Delito de Australia, de 2002, art. 122.

³⁰ Los beneficios pueden incluir tanto activos legítimos como ilegítimos o ilícitos (por ejemplo, las ganancias generadas por empresas ilegales). El valor de los beneficios ilegítimos es difícil de determinar y debe estimarse sobre la base de las pruebas disponibles. Para los profesionales intervinientes, son mucho más útiles los sistemas de confiscación basados en el valor que tienen procedimientos flexibles para establecer el valor de los beneficios, como los que permiten determinarlos en función de su valor en el mercado negro y de deducciones formuladas acerca del período del delito a partir de los ingresos de un período determinado.

³¹ Algunos casos recientes han revelado el pago de sobornos en la forma de agasajos costosos, por ejemplo, una cena de USD 90 000 para seis personas, gastos de viajes y excursiones a parques temáticos, y el uso de los activos.

³² Esta inferencia sobre los beneficios se realiza en las jurisdicciones que tienen leyes contra el enriquecimiento ilícito o los recursos injustos, como Argentina y Colombia. Aquí cabe mencionar que en Francia se ha introducido un nuevo delito de “posesión de activos injustificados” (cuando hay una relación evidente con actividades de la delincuencia organizada) que no existe en otros Estados miembros de la UE (EC [CE], 2016).

³³ Esto no sería un problema si se procesara al acusado por un delito de enriquecimiento ilícito o recursos injustos, porque todos los beneficios estarían vinculados a ese único delito.

los potenciales problemas vinculados con la determinación del valor de las ganancias ilícitas:

- *Cargos representativos que reflejan el curso continuo de la conducta delictiva durante un período de tiempo.* Donde se autorice, los cargos por un delito de corrupción cometido entre dos fechas determinadas darán lugar a la orden de confiscar todos los beneficios derivados de este “curso de conducta” a lo largo de todo el período.
- *Presunciones refutables y confiscación extendida.* Una presunción refutable planteada con respecto a una condena por un único delito podría llevar a concluir que los beneficios obtenidos durante un período específico provienen del delito. Tal presunción permitiría confiscar activos que quizás se deriven de otros delitos por los que el delincuente no ha sido ni acusado ni condenado. De manera similar, las disposiciones que permiten al tribunal confiscar activos “provenientes de actividades delictivas relacionadas” lo autorizan a incluir todas las actividades delictivas similares o conexas en el cálculo de los beneficios. (Para obtener más información, véanse las secciones 7.4.1 y 7.4.3 más adelante). En el recuadro 7.6 se analiza cómo pueden usarse las “actividades relacionadas” para reflejar la totalidad del beneficio.

RECUADRO 7.6

Uso de “actividades relacionadas” para calcular el beneficio total de un delito: Ejemplo

Durante un período de dos meses, la señora X, funcionaria de aduanas, aceptó sobornos de tres agentes encubiertos. Los sobornos ascendieron a USD 20 000. Las pruebas demostraron que estaba planeando nuevos acuerdos para recibir más sobornos, y que su fortuna había aumentado USD 500 000 más de lo que cabría esperar que hubiera ahorrado a partir de su salario público durante los dos años anteriores. Los investigadores también descubrieron varios ROS sobre transacciones no explicadas de la señora X por elevadas sumas de dinero en efectivo.

La señora X fue declarada culpable de tres cargos de corrupción sobre la base de los sobornos entregados por los agentes encubiertos. El fiscal solicitó una orden para confiscar los beneficios derivados de la comisión de los tres delitos y de cualquier “actividad delictiva relacionada con el delito”, opción disponible en virtud de la ley de confiscación de la jurisdicción. Presentó pruebas de que la señora X se dedicaba a pedir sobornos a los importadores, y de que el inexplicable incremento de USD 500 000 en su patrimonio se derivaba de los actos corruptos por los que fue condenada. El tribunal dictó una sentencia por valor de USD 520 000, el importe de los tres sobornos más el valor de los beneficios generados por los delitos relacionados.

Si no se hubiese incluido la cláusula de “actividades relacionadas” en la legislación, la fiscalía solo podría haber solicitado una orden por USD 20 000, el monto de los tres sobornos.

- *Cargos contra el acusado por asociación ilícita global.* En las jurisdicciones que no tienen disposiciones sobre confiscaciones ampliadas y que limitan las órdenes de confiscación a los bienes involucrados en los delitos en los que se basa la condena, el fiscal puede solicitar la recuperación de todo el producto obtenido y los instrumentos implicados en el contexto de la asociación ilícita.

Si el sistema jurídico correspondiente permite una orden de confiscación basada en el valor solo para el delito por el que se juzga al acusado, el profesional interviniente deberá ser cauteloso al elegir los cargos que se presentarán contra el acusado (es decir, elegir el delito según lo que se desee confiscar). Además, cualquier decisión de retirar o modificar los cargos debe evaluarse con cuidado, ya que los efectos sobre el cálculo de los beneficios pueden ser drásticos.

Beneficios brutos o netos

En la mayoría de las jurisdicciones³⁴, el término “beneficios” se define expresamente como “beneficios brutos” y no “beneficios netos” o “ganancias”. Un cálculo basado en los “beneficios netos” permitiría a los funcionarios corruptos deducir los costos legales, bancarios, de transporte y similares pagados en el proceso de lavado de los fondos, con lo que podría conservar para sí parte del producto. Además, de las políticas públicas no se deriva ninguna razón por la cual una persona que recibe beneficios del Estado sobornando a un funcionario público deba poder deducir el costo del pago del soborno.

En cualquier caso, el cálculo de los beneficios brutos no debe verse afectado por la pérdida de valor o la desaparición de un activo, dado que el valor de los beneficios penales se “cristaliza” en el momento en que estos se generan.

Responsabilidad solidaria

En algunas jurisdicciones, los acusados pueden ser considerados conjunta y solidariamente responsables en las órdenes de confiscación basadas en el valor. El resultado es que puede recuperarse el valor total del beneficio de cualquiera de los condenados. Por ejemplo, si un delito cometido por cinco personas generó un beneficio total de USD 500 000, se puede recuperar el importe total de cualquiera de los individuos, en lugar de recuperar USD 100 000 de cada uno. Esto es útil si, por ejemplo, cuatro de los acusados son insolventes, pero el quinto tiene activos por USD 1 millón.

Sin embargo, es posible que las jurisdicciones que autorizan la responsabilidad conjunta y solidaria limiten la imposición de la orden de confiscación a los líderes de la organización delictiva encargados de decidir cómo se distribuía el producto de los actos delictivos o a las personas que actuaron en confabulación (como familiares que hayan adquirido en conjunto productos de una actividad delictiva), y prohíban responsabilizar a los participantes de un nivel más bajo por beneficios que no obtuvieron personalmente.

³⁴ Los Países Bajos son una excepción: allí el cálculo se basa en las ganancias netas.

7.3.3 Discrecionalidad de la confiscación

En algunas jurisdicciones, es obligatorio dictar una orden de confiscación tras emitir una condena por un delito penal. En otras, la facultad del tribunal para dictar una orden de confiscación es discrecional³⁵. Algunas leyes sobre confiscación establecen factores concretos que el tribunal debe tener en cuenta al ejercer su discrecionalidad de conceder o denegar la confiscación. Estos factores incluyen los siguientes:

- Las *dificultades* que enfrentará una persona si se dicta la orden.
- El *uso ordinario* que se da al activo objeto de confiscación.
- La *proporcionalidad* entre el delito y el monto que se confiscará³⁶.

7.3.4 Desafíos al determinar el valor del producto

La tarea de valorar el producto de un delito (o, en el caso de la confiscación basada en el valor, de los “beneficios”) puede ser difícil. Por ejemplo, cuando una empresa paga un soborno para asegurarse de que su oferta resulte ganadora en la adjudicación de un contrato militar, hay varias opciones para determinar el valor del producto o los beneficios. Es posible que los profesionales intervinientes deban considerar las repercusiones financieras del contrato para la empresa, quizás con la ayuda de contadores o expertos financieros. Los pagos recibidos en el contexto del contrato generarán ingresos (el valor bruto del contrato) y gastos (los costos en los que se incurre para realizar las tareas). La simple eliminación de la competencia también puede tener consecuencias a largo plazo, ya que le asegura a la empresa que tendrá una ventaja competitiva para adjudicarse otros contratos. Como resultado, las opciones para calcular los beneficios incluyen las siguientes³⁷:

- *Valor bruto del contrato*. Si el contrato tenía por objeto la provisión de dos botes patrulleros de USD 50 millones cada uno, el valor del beneficio ascendería a USD 100 millones. En este método se da por sentado que el presunto delincuente no habría sido adjudicatario del contrato si no hubiese pagado el soborno (una suposición que puede o no ser correcta).
- *Ganancias netas derivadas del contrato*. En el ejemplo anterior, si la empresa incurrió en gastos por USD 60 millones (compra de bienes y servicios, salarios y otros) para suministrar los botes, las ganancias netas serían de USD 40 millones. En la mayoría de las jurisdicciones, el monto del soborno no es deducible.

³⁵ En estos casos, la legislación indica que el tribunal “puede” ordenar la confiscación cuando se cumplen los requisitos.

³⁶ “Dificultades”, “uso ordinario” y “proporcionalidad” son conceptos que suelen aplicarse en los casos relacionados con los instrumentos, por ejemplo, una residencia familiar adquirida lícitamente, pero que también se utiliza como base para actividades ilícitas (fines lícitos e ilícitos). Véase, por ejemplo, Prophet c. Director Nacional de la Fiscalía (CCT56/05) [2006], ZACC 17, en el que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica señaló los factores que deben tenerse en cuenta al decidir decomisar una residencia como “instrumento” de una operación de narcotráfico.

³⁷ Véase un análisis más exhaustivo en OECD (OCDE) y World Bank (Banco Mundial) (2012).

- *Valor de los beneficios adicionales que se derivan de eliminar la competencia del contrato.* Esto puede ser difícil de cuantificar y quizás exija cálculos económicos complejos. Sin embargo, para calcular el aumento de ganancias, una posibilidad es utilizar el valor de los contratos obtenidos tras la primera transacción corrupta.

7.3.5 Uso de testimonios de peritos y resúmenes de testimonios para presentar al tribunal pruebas para la confiscación

Es posible que al juez (o al jurado) le resulte difícil comprender las pruebas que demuestran el vínculo entre el activo y el delito o el valor de los beneficios. Con frecuencia es mejor mostrar estas pruebas mediante diagramas de flujo y hojas de cálculo que presenten el material financiero de una forma más comprensible (véanse los modelos de diagramas de flujo en los gráficos 4.3 y 4.4 del capítulo 4).

En este sentido, puede ser útil recurrir a un contador forense o un investigador financiero con formación y experiencia en la presentación de pruebas. Siempre que se permita, el testigo puede presentar un resumen de la prueba en la forma de hojas de cálculo o gráficos que, si se preparan adecuadamente, pueden ilustrar con claridad cómo se obtuvieron los beneficios y el funcionamiento de tramas complejas. Es importante asegurarse de que las presentaciones de apoyo sean exactas y que reflejen de manera precisa las pruebas de los documentos originales: un error fáctico o metodológico puede poner en duda la credibilidad de las pruebas, con efectos sumamente graves para los argumentos de la fiscalía.

7.3.6 Disposición de los activos confiscados

Las leyes sobre confiscación suelen exigir que los activos confiscados se liquiden y que los ingresos se depositen en una cuenta consolidada del Gobierno o de la tesorería general. Varias jurisdicciones han creado fondos de activos confiscados en los que deben depositarse los activos enajenados³⁸. Estos fondos se utilizan para promover la aplicación de la ley y los programas de confiscación, entre otras cosas, financiando la compra de equipos, la capacitación, los gastos de investigación, la gestión fiscal de los activos y los costos de liquidación (Greenberg y otros, 2009, págs. 90 a 94; World Bank [Banco Mundial], 2009). Véase en el capítulo 6 un análisis de las cuestiones relacionadas con la administración de los activos sujetos a confiscación.

7.4 Mejoras en la confiscación

La mayoría de las jurisdicciones prevén ayudas o mejoras procesales diseñadas para aumentar la eficacia de la ley sobre confiscación o confiscar una gama amplia de

³⁸ Entre estas jurisdicciones se incluyen Australia, Canadá, España, Estados Unidos, Italia, Luxemburgo, Namibia y Sudáfrica. Véase la lista de jurisdicciones que cuentan con fondos de confiscación en Greenberg y otros (2009, pág. 91).

activos³⁹. Por ejemplo, como se analiza en la sección 7.4.2, la legislación puede disponer que, cuando los bienes derivados de un delito o usados para cometerlo no estén disponibles, se confisque un “activo sustitutivo”.

7.4.1 Presunciones refutables

Como se señala en la introducción, una presunción es una inferencia sobre la veracidad de una proposición o un hecho que se extrae de un conjunto definido de circunstancias mediante un proceso de razonamiento probable en ausencia de certezas. Por lo tanto, si un profesional interviniente concluye que el conjunto de circunstancias definidas es suficiente para justificar una presunción, la parte contra la cual surge la presunción debe refutarla presentando pruebas. Si no lo consigue, la presunción *prima facie* se convierte en un hecho irrefutable.

En el derecho penal, se da primacía a la presunción de inocencia, esto es, el derecho legal o constitucional del acusado a que se lo considere inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. Corresponde a la fiscalía demostrar la culpabilidad hasta el grado necesario, y, de no lograrlo, el resultado es una sentencia absolutoria. Las presunciones refutables no se utilizan con demasiada frecuencia en las causas penales porque tienen el efecto de invertir la carga de la prueba⁴⁰. Sin embargo, son más comunes en la confiscación y en los procedimientos civiles y de otro tipo, en los que no se aplica la presunción de inocencia debido a que no se considera que estén en juego responsabilidades penales ni libertades individuales⁴¹.

Las presunciones son de gran utilidad en los casos de confiscación contra funcionarios públicos corruptos (en especial, los que han ocupado sus cargos por largo tiempo) porque en general han tenido muchas oportunidades para malversar y ocultar fondos y a menudo pueden influir en los testigos y malograr las investigaciones sobre sus activos. Al eximir a la fiscalía de la carga de tener que demostrar que existe un vínculo entre el patrimonio no justificado y una conducta ilícita específica, la posibilidad de obtener una condena o una sentencia de confiscación aumenta considerablemente. En el contexto de los esfuerzos por recuperar activos robados tras la caída de un régimen corrupto, pueden ser de utilidad las leyes que prevén la presunción de que los activos en manos de integrantes de una organización delictiva están vinculados con actividades corruptas⁴².

³⁹ Diversos convenios y acuerdos internacionales promueven estas mejoras (véase la UNCAC, arts. 48, 59; y la *Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, art. 5 [OJ L 127, 29/04/2014], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=EN>).

⁴⁰ Por ejemplo, de no mediar pruebas en contrario, puede suponerse que una persona que está en posesión de una cantidad de droga que supera la autorizada es un narcotraficante.

⁴¹ Cabe destacar que la confiscación penal se realiza después de que se dicta la condena. En los procedimientos encuadrados en la legislación fiscal y aduanera también se aplican tales presunciones.

⁴² Por ejemplo, Código Penal Suizo (CC 311.0), art. 72, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>.

Las presunciones son herramientas de gran alcance, y los profesionales intervinientes deben asegurarse de que se usen adecuadamente. Todo abuso reiterado de las herramientas disponibles puede dañar la reputación de todo el sistema de confiscación⁴³. Por ejemplo, el uso de presunciones para confiscar todos los activos de una persona que ha cometido un delito relativamente menor podría suscitar dudas sobre la integridad del sistema de confiscación. Las bases habituales de las presunciones son las siguientes:

- *Posesión*. Según esta presunción, los activos que estén en posesión de una persona en el momento del delito, o poco antes o poco después, se considerarán productos o instrumentos del delito.
- *Vinculaciones*. Esta presunción se ha aplicado en casos de delincuencia organizada en los que se presume que los activos que pertenecen a una persona que ha participado en una organización delictiva o que la ha apoyado están a disposición de la organización y pueden ser confiscados⁴⁴. La inclusión de esta mejora ayuda a atacar la base económica de los grupos delictivos afianzados.
- *Estilo de vida*⁴⁵. Esta presunción puede aplicarse cuando el fiscal logra demostrar que el acusado no tiene suficientes fuentes legítimas de ingresos para justificar el valor de los activos que ha acumulado en un período dado⁴⁶. Los activos que pueda demostrar que fueron adquiridos lícitamente pueden quedar excluidos de la orden de confiscación. Esta presunción exige que el acusado justifique más activos que los relacionados con un delito específico.
- *Transferencias de activos*. La ley puede imponer una presunción en virtud de la cual no se consideran legítimas las transferencias a familiares y a allegados o

⁴³ Algunas jurisdicciones han reservado la aplicación de ciertas presunciones a los delitos graves, como se establece, por ejemplo, en la Ley de Confiscación de 1987 del estado de Victoria (Australia) y en la Ley sobre los Productos del Delito de Australia, de 2002. En el Reino Unido, en los procesos de confiscación basada en el valor se permite recurrir a presunciones solo en los casos de “estilo de vida delictivo”: Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito, de 2002, art. 6. En Estados Unidos, la presunción únicamente puede aplicarse en los casos de narcotráfico: título 21 del Código de Estados Unidos, art. 853 d).

⁴⁴ En 2005, el Tribunal Federal Supremo de Suiza dictaminó que el exdictador de Nigeria Sani Abacha, sus familiares y sus asociados habían constituido una organización delictiva y, en virtud de estas disposiciones, ordenó la confiscación y restitución de USD 458 millones en activos relacionados con Abacha (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, págs. 18 a 20; esto también se analiza en el recuadro 4.4 del capítulo 4). Véase también el Código Penal Suizo (CC 311.0), art. 72: “El tribunal ordenará el decomiso de todos los activos que estén sujetos a las facultades de disposición de una organización delictiva. En el caso de los activos de una persona que participe en una organización delictiva o la apoye (art. 260^{ter}), se presume que los activos están sujetos a las facultades de disposición de la organización hasta que se demuestre lo contrario” (21 de septiembre de 1937 [situación al 1 de septiembre de 2017], <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201709010000/311.0.pdf>).

⁴⁵ Una presunción basada en el estilo de vida es independiente y distinta del delito de enriquecimiento ilícito o de recursos injustos. Aunque a menudo la definición es la misma, los procedimientos aplicados son diferentes.

⁴⁶ En Sudáfrica, la presunción se extiende por un período de siete años antes del inicio del procedimiento (Segunda Enmienda a la Ley de Prevención de la Delincuencia Organizada, n.º 38 de 1999, art. 22). En el Reino Unido, el período de presunción es de seis años para los acusados que han llevado adelante un estilo de vida delictivo (Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito, art. 10 [8]). Véase también el Código Penal de Francia, art. 131-21.

cualquier transferencia por un valor inferior al del mercado⁴⁷. El titular tendrá que probar que el bien fue objeto de una transacción en igualdad de condiciones en la que se pagó el precio de mercado⁴⁸. Si la presunción no se refuta, la transferencia será invalidada.

- *Naturaleza del delito*. Esta presunción por lo general se vincula con delitos particularmente graves, como el tráfico de grandes cantidades de drogas, las formas graves de corrupción o fraude, la extorsión o la delincuencia organizada. Cuando la persona es declarada culpable de ese delito, se plantea una presunción refutable y se presume que los activos acumulados durante cierto período anterior y posterior al delito son producto de este y están sujetos a confiscación⁴⁹.
- *Origen ilícito y patrimonio no justificado*. Esta presunción podría aplicarse en los casos en que la riqueza de una persona expuesta políticamente ha aumentado de manera considerable y existen motivos para creer que este incremento es fruto de la corrupción, en particular si el país de origen de la persona presenta niveles elevados de corrupción (véase el recuadro 7.7 sobre la legislación suiza pertinente y los activos de Duvalier). En el Reino Unido, si un demandado no cumple las exigencias de un requerimiento de justificación patrimonial emitido por un tribunal dentro del plazo previsto para la respuesta, el bien será pasible de recuperación en virtud de cualquier acción de recuperación civil posterior (tal como se describe en la sección 3.4.10 y en el recuadro 3.11 del capítulo 3).

RECUADRO 7.7

Haití: Presunción de origen ilícito según la Ley de Suiza sobre Restitución de Activos Ilícitos en el caso de Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier

El derecho suizo y la presunción de origen ilícito: Para ampliar el conjunto de sus herramientas jurídicas de recuperación de activos, en 2011 Suiza adoptó la Ley Federal sobre Restitución de Activos Obtenidos Ilícitamente por Personas Expuestas Políticamente (la “Ley de Restitución de Activos Ilícitos”, o RIAA). Esta ley contiene disposiciones que podrían aplicarse a países de origen con estructuras estatales débiles. Reviste particular importancia la introducción de la presunción sobre el origen ilícito de los activos en el artículo 6 de la RIAA.

Más específicamente, se considerará que el origen de los activos es ilícito cuando a) “el patrimonio de la persona que tiene facultades de disposición con respecto a los activos ha registrado un aumento extraordinario vinculado con el ejercicio de un cargo público por parte de la persona expuesta políticamente”, y b) “el nivel de

(continúa en la página siguiente)

⁴⁷ En Tailandia, se presume que las transferencias de bienes entre familiares son deshonestas (Ley contra el Lavado de Dinero, B.E. 2542 [1999], arts. 51 y 52).

⁴⁸ En Colombia, la parte que intenta refutar la presunción también debe demostrar que la transacción realmente tuvo lugar (es decir, que el adquirente tenía ingresos suficientes para la compra y el vendedor recibió los fondos).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el título 21 del Código de Estados Unidos, art. 853 d), que establece que los bienes adquiridos durante el transcurso de un delito de narcotráfico se consideran un producto de la droga.

corrupción del país de origen [...] se considera elevado”^a. La noción de “aumento extraordinario” se aplica a los casos en que se observa una diferencia importante e inexplicable entre los ingresos de un funcionario público y los activos en cuestión (Adam, 2013, págs. 253, 259). Los niveles de corrupción en un país pueden calificarse como “elevados” en función de las investigaciones publicadas por instituciones y organizaciones reconocidas, como el Banco Mundial y Transparencia Internacional (Adam, 2013, pág. 260).

La presunción aplicada a los activos de Duvalier: Tras la muerte de su padre, François “Papa Doc” Duvalier, Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier lo sucedió como presidente de Haití desde 1971 hasta 1986, cuando se vio obligado a huir del país. Durante su presidencia, Baby Doc y sus asociados malversaron activos por millones de dólares y los ocultaron en Suiza, entre otros países. Para finales de 2010, el monto total de los activos excedía los CHF 5 millones^b.

Las autoridades de Haití presentaron su primera solicitud de asistencia judicial internacional a Suiza en 1986 con el fin de congelar los activos de Duvalier. El Consejo Federal Suizo ordenó el congelamiento de los activos en 2002, decisión ratificada y confirmada por el Tribunal Federal Administrativo en 2013^c. Desde entonces, los activos han permanecido congelados en Suiza, sea dentro del marco del mecanismo de asistencia internacional en cuestiones penales o en virtud de la Constitución Federal de Suiza^d. Hasta 2009, las negociaciones con Haití para llegar a un arreglo y beneficiarse de la asistencia judicial recíproca no habían tenido éxito (Adam, 2013, pág. 258; Ivory, 2014, pág. 43).

En febrero de 2009, la Oficina Federal de Justicia de Suiza decidió que los activos serían devueltos a Haití para destinarlos a fines humanitarios, y se desestimó una apelación posterior. Sin embargo, en otro recurso de apelación presentado por el clan Duvalier ante el Tribunal Federal Supremo, se revocó la decisión de la Oficina Federal de Justicia principalmente debido a motivos de prescripción (Ivory, 2014, pág. 44)^e. Pese a esto, el Consejo Federal decidió mantener congelados los activos de Duvalier amparándose en la Constitución Federal, a la espera del análisis del Parlamento Suizo sobre la nueva ley federal referida a la restitución del patrimonio ilícito de personas expuestas políticamente. La RIAA, en la cual se preveía la presunción de origen ilícito, entró en vigor en febrero de 2011^f.

De conformidad con la RIAA, en febrero de 2011 el Consejo Federal ordenó el congelamiento administrativo de los activos de Duvalier, y el Departamento Federal de Finanzas comenzó el proceso de restitución dando inicio a los procedimientos de decomiso de activos en abril de 2011 (Ivory, 2014, pág. 45). Duvalier y sus demandantes asociados posteriormente presentaron una apelación ante el Tribunal Federal Administrativo contra la decisión del Consejo Federal^g.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 7.7

Haití: Presunción de origen ilícito según la Ley de Suiza sobre Restitución de Activos Ilícitos en el caso de Jean-Claude “Baby Doc” Duvalier (continuación)

En septiembre de 2013, el Tribunal ratificó la orden de congelamiento de 2002 del Consejo Federal y los procedimientos de decomiso de activos iniciados por el Departamento Federal de Finanzas en 2011, y falló en contra de los demandantes sobre la base de que la decisión del Consejo Federal era necesaria para preservar los intereses de Suiza^h. En particular, el Tribunal sostuvo que los activos en cuestión habían sido obtenidos de manera ilícita, y que Duvalier y sus asociados no habían logrado demostrar que el aumento de su patrimonio no se vinculara con sus tareas como funcionarios públicos. También señaló que el nivel de corrupción en Haití había sido sumamente elevado mientras los Duvalier ocuparon cargos, y concluyó que se “cumplieron las condiciones para determinar el origen ilícito de los activos”ⁱ.

En última instancia, la restitución de los fondos no pudo materializarse. El procedimiento penal en Haití quedó anulado en 2014 debido al vencimiento del plazo de prescripción, y Duvalier falleció en octubre de 2014.

a. Ley de Restitución de Activos Ilícitos (RIAA), art. 6, párr. 1, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20100418/201102010000/196.1.pdf>.

b. Tribunal Federal Administrativo (FAC) (2013), *FAC Confirms Freezing and Forfeiture of Duvalier Assets* (El Tribunal Federal Administrativo confirma congelamiento y decomiso de activos de Duvalier), comunicado de prensa (decisiones C-1371/2010 y C-2528/2011), 25 de septiembre de 2013, https://www.bvger.ch/dam/bvger/de/dokumente/juricom/pressemitteilungen/c-1371_2010_c-25282011facconfirmsfreezingandforfeitureofduvalier.pdf/download.pdf/c-1371_2010_c-25282011facconfirmsfreezingandforfeitureofduvalier.pdf.

c. Tribunal Federal Administrativo (2013), *FAC Confirms Freezing*, 25 de septiembre de 2013.

d. Consejo Federal Suizo (2010), *The Duvalier Accounts Remain Blocked While a Draft Law Will Be Reviewed that Could Permit Illicit Assets to Be Confiscated* (Las cuentas de Duvalier permanecen bloqueadas mientras se examina un proyecto de ley que podría autorizar la confiscación de activos ilícitos), comunicado de prensa, 3 de febrero de 2010 (consultado el 20 de septiembre de 2018), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-31463.html>.

e. Véase también Consejo Federal Suizo (2010), *The Duvalier Accounts* (Las cuentas de Duvalier), 3 de febrero de 2010.

f. RIAA, art. 6, párr. 1.

g. Tribunal Federal Administrativo (2013), *FAC Confirms Freezing*, 25 de septiembre de 2013.

h. Tribunal Federal Administrativo (2013), *FAC Confirms Freezing*, 25 de septiembre de 2013.

i. Tribunal Federal Administrativo (2013), *FAC Confirms Freezing*, 25 de septiembre de 2013.

Si bien la carga de refutar la presunción recae sobre el acusado, a menudo el fiscal presenta datos para contrarrestar cualquier prueba de refutación que aquel pueda mostrar y para ayudar al tribunal a concluir que el activo fue adquirido con fondos ilícitos o fue un instrumento del delito. La presencia de ese material hará mucho más difícil que el acusado refute la presunción con una simple afirmación sobre la legalidad de la fuente y del uso de los activos.

7.4.2 Disposiciones sobre activos sustitutos

Las disposiciones sobre activos sustitutos ayudan a superar los obstáculos que surgen a menudo en los sistemas de confiscación basados en la propiedad —por ejemplo, rastrear los activos hasta el delito, o vincularlos con él— permitiendo la confiscación de activos no relacionados con el delito. Dichas disposiciones pueden exigir presentar pruebas de que a) los activos originales fueron el resultado de un delito, o que un activo

en particular se utilizó como instrumento para cometerlo, y b) el activo no puede ser localizado o no está disponible.

Cuando se demuestra que el acusado ha hecho desaparecer el producto ilícito directo, el fiscal puede solicitar la confiscación de sus activos no contaminados por un valor equivalente.

Aunque las disposiciones sobre activos sustitutivos pueden no ser necesarias en las jurisdicciones que tienen leyes de confiscación basadas en el valor —puesto que imponen obligaciones pecuniarias sobre la persona beneficiada que pueden exigirse contra cualquiera de sus activos—, algunas igualmente autorizan la confiscación de activos sustitutivos como método para cumplir las sentencias basadas en la propiedad⁵⁰.

7.4.3 Confiscación ampliada

La confiscación penal ampliada es un tipo de confiscación con condena que se utiliza en los casos en que, aunque el vínculo causal entre los activos y el delito es débil o no está del todo claro, se presume que los activos son ilícitos (Boucht, 2017, págs. 117, 119). Algunas jurisdicciones autorizan a los tribunales a confiscar (o a incluir en la valoración de los beneficios) activos derivados de actividades delictivas similares o relacionadas⁵¹. No es necesario que el delincuente sea acusado de un delito por estas actividades relacionadas; sin embargo, el tribunal debe llegar a la conclusión de que las “actividades relacionadas” están suficientemente vinculadas con el delito (como se analiza, por ejemplo, en el recuadro 7.6).

En otras jurisdicciones, los tribunales permiten la confiscación de la totalidad o parte de los activos de una persona implicada o condenada, independientemente de que hayan sido adquiridos antes o después de la comisión de un delito⁵². A menudo estas disposiciones se limitan a delitos graves, como el terrorismo, la delincuencia organizada, el lavado de dinero, la corrupción o el narcotráfico, y se aplican solamente a los bienes que pertenecen al delincuente o que están bajo su control. En el recuadro 7.8 se analiza el mecanismo de confiscación preventiva de Italia.

⁵⁰ En Estados Unidos, los activos sustitutivos pueden confiscarse en todos los casos de confiscación penal, pero no mediante la confiscación sin condena.

⁵¹ Dichas facultades ampliadas de confiscación son un requisito en las jurisdicciones de la UE, de conformidad con la *Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* (OJ L 127, 29/04/2014), art. 5.

⁵² Código Penal Francés, art. 131-21.

En Italia la lucha contra la delincuencia organizada dio lugar a la introducción de disposiciones sobre confiscación preventiva en la legislación antimafia ya en 1982, y desde entonces se han introducido numerosas enmiendas (Mazzacuva, 2017, págs. 117, 119). Este tipo de confiscación no exige una condena penal^a. El principal requisito es una sospecha razonable de que determinada persona pertenece a una organización delictiva^b. Asimismo, la ley exige evaluar la “peligrosidad social” del individuo (es decir, la probabilidad de que cometa otros delitos) y demostrar que los activos en cuestión son desproporcionados en relación con sus ingresos (Mazzacuva, 2017).

Desde 2008, la confiscación preventiva se ha ampliado más allá de los delitos relacionados con la mafia y se aplica a diversos tipos de conducta delictiva. En los casos en que las autoridades no pueden rastrear los activos ilícitos, también es posible confiscar activos de un valor equivalente (Mazzacuva, 2017, pág. 104). Los procedimientos de confiscación pueden continuar aun si el sujeto fallece (TI Italia, 2013, pág. 11).

Según el sistema jurídico italiano, la confiscación penal y la preventiva tienen algunas semejanzas: ambas se centran en la desproporción entre los ingresos de la persona investigada y los activos en cuestión, y en la imposibilidad de explicar el origen de los activos (TI Italia, 2013, pág. 12). Sin embargo, en el caso de la confiscación penal, se necesita una condena, en tanto que, en la preventiva, es necesario demostrar la “peligrosidad social” de la persona investigada. Además, la confiscación penal puede aplicarse únicamente a los activos que se relacionan con el delito, en tanto que la preventiva puede abarcar activos no vinculados con él.

a. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha dictaminado que este tipo de confiscación sea de naturaleza penal y que justifique las protecciones aplicables a los procedimientos penales. Véanse Simonato (2017, págs. 365, 373) y M. c. Italia (n.º 12386/86, Decisión de la Comisión del 5 de abril de 1991), donde se argumenta que dichas medidas de confiscación tienen por objeto prevenir el uso ilícito, y en cierta forma peligroso para la sociedad, de posesiones cuyo origen lícito no ha podido establecerse.

b. Desde 2008, se exige que la persona haya cometido ciertos tipos de delitos que no necesariamente estén relacionados con la delincuencia organizada (Mazzacuva, 2017, pág. 103).

7.4.4 Mecanismos para anular las transferencias de activos

Además de la utilización de presunciones para anular ciertas transferencias de activos (véase la sección 7.4.1), algunas jurisdicciones han promulgado disposiciones reglamentarias en virtud de las cuales la propiedad de los activos confiscados se confiere al Estado o al Gobierno en el momento del acto ilícito que dio lugar a la confiscación⁵³. Si el activo posteriormente se transfiere, seguirá siendo objeto de confiscación, con la excepción de las transferencias a compradores de buena fe que no supieran que el activo estaba en esa situación.

⁵³ Este concepto se utiliza en Estados Unidos, donde se lo conoce como la “doctrina del retorno” (*relation-back doctrine*); véase el título 21 del Código de Estados Unidos, arts. 853 c), 881 h).

7.4.5 Confiscación automática tras la condena

Este tipo de disposición no da lugar a la aplicación de una presunción refutable, sino a la confiscación efectiva mediante la aplicación automática de la norma. La disposición elimina la necesidad de obtener una decisión judicial una vez que se cumplen determinadas condiciones⁵⁴. La persona que reclama una participación en un activo sujeto a confiscación automática, sea un demandado, un propietario inocente o un tercero, podrá solicitar que el activo quede excluido de la aplicación de la ley si demuestra que su origen y uso fueron lícitos. La carga de la prueba recae sobre el reclamante.

7.5 Intereses de terceros

Los terceros que pudieran tener un interés legal en los activos sujetos a confiscación tienen derecho a recibir notificación y a ser escuchados⁵⁵. Por lo general, se notifica a los individuos que, según las autoridades, pueden tener un interés legalmente reconocido. Se debe cumplir con este trámite de forma amplia. A su vez, si alguien indica que es titular de un interés, tendrá derecho a recibir una notificación. Dado que con la confiscación se extinguen todos los derechos sobre el activo, usualmente también se alerta a la población en general a través de periódicos, boletines jurídicos o internet. En la orden de inmovilización también deben especificarse los procedimientos que se utilizarán para reconocer los intereses legítimos de terceros. (Véase un análisis de esta cuestión en la sección 5.6 del capítulo 5).

Algunas jurisdicciones autorizan la comparecencia antes del juicio de terceros que puedan presentar ciertas defensas limitadas, por ejemplo, que la inmovilización provisional está causando dificultades graves o que el activo tiene un origen legítimo y se necesita para los gastos de manutención.

Los pasos procesales para declarar intereses de terceros pueden variar, según se trate de una confiscación penal o sin condena. En general, en las confiscaciones penales, debe haber concluido el procedimiento penal referido al delito subyacente y debe haberse ordenado la confiscación de los activos del acusado antes de que el tribunal analice los intereses de terceros en un procedimiento auxiliar posterior a la condena. En dicho procedimiento, se fallará en favor del tercero si logra demostrar que el bien era suyo en el momento del delito, y no del acusado, o que posteriormente lo adquirió como comprador de buena fe⁵⁶.

Cabe destacar que, en un caso de ese tipo, se puede fallar a favor del tercero aun si fue cómplice del delito. Si se le impidió participar en el juicio penal, es posible que confiscar sus bienes sin darle la oportunidad de objetar el fundamento de la confiscación se

⁵⁴ La confiscación automática se aplica en Australia.

⁵⁵ UNCAC, arts. 31 9), 35, 55 3) c), 57; UNTOC, arts. 12 8), 13 8); Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 5 8).

⁵⁶ En Estados Unidos, este procedimiento se prescribe por ley: título 21 del Código de Estados Unidos, art. 853 n).

considere una violación del debido proceso. Los sistemas de confiscación sin condena brindan al Gobierno un medio para recuperar los bienes de tales terceros cómplices, dado que exigen que el Gobierno demuestre que el delito ocurrió y —en un procedimiento independiente que involucra al tercero— que el bien se utilizó para cometer el delito.

Por lo general, en los sistemas de confiscación sin condena, la parte debe demostrar que a) tiene un interés legal y reconocido en los activos, y o bien b) que el interés surgió antes de la comisión del delito penal y que la parte no tenía razones para creer que los activos estaban implicados en el delito subyacente, o bien c) que el interés en los activos surgió después de que se cometiera el delito, y que la parte compró los activos de buena fe. En ocasiones esto se denomina la defensa del “propietario inocente”⁵⁷.

7.6 Desafíos jurídicos que deben tenerse en cuenta al promulgar legislación sobre confiscación

Como ocurre con cualquier ley, las normas sobre confiscación han sido objeto de impugnaciones tanto ante tribunales nacionales como internacionales. Las objeciones han incluido debates sobre los derechos de propiedad y, en el caso de las confiscaciones sin condena, sobre la medida en que las personas contra quienes se ejerce la confiscación tienen las mismas garantías procesales reglamentarias que se ofrecen a quienes están involucrados en causas penales, como la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado ante un tribunal penal, el derecho a no autoincriminarse y las protecciones contra el doble castigo y el castigo retrospectivo.

Muchos de estos debates se han centrado en la cuestión de si la confiscación debe considerarse un castigo o una medida reparatoria. Por ejemplo, si se la considera un castigo, los procedimientos de confiscación deberán brindar las mismas protecciones que el proceso penal.

En contraste, si se la considera una medida reparatoria, deberá ampliarse el alcance de la aplicación. Puede incluir audiencias ante organismos administrativos o tribunales civiles y basarse en un estándar probatorio distinto, en presunciones refutables (que se autorizan en diversas jurisdicciones para determinados delitos penales) y en la

⁵⁷ En Estados Unidos, la defensa del propietario inocente en los casos de decomiso civil se establece en el título 18 del Código de Estados Unidos, art. 983 d).

aplicación retrospectiva. En última instancia, muchas jurisdicciones han adoptado un enfoque que permite una aplicación más amplia⁵⁸.

En algunas jurisdicciones, los debates sobre la naturaleza de la confiscación se reflejaron de una manera distinta: en las que consideran que la confiscación es un castigo, su aplicación se limita a los casos en que la ley la establece expresamente; en las que la consideran una medida reparatoria, la confiscación tiene un alcance más amplio y se aplica de manera universal a todos los delitos que generan ganancias ilícitas, a menos que se excluyan expresamente⁵⁹.

Un régimen de confiscación debe permitir la identificación, rastreo, incautación o inmovilización, administración, confiscación, liquidación e intercambio o devolución de los productos e instrumentos. Las autoridades también pueden evaluar la posibilidad de mejorar el marco jurídico referido a la confiscación definiendo las presunciones refutables. Además, debido a que la mayoría de los delitos de gran escala en que se generan ganancias (incluidos los casos de corrupción y de lavado de dinero) tienden a involucrar a varios países, el régimen de confiscación debe brindar maneras de hacer cumplir las órdenes de confiscación en el extranjero.

7.7 Confiscación de activos ubicados en jurisdicciones extranjeras

Es muy común que las investigaciones sobre corrupción y lavado de dinero vayan más allá de las fronteras nacionales y, por lo tanto, exijan la cooperación con jurisdicciones

⁵⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, cuando el monto se limite a los beneficios obtenidos y no se pueda sustituir por una pena de cárcel, sino por otras medidas basadas en el valor económico, la confiscación de los productos del delito tendrá carácter reparatorio: véanse *Welch c. Reino Unido* (n.º 17440/90, 9 de febrero de 1995); *Philips c. Reino Unido* (n.º 41087/98, 5 de julio de 2001), y *Butler c. Reino Unido* (n.º 41661/98, 27 de junio de 2002). Más recientemente, en *Gogitidze c. Georgia* (n.º 36862/05, 12 de mayo de 2015), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que (párr. 126) el decomiso de una propiedad ordenado como resultado de un procedimiento civil *in rem* sin una determinación de cargos penales no es una medida punitiva, sino de naturaleza preventiva o reparatoria. Para ver ejemplos de jurisdicciones específicas, véase Greenberg y otros (2009, págs. 19 a 21). Estados Unidos tiene uno de los regímenes de confiscación de activos más desarrollados. Para ver la evolución histórica y la situación actual de la legislación reglamentaria y la jurisprudencia, véase Cassella (2013).

⁵⁹ En 2012, Azerbaiyán actualizó su sistema de confiscación: esta última pasó de ser un tipo de castigo principal o accesorio, aplicable a una gama limitada de delitos, a una medida reparatoria universal disponible en los procedimientos penales para todos los delitos en los que se originan ganancias ilícitas.

extranjeras⁶⁰. Si bien la participación de una jurisdicción extranjera complica el caso, también abre una nueva y amplia gama de posibilidades. Por ejemplo, si un caso involucra delitos de corrupción y de lavado de dinero en el ámbito nacional y de lavado de dinero en el extranjero, pueden surgir varias posibilidades (figura 7.1), entre ellas, las siguientes:

- Los procedimientos de confiscación a nivel nacional que tienen como resultado la emisión de una orden de confiscación contra bienes situados en una jurisdicción extranjera pueden ejecutarse en dicha jurisdicción mediante una solicitud de asistencia judicial recíproca, y los activos se devolverán a la jurisdicción requirente en virtud de los acuerdos internacionales, tratados u otros convenios que procedan⁶¹. (Véase en los capítulos 1 y 9 una descripción de los procedimientos de asistencia judicial recíproca y un análisis de los métodos para hacer cumplir las órdenes de confiscación extranjeras).
- Las autoridades encargadas de la aplicación de la ley en la jurisdicción donde se ubica el bien pueden obtener una orden de confiscación sin condena sobre la base de las pruebas del delito de corrupción en el extranjero y la vinculación entre el delito y el bien.
- Se podrá dar inicio a una causa por lavado de dinero en la jurisdicción extranjera y confiscar los activos sobre la base de ese procedimiento. (Véanse el capítulo 11 y la sección 7.8 a continuación, referidos a las opciones de las que dispone la jurisdicción requirente, entre ellas la de unirse al caso como “parte civil” en algunas jurisdicciones).
- Se pueden llevar adelante procedimientos de confiscación en el país y en el extranjero de manera coordinada. Desde el comienzo, los profesionales intervinientes deben determinar si la jurisdicción donde se ubican los activos cuenta con un mecanismo para ejecutar directamente las órdenes de confiscación extranjeras, como se exige en los artículos 54 y 55 de la UNCAC, sin volver a analizar el fondo del caso. (Véanse los capítulos 1 y 9 sobre la cooperación internacional para la ejecución de órdenes de confiscación y la restitución de activos).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, el caso de Crisafulli, en el que las autoridades francesas ejecutaron una orden de confiscación sin condena (“confiscación preventiva”) de Italia, a pesar de que el derecho francés no prevé ese tipo de confiscación. Los tribunales italianos habían condenado a Crisafulli por asociación ilícita con fines de narcotráfico. Era propietario de una casa de campo en Francia que, según se demostró, había adquirido usando el producto del narcotráfico. Tras la solicitud de las autoridades italianas —en virtud del Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito (adoptado en 1990 y en vigor desde 1993)—, el máximo tribunal de Francia ejecutó la orden de confiscación italiana, si bien, de conformidad con el derecho nacional francés, la confiscación solo puede tener lugar después de que se haya dictado un veredicto penal (Tribunal de Casación, n.º 03-80371, 13 de noviembre de 2003).

⁶¹ Por ejemplo, véanse las disposiciones sobre restitución recogidas en los arts. 54, 55 y 57 de la UNCAC. En el título 28 del Código de Estados Unidos, art. 2467, se establece el procedimiento para ejecutar una orden de confiscación extranjera.

FIGURA 7.1**Confiscación de un activo en una jurisdicción extranjera**

Fuente: Banco Mundial.

Nota: AJR = asistencia judicial recíproca.

7.8 Recuperación mediante confiscación a favor de las víctimas del delito

Cada vez es más común que las jurisdicciones utilicen mecanismos de confiscación como medio para resarcir a las víctimas de un delito⁶². Se han diseñado leyes y normas para dar prioridad a las víctimas por sobre la tesorería general o el fondo de confiscación del Estado o el Gobierno. Si existen suficientes activos para cumplir una sentencia de confiscación y una orden de restitución, los bienes confiscados pueden depositarse en beneficio del Estado o del Gobierno una vez que las víctimas hayan recibido una indemnización.

Tales mecanismos garantizan que las órdenes de confiscación no se apliquen en perjuicio de víctimas que deben recibir una indemnización por la conducta delictiva subyacente. Otra ventaja radica en las disposiciones generales sobre inmovilización para la confiscación, que permiten una inmovilización provisional más agresiva —una vez que se presentan cargos formalmente— que la que a menudo puede aplicarse en un juicio civil para obtener una restitución o una indemnización. Por último, el resarcimiento a través de la confiscación ahorra a las víctimas las elevadas sumas por concepto de honorarios o gastos (que representan un porcentaje de los activos que podrían recuperarse) que en general se requieren para obtener un resarcimiento a través de un procedimiento iniciado según el derecho (civil) privado.

Esta práctica encuentra respaldo en las convenciones internacionales, en particular en el artículo 53 c) de la UNCAC, que obliga a los Estados parte a “[adoptar] las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado [p]arte sobre los bienes adquiridos mediante la

⁶² La práctica de congelar y confiscar bienes en nombre de la víctima actualmente se utiliza, por lo menos, en Finlandia y en Francia (EC [CE], 2016, pág. 23).

comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”. Además, en el artículo 57 3) c) se establece que la jurisdicción requerida “dará consideración prioritaria a la restitución al Estado [p]arte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito”.

En muchas jurisdicciones de derecho civil, los Estados y otros Gobiernos pueden reivindicar sus derechos antes de la confiscación como partes civiles en procedimientos penales. Aun si no cumplen los requisitos para ser considerados parte civil, pueden solicitar a los fiscales, a los jueces de instrucción o al tribunal la restitución de sus bienes. De manera similar, en las jurisdicciones de derecho anglosajón, las normas y las leyes a menudo permiten que las víctimas, en el momento en que el tribunal se expide sobre la confiscación, soliciten la restitución de los bienes robados o malversados de los cuales hubieran sido propietarios o titulares.

Los sistemas jurídicos también deben establecer el derecho de los posibles reclamantes a ser informados sobre los procedimientos cuando se identifican o incautan activos recuperables (UNCAC, art. 56). Si esta obligación no se cumple, los fiscales o las autoridades pertinentes a menudo llevan adelante causas judiciales sin tener en cuenta los intereses del Gobierno extranjero perjudicado por el delito de corrupción, lo que priva a ese Gobierno de la oportunidad de reivindicar sus derechos.

Bibliografía

- Adam, Rita. 2013. “Innovation in Asset Recovery, The Swiss Perspective.” In *The World Bank Legal Review, Volume 4: Legal Innovation and Empowerment for Development*, edited by Hassane Cissé, Sam Muller, Chantal Thomas, and Chenguang Wang, 253–64. Washington, DC: World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12229>.
- Boucht, Johan. 2017. “Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners.” In *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, edited by Katalin Ligeti and Michele Simonato, 117–38. Oxford, UK, and Portland, OR: Hart Publishing.
- Brun, Jean-Pierre, Pascale Helene Dubois, Emile van der Does de Willebois, Jeanne Hauch, Sarah Jaïs, Yannis Mekki, Anastasia Sotiropoulou, Katherine Rose Sylvester, and Mahesh Uttamchandani. 2015. *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank and United Nations Office on Drugs and Crime. https://star.worldbank.org/sites/star/files/9781464803703_0.pdf
- Cassella, Stefan D. 2013. *Asset Forfeiture Law in the United States*, 2nd ed. Huntington, NY: Juris Publishing.
- Cassella, Stefan D. 2015. “Civil Asset Recovery: The American Experience.” In *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, edited by Jon Petter Rui and

- Ulrich Seiber, 13–30. Berlin: Duncker & Humblot. https://pure.mpg.de/rest/items/item_2499325_6/component/file_3081806/content.
- Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Council of Europe Treaty No. 141 (November 8, 1990, entered into force January 9, 1993), Strasbourg, France. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007bd23>.
- EC (European Commission). 2016. “Impact Assessment Accompanying the Document ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders.’” Commission Staff Working Document, EC, Brussels. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0468&from=EN>.
- EC (European Commission). 2018. “Commission Implementing Decision of 10.8.2018 on the Preparatory Action for Support to EU Neighbours to Implement Asset Recovery to be Financed from the General Budget of the Union.” Document C(2018) 5142 final, EC, Brussels. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/c_2018_5142_preparatory_action_asset_recovery_merged.pdf.
- EC (European Commission). 2020. “Asset Recovery and Confiscation: Ensuring that Crime Doesn’t Pay.” Report from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2020) 217 final, February 6, Brussels. https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-06/20200602_com-2020-217-commission-report_en.pdf.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- Fazekas, Mihaly, and Eva Nanopoulos. 2016. “The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation.” *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 24 (1): 39–64. <https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/253705/Fazekas%20and%20Nanopoulos%20European%20Journal%20of%20Crime%2C%20Criminal%20Law%20and%20Criminal%20Justice.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- FDFA (Swiss Federal Department of Foreign Affairs). 2016. “No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets.” Booklet, FDFA, Bern. https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.
- Greenberg, Theodore S., Linda M. Samuel, Wingate Grant, and Larissa Gray. 2009. *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*. Washington, DC: World Bank. http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Stolen_Asset_Recovery.pdf.
- Ivory, Radha. 2014. *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mazzacuva, Francesco. 2017. “The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation.” In *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, edited by Katalin

- Ligeti and Michele Simonato, 101–16. Oxford, UK, and Portland, OR: Hart Publishing.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) and World Bank. 2012. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A Joint OECD–StAR Analysis*. Rev. ed. Paris: OECD. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174801-en.pdf?expires=1600641659&id=id&accname=guest&checksum=337609114C09DBA4A84487B212880DF3>.
- Panzavolta, Michele. 2017. “Confiscation and the Concept of Punishment: Can There Be a Confiscation without a Conviction?” In *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, edited by Katalin Ligeti and Michele Simonato, 25–52. Oxford, UK, and Portland, OR: Hart Publishing.
- Rui, Jon Petter, and Ulrich Seiber, eds. 2015. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot. https://pure.mpg.de/rest/items/item_2499325_6/component/file_3081806/content.
- Simonato, Michele. 2017. “Confiscation and Fundamental Rights across Criminal and Non-Criminal Domains.” *ERA Forum* 18 (3): 365–79. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-017-0485-0>.
- TI Italia (Transparency International Italia). 2013. “Illicit Assets Recovery in Italy: Enhancing Integrity and Effectiveness of Illegal Asset Confiscation.” Report, TI Italia, Milan. <https://docplayer.net/25502355-Illicit-assets-recovery-in-italy.html>.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.
- UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.
- World Bank. 2009. “Stolen Asset Recovery; Management of Returned Assets: Policy Considerations.” Stolen Asset Recovery (StAR) initiative working paper, Report No. 55007, World Bank, Washington, DC. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/895271468332443748/stolen-asset-recovery-management-of-returned-assets-policy-considerations>.

8. Principios básicos de la cooperación internacional para la recuperación de activos y de los canales informales de cooperación

8.1 Observaciones preliminares

Para abordar los casos de corrupción y los casos de lavado de dinero más complejos, habitualmente se necesitan esfuerzos de recuperación de activos que van más allá de las fronteras nacionales. Es posible que algunos delitos o partes de un delito se cometan en otra jurisdicción: una empresa que paga sobornos para conseguir un contrato puede tener su sede central o haberse constituido en una jurisdicción distinta de aquella en la que se paga el soborno, y los funcionarios que lo reciben pueden lavar sus ganancias mal habidas en una tercera jurisdicción. Además, el sector financiero internacional es un ámbito especialmente atractivo para quienes buscan lavar fondos e impedir el rastreo de activos. Los intermediarios, como contadores, abogados o prestadores de servicios fiduciarios y empresariales, ofrecen acceso al sector financiero y ayudan a encubrir la participación de funcionarios corruptos en las operaciones o en la titularidad de los activos. Incluso es posible que estos “guardianes” sean otro de los puntos que pueden atacarse a la hora de ir tras los fondos, lo que podría aumentar la cantidad de jurisdicciones implicadas.

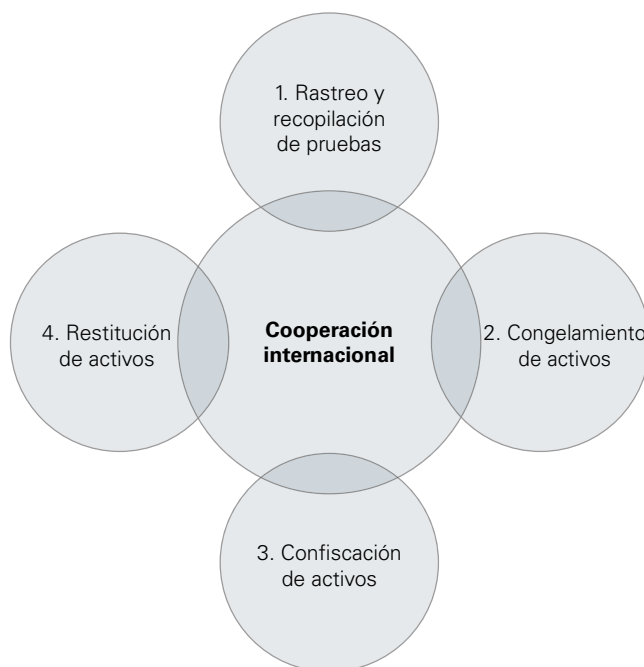
Los funcionarios corruptos utilizan complejos mecanismos financieros para lavar los fondos provenientes de la corrupción, a menudo con la participación de centros financieros nacionales y extranjeros, sociedades fantasma y vehículos corporativos, todos los cuales pueden crearse con facilidad y rapidez. Asimismo, el dinero puede movilizarse rápidamente —a menudo de forma instantánea apretando una tecla o un botón del teléfono celular— con la ayuda de herramientas como transferencias electrónicas, cartas de crédito, tarjetas de crédito y débito, cajeros automáticos, criptomonedas y dispositivos móviles.

A diferencia del poco tiempo que lleva movilizar dinero y crear estructuras opacas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los fiscales pueden tardar meses o años para rastrear y recuperar activos, dado que el principio de soberanía limita la capacidad de las autoridades para tomar medidas de investigación, legales y de ejecución en jurisdicciones extranjeras. El resultado positivo de los esfuerzos de rastreo y recuperación suele depender de la asistencia que brinden las jurisdicciones extranjeras, un proceso que puede verse enlentecido y dificultado por las diferencias en las tradiciones jurídicas, las leyes y los procedimientos, los idiomas, los husos horarios y las capacidades.

En este contexto, la cooperación internacional, en su sentido más amplio, es fundamental para poder recuperar activos que se han escondido u ocultado en el extranjero¹. La comunidad internacional ha reconocido esto (véanse específicamente los artículos 46 y 51 de la UNCAC) y ha suscrito varios tratados multilaterales o instrumentos en los que se exige a los Estados parte que cooperen entre sí en cuestiones como investigación, presentación de pruebas, medidas provisionales y confiscaciones, y restitución de activos. (En el recuadro 1.1 del capítulo 1, se describe el marco jurídico internacional para la recuperación de activos). En particular, en el artículo 51 de la UNCAC, se reconoce explícitamente que los Estados parte “se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí” con respecto a la restitución de activos. En la figura 8.1 se muestra cómo se integra la cooperación internacional a través de las distintas etapas de la recuperación de activos.

FIGURA 8.1

Integración de las etapas de recuperación de activos mediante la cooperación internacional



Fuente: Banco Mundial.

Los profesionales intervinientes deben tener en cuenta que la cooperación internacional es “recíproca”: la jurisdicción que ha sido despojada de sus activos no solo solicitará la asistencia de las jurisdicciones extranjeras donde los activos se encuentran escondidos, sino que también es posible que deba brindar a dichas jurisdicciones información o

¹ El congelamiento de los activos del expresidente ucraniano Viktor Yanukovich (recuadro 5.6 del capítulo 5) es un ejemplo de una iniciativa coordinada que se ordenó a nivel internacional desde el inicio.

pruebas que ayuden a lograr una recuperación más eficaz. Asimismo, los profesionales deben ser proactivos a la hora de solicitar la cooperación internacional y alertar a sus homólogos en las jurisdicciones extranjeras sobre posibles delitos de corrupción.

La decisión sobre las formas de cooperación y los procesos variarán según el caso, y las jurisdicciones involucradas deberán conversar sobre ellos en todas las etapas. En este capítulo se hace hincapié en las consideraciones estratégicas, los desafíos y las características de las diversas opciones que los profesionales intervinientes encontrarán en la cooperación internacional.

8.2 Descripción comparativa entre la asistencia informal y las solicitudes de asistencia judicial recíproca

En este manual se hace una distinción entre la asistencia que requiere una solicitud de asistencia judicial recíproca (una solicitud formal de un país a otro) y la asistencia que puede proporcionarse de manera más informal.

Más específicamente, una solicitud de asistencia judicial recíproca suele presentarse por escrito y debe seguir determinados procedimientos, protocolos y condiciones establecidos en los acuerdos multilaterales o bilaterales o en la legislación nacional. En la etapa de investigación, este tipo de solicitud normalmente se utiliza para pedir pruebas, medidas provisionales o la aplicación de determinadas técnicas de investigación (como exigir la presentación de documentos de cuentas bancarias, obtener órdenes de allanamiento e incautación, tomar declaraciones testimoniales formales y dar traslado). En general, también se requiere para ejecutar órdenes de confiscación.

La asistencia informal suele consistir en asistencia oficial que se presta fuera del contexto de una solicitud formal de asistencia judicial recíproca. En algunas jurisdicciones se considera que la asistencia informal es “formal” porque el concepto está autorizado en la legislación sobre asistencia judicial recíproca e involucra a autoridades, organismos o administraciones formales. La importancia de dicha cooperación se ha puesto de relieve en distintos acuerdos y normas internacionales².

A diferencia de la información obtenida mediante solicitudes de asistencia judicial recíproca, la obtenida a través de asistencia informal podría no ser admisible ante un tribunal; se asemeja, más bien, a información de inteligencia o de antecedentes que puede utilizarse para llevar adelante la investigación y que puede dar lugar a una solicitud de asistencia judicial recíproca³. Este proceso “informal” puede llevarse a

² UNCAC (arts. 48 y 50), UNTOC (arts. 26 y 27), Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 9) y recomendación 40 del GAFI (“Otras formas de cooperación internacional”) (FATF [GAFI], 2019).

³ Por lo general, en las jurisdicciones de derecho anglosajón no se pueden utilizar los resultados de la asistencia informal como prueba ante un tribunal. En las jurisdicciones de derecho civil, en cambio, el juez puede tener en cuenta la información recabada mediante dicha asistencia. Por ejemplo, este tipo de prueba es admisible en Chile y en Suiza.

cabo por teléfono entre homólogos (es decir, entre organismos encargados de hacer cumplir la ley, jueces de instrucción o fiscales), mediante actos de cooperación administrativa o mediante reuniones en persona entre homólogos⁴. En general, el intercambio de información entre fuerzas policiales no requiere una solicitud formal de asistencia judicial recíproca.

La asistencia informal también incluye la cooperación administrativa a través de memorandos de entendimiento internacionales entre organismos homólogos en distintos países (por ejemplo, entre autoridades fiscales, aduanas y UIF). Dichos memorandos pueden permitir que la información sea luego compartida con la policía y las autoridades judiciales, y pueden ser útiles para obtener información sobre cuentas bancarias, transferencias electrónicas internacionales y transferencias de divisas transfronterizas. Algunas aduanas y organismos de administración tributaria también cuentan con facultades de investigación penal. La información que se intercambia en el marco de estos mecanismos suele estar restringida a los organismos autorizados a recibir la información.

Con sujeción a los marcos jurídicos aplicables, la asistencia informal puede incorporar medidas de investigación no coercitivas —como recabar información de acceso público, mantener una vigilancia visual y obtener información de las UIF— y abarcar divulgaciones espontáneas de información, la realización de investigaciones conjuntas o solicitudes a autoridades de otra jurisdicción para que abran un caso. En algunas jurisdicciones, si bien es posible solicitar medidas provisionales de emergencia (por ejemplo, el bloqueo de una transferencia electrónica pendiente) a través de canales informales, dicho pedido debe complementarse luego con una solicitud de asistencia judicial recíproca.

Por otra parte, la asistencia formal incluye, por ejemplo, un acuerdo para trasladar los procedimientos a otra jurisdicción; la aplicación de leyes nacionales que permitan la recuperación, la ejecución o el registro directo de una orden de inmovilización provisional o de confiscación de otra jurisdicción, y la extradición⁵. En el cuadro 8.1 se explican las diferencias entre la asistencia informal y una solicitud de asistencia judicial recíproca.

⁴ En el artículo 46 9) de la UNCAC, se exige que un Estado parte preste asistencia que no entrañe medidas coercitivas sin exigir doble incriminación (este tema se analiza con más profundidad en la sección 9.2.2 del capítulo 9) cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su sistema jurídico. En la recomendación 37 del GAFI (“Asistencia legal mutua”) también se exige que, en la medida de lo posible, los países presten asistencia legal mutua, aunque no exista doble incriminación —en especial, en el caso de medidas menos intrusivas y no coercitivas— (FATF [GAFI], 2019).

⁵ La extradición es el proceso mediante el cual una jurisdicción entrega a un presunto delincuente o a un delincuente convicto. Si bien algunas partes de dicho proceso y de sus requisitos son similares a las que se aplican a la asistencia judicial recíproca, hay varias otras cuestiones, como la extradición de ciudadanos, el principio de especialidad y la doctrina en virtud de la cual el tribunal que interviene en el caso debe abstenerse de indagar sobre el trato que la persona extraditada recibirá en el Estado requerido. Un examen profundo de estas cuestiones excede del alcance del presente manual.

Cuadro 8.1 Diferencias entre la asistencia informal y las solicitudes de asistencia judicial recíproca

Factor	Asistencia informal	Solicitudes de asistencia judicial recíproca
Propósito	<ul style="list-style-type: none"> • Obtener datos de <i>inteligencia e información</i> que sea útil para la investigación^a • Medidas provisionales de emergencia en algunas jurisdicciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Obtener <i>pruebas</i> para su uso en juicios penales y confiscaciones (en algunos casos, confiscaciones sin condena) • Aplicación de una orden de inmovilización o sentencia de confiscación
Tipo de asistencia	<ul style="list-style-type: none"> • Acceso a información no confidencial • Medidas de investigación no coercitivas • Divulgación proactiva de información confidencial de acuerdo con lo establecido en los marcos jurídicos • Investigación conjunta • Apertura de caso en el extranjero 	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas de investigación coercitivas (como órdenes de allanamiento) • Otras formas de asistencia judicial (como ejecución de medidas provisionales o sentencia de confiscación)
Proceso de contacto	<p><i>Directo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Una autoridad de aplicación de la ley, un fiscal o un juez de instrucción se comunica directamente con la autoridad homóloga • Entre UIF, organismos de regulación bancaria o de títulos valores, o administraciones fiscales o de aduanas homólogos^b 	<p><i>Por lo general, no directo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Con frecuencia, a través de las autoridades centrales en cada jurisdicción^c • Cartas rogatorias a través del Ministerio de Relaciones Exteriores
Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> • Por lo general, solo contacto entre organismos; en ocasiones, un memorando de entendimiento • Debe obtenerse de manera lícita en ambas jurisdicciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Debe incluir doble incriminación y a menudo incluye reciprocidad, especialidad, investigación penal en curso o vínculo entre los activos y el delito
Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> • La información se obtiene con rapidez; no se necesita la formalidad de una solicitud de asistencia judicial recíproca (por ejemplo, doble incriminación) • Útil para verificar hechos u obtener información de antecedentes para mejorar una solicitud de asistencia judicial recíproca 	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba admisible ante un tribunal • Habilita la ejecución de órdenes

(continúa en la página siguiente)

Cuadro 8.1 Diferencias entre la asistencia informal y las solicitudes de asistencia judicial recíproca (*continuación*)

Factor	Asistencia informal	Solicitudes de asistencia judicial recíproca
Limitaciones	<ul style="list-style-type: none"> • La información no siempre puede divulgarse sin restricciones o utilizarse como prueba • Es difícil determinar quiénes son las personas de contacto • Se asignan pocos recursos a la creación de redes • Posibles filtraciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Llevan tiempo • Demandan gran cantidad de recursos • Suele ser difícil cumplir con los requisitos • Posibles filtraciones

Fuente: Banco Mundial.

Nota:

a. En ocasiones, la asistencia informal también puede generar pruebas que pueden utilizarse en un juicio penal sin necesidad de presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca; por ejemplo, pruebas obtenidas por autoridades de aplicación de la ley extranjeras que inspeccionan rápidamente un lugar y toman fotos; suministro de registros de acceso público, o suministro de registros internos de las autoridades de aplicación de la ley que puedan certificarse.

b. Para mejorar la cooperación fiscal en el contexto de la evasión y la elusión de impuestos, muchos Estados parte han firmado la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, en cuyo artículo 6 se exige que las autoridades competentes determinen de mutuo acuerdo el alcance del intercambio de información automático.

Véase OCDE, "Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters" (Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal) (última actualización de septiembre de 2020), <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm>. La labor de la OCDE y del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales incluye un estándar común de presentación de informes y un portal en línea, el Portal de Intercambio Automático, en <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/>.

c. Puede haber acuerdos bilaterales o multilaterales que permitan el contacto directo entre los profesionales intervinientes.

8.3 Consideraciones esenciales para la cooperación internacional

En la estrategia que se aplique a un caso de recuperación de activos se deben tener en cuenta desde el principio distintas consideraciones relativas a la cooperación internacional⁶. Para ello, los profesionales intervinientes deben recordar los cuatro principios básicos que se describen más adelante.

8.3.1 Incorporar la cooperación internacional en cada etapa del caso

Cuando un caso involucra a más de una jurisdicción, es importante que los profesionales intervinientes se concentren de inmediato en realizar esfuerzos de cooperación internacional que se mantengan mientras dure el caso. Algunas autoridades esperan hasta que se dicta una condena a nivel local y se consigue una orden de confiscación antes de iniciar el proceso de rastreo e inmovilización de los activos en el extranjero, a

⁶ Para comprender mejor determinados aspectos específicos de la jurisdicción, los profesionales intervinientes pueden consultar las guías para la recuperación de activos (<https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A90>) y las guías sobre titularidad efectiva (<https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A89>) compiladas por la Iniciativa StAR del Banco Mundial. Véanse también las *Directrices de Lausana para la recuperación eficaz de activos robados* (que se describen en el recuadro 2.5 del capítulo 2 de este manual) sobre la planificación y gestión de un caso de recuperación de activos a nivel internacional, en <https://guidelines.assetrecovery.org/guidelines>.

menudo con resultados frustrantes y negativos, como, por ejemplo, cuando debido al retraso los funcionarios corruptos tienen una amplia oportunidad de transferir fondos a jurisdicciones no cooperantes. Por lo tanto, es imprescindible lograr la participación de las autoridades de otras jurisdicciones desde el principio, por lo menos a través de medios informales.

Establecer un contacto proactivo al inicio puede ayudar a los profesionales intervinientes a comprender el sistema jurídico extranjero y los posibles desafíos, a obtener nuevas pistas y a elaborar una estrategia. También brinda a la jurisdicción extranjera la oportunidad de prepararse para cooperar. En los recuadros 8.1 y 8.2 se presentan dos casos en los que los profesionales intervinientes de diversos países colaboraron en los esfuerzos de recuperación de activos.

RECUADRO 8.1

Operación *Lava Jato* (Operación lavado de coches): Colaboración entre las autoridades estadounidenses, brasileñas y suizas

Si bien la Operación *Lava Jato* comenzó como una investigación aislada de lavado de dinero^a, pronto se convirtió en una inmensa operación contra la corrupción que involucró a la empresa mixta (mayoritariamente estatal) brasileña Petróleo Brasileiro (Petrobras), una de las empresas de petróleo y gas más grandes del mundo (Moro, 2018, págs. 157 y 58). En marzo de 2014, la Policía Federal de Brasil y un grupo de trabajo especialmente designado del Ministerio Público Federal del país comenzaron la investigación tras descubrir operaciones financieras inusuales entre Petrobras y sus proveedores, entre los que se encontraba el gigante de la construcción Odebrecht. Más adelante se descubrió que esas transacciones eran sobornos que se utilizaban para el enriquecimiento ilícito de ejecutivos de Petrobras y para financiar campañas electorales de políticos (Moro, 2018, pág. 158).

El caso ha sido considerado como revolucionario y como la investigación sobre corrupción más completa en la historia de Brasil^b. Hasta 2018, se habían iniciado ante los tribunales brasileños más de 80 causas penales contra por lo menos 340 demandados. En más de la mitad de esos casos ya se ha dictado sentencia, y en algunos se lograron más de 200 condenas de alrededor de 140 personas acusadas de cohecho y lavado de dinero, entre otros delitos^c.

Desde el principio, el escándalo tomó dimensión internacional, ya que se demostró que había una gran cantidad de empresas y países involucrados. Por este motivo, Brasil tuvo que trabajar en estrecha colaboración con esos países para poder exponer una intrincada red de corrupción. Entre 2014 y 2018, las autoridades brasileñas presentaron 269 solicitudes de asistencia judicial recíproca ante 45 países y recibieron 248 solicitudes de asistencia judicial recíproca de 36 autoridades extranjeras^d. A la fecha de esta publicación, ya se habían firmado acuerdos de intercambio de información con Argentina, Suiza, Noruega y los Países Bajos, entre otros^e.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 8.1

Operación *Lava Jato* (Operación lavado de coches): Colaboración entre las autoridades estadounidenses, brasileñas y suizas (*continuación*)

En particular, la cooperación con Estados Unidos^f es un ejemplo para los países que desean abordar su propia corrupción política^g. Las autoridades brasileñas y estadounidenses colaboraron en varios aspectos del escándalo, como la investigación contra la empresa constructora Odebrecht y su unidad petroquímica Braskem, controlada por Odebrecht y en la que Petrobras es accionista minoritaria^h. Se concluyó que Odebrecht y Braskem habían pagado sistemáticamente cuantiosos sobornos a altos funcionarios en diversos países del mundo para conseguir que se les adjudicaran varios proyectosⁱ.

Los fiscales brasileños y estadounidenses trabajaron en estrecha colaboración para reunir pruebas y armar el caso. En consecuencia, Odebrecht y Braskem admitieron su culpabilidad y aceptaron pagar una multa que, entre los dos, ascendía a por lo menos USD 3500 millones para resolver las acusaciones planteadas por las autoridades brasileñas, estadounidenses y suizas. Sin embargo, cada empresa celebró acuerdos de cooperación independientes con las autoridades de aplicación de la ley^j, en virtud de los cuales Brasil recibirá el 80 % de la multa penal total, mientras que Suiza y Estados Unidos recibirán, cada uno, el 10 %. Estos acuerdos a nivel mundial garantizan que no se apliquen multas ni sanciones por duplicado y que se impongan castigos justos, a la vez que incentivan a las empresas a colaborar con las autoridades de aplicación de la ley^k. Según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, son fruto del extraordinario esfuerzo que realizaron varios países por investigar y juzgar un caso sumamente complejo, y representan una de las más importantes resoluciones sobre sobornos en el extranjero de todos los tiempos^l.

a. El nombre de la operación proviene de las estaciones de servicio y locales de lavado de coches que se utilizaban para lavar el producto de las actividades delictivas. Jonathan Watts (2017), "Operation Car Wash: Is This the Biggest Corruption Scandal in History?" (Operación lavado de coches: ¿Es este el mayor escándalo de corrupción de la historia?), *The Guardian*, 1 de junio de 2017 (consultado el 11 de octubre de 2018), <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>.

b. En este manual, el caso *Lava Jato* también se analiza en el capítulo 2 (recuadros 2.4 y 2.11), en el capítulo 3 (recuadro 3.1), en el capítulo 4 (recuadro 4.2) y en el capítulo 5 (recuadro 5.5).

c. Ministerio Público Federal de Brasil, *A Lava Jato em números no Paraná* (Las cifras del *Lava Jato* en el estado de Paraná), última actualización del 19 de marzo de 2020, <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

d. Ministerio Público Federal de Brasil, *A Lava Jato em números no Paraná*.

e. Nathan Davis (2018), "Argentina, Brazil to Share Some Information Related to Operation Car Wash" (Argentina y Brasil compartirán información relacionada con la Operación *Lava Jato*), *El Hemisferio*, 20 de julio de 2018 (consultado el 11 de octubre de 2018), <https://elhem.co/2018/07/20/argentina-brazil-to-share-some-information-related-to-operation-car-wash/>.

f. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History* (Odebrecht y Braskem se declaran culpables y acuerdan pagar al menos USD 3500 millones en sanciones globales para resolver el mayor caso de pago de sobornos de la historia), comunicado de prensa n.º 16-1515, 21 de diciembre de 2016 (consultado el 11 de octubre de 2018), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>.

g. Kees Thompson (2018), "Brazil: A Model for International Cooperation in Foreign Bribery Prosecutions" (Brasil: Modelo de cooperación internacional en el procesamiento por cohecho de funcionarios públicos extranjeros), *GAB | The Global Anti-Corruption Blog*, 21 de junio de 2018 (consultado el 11 de octubre de 2018), <https://globalanticorruptionblog.com/2018/06/21/brazil-a-model-for-international-cooperation-in-foreign-bribery-prosecutions/>.

h. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Odebrecht and Braskem Plead Guilty*, 21 de diciembre de 2016; Estados Unidos c. Braskem, caso penal n.º 16-644 RJD (Distrito Este de Nueva York), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919901/download>.

i. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Acting Assistant Attorney General Kenneth A. Blanco Speaks at the Atlantic Council Inter-American Dialogue Event on Lessons from Brazil: Crisis, Corruption and Global Cooperation* (El procurador general adjunto

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 8.1

Operación *Lava Jato* (Operación lavado de coches): Colaboración entre las autoridades estadounidenses, brasileñas y suizas (*continuación*)

interino Kenneth A. Blanco habla en el evento organizado por Atlantic Council e Inter-American Dialogue sobre lo aprendido de Brasil: Crisis, corrupción y cooperación mundial), transcripción del discurso, publicado el 19 de julio de 2017 (consultado el 11 de octubre de 2018), <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-kenneth-blanco-speaks-atlantic-council-inter-american-1>. Véase también Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Odebrecht and Braskem Plead Guilty*, 21 de diciembre de 2016.

j. La multa aplicada a Odebrecht será de alrededor de USD 2600 millones y de hasta USD 4500 millones, dependiendo de la capacidad que tenga la empresa para pagar el monto total de las multas establecidas. La multa aplicada a Braskem será de aproximadamente USD 957 millones (Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Odebrecht and Braskem Plead Guilty*, 21 de diciembre de 2016).

k. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Odebrecht and Braskem Plead Guilty*, 21 de diciembre de 2016.

l. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Odebrecht and Braskem Plead Guilty*, 21 de diciembre de 2016. Otro ejemplo de resolución de un caso de sobornos de funcionarios públicos extranjeros es el acuerdo celebrado en febrero de 2020, en relación con Airbus, entre Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. Véase Departamento de Justicia de Estados Unidos (2020), *Airbus Agrees to Pay over \$3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case* (Airbus acepta pagar más de USD 3900 millones en multas a nivel mundial para resolver el caso de sobornos de funcionarios públicos extranjeros y violaciones del Reglamento Internacional de Tráfico de Armas), comunicado de prensa n.º 20-114, 31 de enero de 2020 (consultado el 15 de mayo de 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>.

RECUADRO 8.2

El caso VimpelCom: Colaboración entre fiscales y organismos reguladores de 20 países

El caso VimpelCom es otro ejemplo de cómo fiscales y organismos reguladores de 20 países colaboraron en la investigación de una cuestión transfronteriza hasta que se consiguió llegar a una de las mayores resoluciones de un caso de cohecho de funcionarios públicos extranjeros del mundo^a. (Véase también el recuadro 2.9 del capítulo 2, acerca del acuerdo de enjuiciamiento diferido y de conciliación).

En el caso se acusó a VimpelCom (la sexta empresa de telecomunicaciones más grande del mundo) y a su filial uzbeka de propiedad exclusiva, Unitel, entre otras empresas, de asociación ilícita para pagar sobornos a un funcionario del Gobierno de Uzbekistán entre 2006 y 2012 (con el objetivo de obtener licencias de telecomunicaciones, frecuencias, canales y otros beneficios), además de delitos de lavado de dinero^b.

VimpelCom aceptó pagar casi USD 800 millones a autoridades estadounidenses y holandesas para resolver las sanciones penales y regulatorias^c. Esta solución fue posible gracias al esfuerzo coordinado entre el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos, la Fiscalía de los Países Bajos y las autoridades de aplicación de la ley de varios países, como Bélgica, Francia, Letonia, Luxemburgo, el Reino Unido, Suecia y Suiza^d.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos también intentó recuperar USD 850 millones en decomisos. Por esta razón, presentó dos demandas civiles. En una se pretende obtener USD 550 millones en fondos provenientes de sobornos ilegales, o bienes que se hayan utilizado para lavar dichos fondos,

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 8.2

El caso VimpelCom: Colaboración entre fiscales y organismos reguladores de 20 países (continuación)

ubicados en cuentas bancarias suizas. En la otra se pretende obtener USD 300 millones relacionados con activos inmovilizados en Bélgica, Irlanda y Luxemburgo^e. Como consecuencia de la investigación, se aplicaron sanciones penales por USD 1300 millones, que se pagaron a Estados Unidos, y más de USD 2600 millones en sanciones y restituciones a nivel mundial^f.

a. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), *VimpelCom Limited and Unitel LLC Enter into Global Foreign Bribery Resolution of More than \$795 Million; United States Seeks \$850 Million Forfeiture in Corrupt Proceeds of Bribery Scheme* (VimpelCom Limited y Unitel LLC acuerdan una resolución global de casos de sobornos en el extranjero por más de USD 795 millones; Estados Unidos busca decomisar USD 850 millones obtenidos a partir de una corrupta trama de sobornos), comunicado de prensa n.º 16-194, 18 de febrero de 2016 (consultado el 10 de octubre de 2018), <https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>.

b. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel*, 18 de febrero de 2016; Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (2016), *VimpelCom to Pay \$795 Million in Global Settlement for FCPA Violations* (VimpelCom pagará USD 795 millones en conciliaciones globales por violaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero), comunicado de prensa n.º 2016-34, 18 de febrero de 2016 (consultado el 10 de octubre de 2018), <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-34.html>.

c. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel*, 18 de febrero de 2016.

d. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel*, 18 de febrero de 2016. Véase también Ryan Rohlfson y Joshua Asher (2016), "VimpelCom Ltd. Agrees to Pay \$795M and Accept a Three-Year Corporate Monitor to Resolve Massive Bribery Scheme in Uzbekistan" (VimpelCom Ltd. acepta pagar USD 795 millones y la designación de un monitor corporativo independiente durante tres años para resolver una descomunal trama de sobornos en Uzbekistán), *Lexology*, 19 de febrero de 2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6d9fae12-f209-47a0-9be4-e6134e386698>.

e. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *VimpelCom Limited and Unitel*, 18 de febrero de 2016.

f. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2019), *Former Uzbek Government Official and Uzbek Telecommunications Executive Charged in Bribery and Money Laundering Scheme Involving the Payment of Nearly \$1 Billion in Bribes* (Exfuncionario del Gobierno de Uzbekistán y ejecutivo de telecomunicaciones de ese país acusados de cohecho y lavado de dinero con pagos de sobornos por casi USD 1000 millones), comunicado de prensa n.º 19-067, 7 de marzo de 2019, <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/former-uzbek-government-official-and-uzbek-telecommunications-executive-charged-bribery>.

8.3.2 Desarrollar y mantener vínculos personales

La creación de vínculos personales con homólogos extranjeros es una característica distintiva de los casos de recuperación exitosa de activos. Una llamada telefónica, un mensaje de correo electrónico, una videoconferencia o una reunión en persona resultarán muy útiles para poder llevar el caso a buen puerto. La comunicación es importante en todas las etapas: para obtener información y datos de inteligencia, tomar decisiones estratégicas, comprender los requisitos de la jurisdicción extranjera aplicables a la asistencia, redactar solicitudes de asistencia judicial recíproca o hacer el seguimiento de las solicitudes de asistencia. Ayuda a reducir las demoras, sobre todo cuando las diferencias en la terminología y las tradiciones jurídicas pueden dar lugar a malentendidos. Asimismo, puede demostrar que una administración es seria y está comprometida con el caso, lo que fomenta la confianza entre las partes y genera un mayor grado de atención y compromiso.

En los casos de gran magnitud, una reunión inicial en persona de los profesionales intervinientes de las diversas jurisdicciones involucradas en la investigación puede facilitar el intercambio de información. También ayuda a generar confianza entre las partes, a evaluar las estrategias y a conocer los requisitos para la presentación de

solicitudes de asistencia judicial recíproca. (En el recuadro 8.3 se presenta un caso que muestra la importancia de recurrir a los contactos profesionales y de mantenerlos).

En algunos casos, particularmente cuando los recursos son limitados o cuando intervienen varias jurisdicciones, los profesionales intervinientes han invitado a representantes de las jurisdicciones extranjeras a asistir a una conferencia sobre el caso celebrada en su propio país (como ocurrió en Brasil). En otros casos, han optado por visitar las jurisdicciones extranjeras involucradas.

RECUADRO 8.3

Relaciones con las personas: Ejemplo de un caso en Perú

En septiembre de 2000, se dieron a conocer por televisión unos videos en los que se mostraba a Vladimiro Montesinos, jefe del servicio de inteligencia de Perú durante el Gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori, sobornando a un senador electo^a. Tiempo después, Suiza alertó de forma espontánea a Perú sobre la existencia de fondos congelados en el país europeo y lo invitó a presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca.

El fiscal peruano se comunicó directamente con el juez de instrucción suizo a cargo del caso, tanto por teléfono como, llegado el momento, en persona en Zúrich. Dicho contacto personal generó importantes resultados, a saber:

- *Facilitó la toma de decisiones estratégicas.* Tras analizar las opciones para la recuperación de los activos, Perú finalmente decidió iniciar acciones en el país y utilizar la asistencia judicial recíproca y exenciones legislativas para recuperar los fondos congelados en Suiza.
- *Se aclararon los requisitos para las solicitudes de asistencia judicial recíproca.* Gracias a las conversaciones personales, las autoridades peruanas pudieron comprender mejor el sistema suizo y tener una idea de lo que debían demostrar y presentar para que su solicitud a Suiza fuera aceptada.
- *Se fomentó la confianza.* Los contactos personales demostraron la voluntad política y el compromiso de ambas partes y ayudaron a promover la confianza entre ellas.

Estos resultados, que las conexiones personales hicieron posibles, fueron centrales para lograr la repatriación de USD 77 millones a partir de la colaboración entre Suiza y Perú^b.

a. Para consultar un análisis más detallado de este caso, véanse el recuadro 1.3 del capítulo 1 y el recuadro 5.8 del capítulo 5.
b. Consejo Federal Suizo (2002), *Montesinos Case: Switzerland Transfers 77 Million US Dollars to Peru* (Caso Montesinos: Suiza transfiere USD 77 millones a Perú), comunicado de prensa, 20 de agosto de 2002, <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-23237.html>.

Establecer relaciones personales puede ser difícil. En muchos casos, los profesionales intervinientes no tienen acceso fácil a internet para saber a quién contactar, no están autorizados a hacer llamadas telefónicas de larga distancia y carecen de recursos para asistir a las reuniones internacionales o regionales que podrían ayudarlos a desarrollar redes personales. Incluso cuando consiguen el nombre de un contacto y un número de teléfono, las diferencias idiomáticas pueden ser un obstáculo adicional.

Sin embargo, las relaciones personales son tan necesarias para la recuperación exitosa de activos que las autoridades deben hacer todo lo posible por establecerlas. El tiempo y el esfuerzo invertidos en ello —ya sea que el profesional interviniente busque orientación sobre cómo proceder de la mejor manera, reúna pistas para el caso o solicite ayuda para redactar una solicitud de asistencia judicial recíproca— se verán recompensados por los logros obtenidos. En el recuadro 8.4 se ofrece una lista de opciones para establecer conexiones personales.

RECUADRO 8.4

Canales para la cooperación internacional

Contactos profesionales: Vínculos establecidos en casos anteriores, reuniones, conferencias y situaciones similares.

Derivaciones: Es posible que los homólogos, los contactos personales, las redes y las organizaciones internacionales (por ejemplo, el Banco Mundial o la UNODC) puedan realizar derivaciones a partir de sus redes personales.

Homólogos en jurisdicciones extranjeras:

- organismos encargados de hacer cumplir la ley (como la Policía y los que participan en iniciativas anticorrupción, aduaneras, fiscales y de aplicación de la ley de estupefacientes);
- unidades de inteligencia financiera, cuyas funciones y contribuciones se analizan en el recuadro 2.1 del capítulo 2;
- autoridades regulatorias (bancarias, de títulos valores);
- fiscales;
- jueces de instrucción;
- asesores jurídicos extranjeros (es posible que algunas jurisdicciones contraten asesores jurídicos que estén más familiarizados con los procedimientos y los requisitos de la jurisdicción extranjera).

Magistrados de enlace y agregados regionales encargados de hacer cumplir la ley: Muchas jurisdicciones cuentan, en sus embajadas o consulados ubicados en el extranjero, con funcionarios dedicados a facilitar la cooperación

(continúa en la página siguiente)

internacional con jurisdicciones extranjeras. Dicho grupo incluye a los agentes diplomáticos de las embajadas, y a los agregados jurídicos, policiales, aduaneros o judiciales asignados para colaborar con la representación diplomática. Estas personas están familiarizadas con las leyes y los procesos tanto de su propia jurisdicción como de la jurisdicción anfitriona, y este conocimiento puede ayudar a los profesionales intervinientes a evitar las dificultades de trabajar con sistemas jurídicos distintos. Si bien cumplen funciones distintas, en general facilitan el contacto con homólogos, ofrecen asistencia informal, ayudan a preparar las solicitudes de asistencia judicial recíproca (revisando las versiones preliminares) y ayudan a hacer el seguimiento de esas solicitudes. Es recomendable que los profesionales intervinientes se pongan en contacto con la embajada, el consulado o el Ministerio de Relaciones Exteriores local de la jurisdicción extranjera para averiguar si existen tales funcionarios.

Entre los países que cuentan con este tipo de agregados en algunas de sus embajadas se encuentran Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido (en especial, la Oficina Federal de Investigaciones y el Servicio de Inmigración y Aduanas de Estados Unidos). Algunas jurisdicciones han ampliado las funciones de sus representaciones diplomáticas en casos de corrupción. Bélgica, por ejemplo, ha establecido un mecanismo en virtud del cual las embajadas belgas están obligadas a informar al magistrado de enlace del Ministerio de Relaciones Exteriores si se sospecha que empresas belgas han pagado sobornos a funcionarios extranjeros.

Autoridades centrales: En virtud del artículo 46 13) de la UNCAC, cada Estado parte “designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución”. Las autoridades centrales suelen ser ministerios de Relaciones Exteriores o de Justicia, fiscalías o, en algunos casos, organismos anticorrupción. Designar a una autoridad central tanto en la jurisdicción requerida como en la requirente es fundamental para la cooperación internacional, dado que ambas jurisdicciones pueden proporcionar canales de comunicación establecidos; por ejemplo^a:

- *A nivel nacional:* Es posible que la autoridad central nacional pueda derivar a los profesionales intervinientes a sus contactos en el extranjero y ofrecer información sobre las jurisdicciones con las que tenga acuerdos bilaterales o multilaterales.
- *En la jurisdicción requerida:* La oficina de la autoridad central en la jurisdicción requerida debe poder orientar sobre la mejor forma de

(continúa en la página siguiente)

proceder teniendo en cuenta las necesidades de la jurisdicción requirente y las leyes de la jurisdicción requerida. En muchas oficinas también se proporcionará ayuda para redactar las solicitudes.

Redes de profesionales: Se han establecido en todo el mundo numerosas redes interinstitucionales de recuperación de activos destinadas a facilitar el proceso de recuperación de activos en su totalidad.

Por ejemplo, la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN) es una red informal de profesionales fundada en 2004 para respaldar las iniciativas de sus miembros tendientes a “privar a los delincuentes de sus ganancias ilícitas” (CARIN, 2012, pág. 5). Se concentra en el producto de los delitos y tiene por objetivo establecer una red de puntos de contacto. Funciona como centro especializado en la recuperación de activos; promueve el intercambio de información y de buenas prácticas; ofrece asesoramiento a las autoridades, y apoya la cooperación interjurisdiccional.

En la actualidad, sus miembros incluyen 54 jurisdicciones registradas, entre ellas 28 Estados miembros de la Unión Europea y 9 organizaciones internacionales. También se puede participar en esta red como observador y asociado (CARIN, 2012, pág. 6). Los miembros y observadores deben informar a la red sobre sus puntos de contacto nacionales y sus marcos legislativos y procesales que resultan pertinentes para la recuperación de activos. Además, deben facilitar el intercambio de información y la asistencia judicial recíproca con otros contactos de CARIN y generar conciencia en las autoridades asignadas para la recuperación de activos (CARIN, 2012, pág. 7). Para facilitar la cooperación y garantizar la seguridad, el Centro de Información sobre Delincuencia Financiera de Europol, un sitio web exclusivo para un grupo de usuarios conformado por investigadores y autoridades judiciales, ofrece a los miembros y observadores de CARIN acceso a un área abierta de CARIN y a una carpeta cerrada (denominada Área para Miembros de CARIN), donde se muestra información sobre leyes o estudios de caso pertinentes para la recuperación de activos de origen delictivo (CARIN, 2012, págs. 11 y 12).

Otras redes interinstitucionales de recuperación de activos abarcan muchas jurisdicciones. Al igual que CARIN, incluyen entre sus objetivos principales funcionar como centros especializados de excelencia en materia de recuperación de activos, intercambiar información y mejores prácticas, facilitar capacitaciones, ofrecer asesoramiento a las autoridades y apoyar la cooperación con las autoridades y el sector privado^b.

(continúa en la página siguiente)

- *Redes interinstitucionales regionales de profesionales intervinientes en la recuperación de activos:*
 - la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Meridional (ARIN-SA) (desde 2009) cuenta con miembros de países de África oriental y meridional;
 - África occidental: Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Occidental (ARIN-WA) (desde 2014);
 - África oriental: Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Oriental (ARIN-EA) (desde 2013);
 - Asia y el Pacífico: Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Asia y el Pacífico (ARIN-AP) (desde 2013);
 - Caribe: Red Interinstitucional de Recuperación de Activos del Caribe (ARIN-CARIB) (desde 2016);
 - Asia occidental y central: Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Asia Occidental y Central (ARIN-WCA) (desde 2018);
 - América del Sur: Red de Recuperación de Activos del GAFILAT (RRAG), que consiste en una plataforma virtual para el intercambio de información entre puntos de contacto para países de América del Sur (“GAFILAT” significa “Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica”).
- *Otras redes de profesionales:*
 - Grupo Egmont: red internacional de unidades de inteligencia financiera (véanse también el recuadro 2.1 del capítulo 2 y el recuadro 3.6 del capítulo 3);
 - Interpol, Europol, Aseanpol, Ameripol: organizaciones de policía internacionales (y regionales) que facilitan la cooperación policial transfronteriza;
 - Organización Mundial de Aduanas (OMA) y sus oficinas de enlace de inteligencia regionales;
 - Red Árabe de Integridad y Lucha contra la Corrupción (ACINET);
 - Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP);
 - Red Judicial Europea: representantes de autoridades judiciales y fiscales nacionales designadas como contactos para asistencia judicial recíproca;
 - Eurojust: jueces y fiscales de los Estados miembros de la Unión Europea que ayudan a las autoridades nacionales a investigar y juzgar casos de delitos transfronterizos graves;

(continúa en la página siguiente)

- o Asociación Internacional de Fiscales (IAP);
- o redes de profesionales para organismos regulatorios^c, que incluyen entidades reguladoras de bancos, bolsas de valores y empresas, como el Banco de Pagos Internacionales, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS).

a. Cada vez más, los tratados y las convenciones multilaterales de asistencia judicial recíproca exigen que las jurisdicciones designen una autoridad central a la que se puedan enviar las solicitudes de asistencia judicial recíproca. Es posible que algunas jurisdicciones tengan dos autoridades centrales y varios puntos de contacto a los que se pueda solicitar ayuda (Stephenson y otros, 2011).

b. Por ejemplo, los objetivos de la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Asia y el Pacífico pueden consultarse en <http://www.arin-ap.org/main.do> y los de la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Meridional en <https://new.arinsa.org/>.

c. Esta cooperación es más limitada, dado que suele requerirse la suscripción de un memorando de entendimiento y pueden existir restricciones al intercambio de información a los efectos de la aplicación de la ley.

En el sitio web de la Iniciativa StAR puede encontrarse una descripción general y un directorio mundial de las redes de recuperación de activos, así como información sobre su estructura y sus operaciones (World Bank [Banco Mundial] y UNODC, 2019)⁷.

8.3.3 Utilizar canales de asistencia informal antes de transmitir una solicitud de asistencia judicial recíproca, durante el proceso de transmisión y con posterioridad a él

Muchos de los profesionales intervinientes comienzan a preparar una solicitud de asistencia judicial recíproca de inmediato en cuanto determinan que se necesita cooperación internacional. Sin embargo, se puede obtener información importante más rápidamente y sin tantas formalidades poniéndose en contacto directo con organismos de aplicación de la ley y UIF homólogos o a través de los magistrados de enlace o de los agregados encargados de hacer cumplir la ley que se hayan destinado a un determinado lugar o región.

Es posible que esa ayuda permita identificar los activos con más rapidez, confirmar la asistencia necesaria y, lo que es más importante, establecer los fundamentos adecuados para una solicitud de asistencia judicial recíproca formal. Estos contactos también pueden informar a qué datos se puede acceder con facilidad en la jurisdicción porque son de dominio público y pueden buscarse. Además, ofrecen la oportunidad de conocer los procedimientos y sistemas de la jurisdicción extranjera y de evaluar opciones estratégicas.

Estos contactos informales normalmente deben tener el visto bueno de la autoridad central nacional del profesional interviniente para garantizar que no se viole el

⁷ Para consultar la versión en línea de la publicación de la Iniciativa StAR *International Partnerships on Asset Recovery: Overview and Global Directory of Networks* (Asociaciones internacionales para la recuperación de activos: Descripción general y directorio mundial de redes), véase <https://star.worldbank.org/publications/international-partnerships-asset-recovery>.

protocolo establecido con el otro país y que se cumplan las leyes y reglamentaciones en materia de asistencia extranjera. (Si se actúa sin la debida autorización, se puede comprometer de forma irreparable los aspectos del caso relacionados con la jurisdicción extranjera). Cuando sea posible, también es una buena práctica conversar sobre estos contactos informales con la misión diplomática del Estado requirente en el país requerido.

8.3.4 Ser consciente de los posibles obstáculos

Los profesionales intervinientes pueden encontrarse con muchos obstáculos al intentar obtener la cooperación internacional; por ello, es importante que puedan reconocerlos y tomar las medidas necesarias para superarlos (Stephenson y otros, 2011). Entre las barreras que deberán considerar, y superar adoptando las medidas necesarias, se encuentran las diferencias en las tradiciones jurídicas y en los sistemas de confiscación, cuestiones jurisdiccionales, variaciones procesales, obstáculos jurídicos y retrasos. (Para consultar un análisis de algunos de estos obstáculos, véase la sección 2.8 del capítulo 2).

Los profesionales deben tener en cuenta la posibilidad de que, debido a la información que se proporcione a una jurisdicción extranjera —sea informalmente o a través de una solicitud de asistencia judicial recíproca—, dicha jurisdicción inicie su propia investigación interna y posteriormente se niegue a brindar asistencia mientras se estén llevando a cabo procedimientos locales. Además, cuando sea obligatorio divulgar información, es posible que el proceso de asistencia se retrase significativamente (recuadro 8.5). Por otra parte, a pesar de las obligaciones de confidencialidad contempladas en los tratados de asistencia judicial recíproca, suelen producirse filtraciones de información.

Para evaluar los riesgos y lidiar con ellos, los profesionales intervinientes deben recurrir a sus contactos personales, a CARIN o a las redes interinstitucionales de recuperación de activos regionales para aprender sobre los otros sistemas, confirmar la estrategia y analizar las consecuencias de ofrecer la información antes de llegar a las discusiones de fondo. Para poder avanzar sin violar las leyes de confidencialidad o de secreto, suelen hablar en términos hipotéticos durante las primeras etapas del caso y a la hora de plantear la estrategia. Por ejemplo: “La persona X actuó de tal o cual manera. ¿Cómo se podría conseguir el resultado deseado en la jurisdicción extranjera?”. En el recuadro 8.5 se describen algunas ideas para superar el obstáculo que representan las obligaciones de divulgar información.

8.4 Proceso general para la cooperación internacional formal e informal

Como se describió previamente, en el proceso de recuperación de activos se combinarán solicitudes de asistencia informales y solicitudes de asistencia judicial recíproca formales para obtener información, datos de inteligencia, pruebas, medidas

RECUADRO 8.5

Obligaciones de divulgar información: ¿Un obstáculo para la asistencia judicial recíproca?

Algunos países —Liechtenstein, Luxemburgo y Suiza— tienen disposiciones sobre divulgación de información en virtud de las cuales las autoridades están obligadas a notificar a las personas físicas o jurídicas que vayan a ser requeridas en el marco de una solicitud de asistencia judicial recíproca, y dichas personas tienen el derecho de apelar la decisión de brindar asistencia. Esto resulta especialmente problemático en el caso de solicitudes de información de cuentas bancarias o de medidas provisionales. Estas obligaciones no solo entrañan el riesgo de que los activos desaparezcan tras la notificación, sino que también pueden provocar importantes retrasos. Las personas investigadas utilizarán todos los medios disponibles para impedir que se brinde la asistencia y agotarán todas las instancias de apelación, un proceso que puede llevar meses o años.

A continuación, presentamos algunas ideas para evitar este problema:

- Analizar con los homólogos extranjeros las cuestiones y la estrategia con antelación y solicitarles que eviten tomar medidas inoportunas que revelen anticipadamente los pasos de la investigación.
- Conversar sobre la posibilidad de aplicar un bozal legal a bancos o intermediarios financieros a quienes se les requiera información a fin de evitar que se difunda el intercambio de información.
- Considerar la posibilidad de realizar una investigación conjunta u ofrecer la información a las autoridades extranjeras para que lleven a cabo su propia investigación y adopten medidas provisionales. Cualquiera de estas dos opciones puede eliminar este posible motivo de retraso, dado que la divulgación de contenido a una persona investigada podría posponerse para realizar investigaciones internas y por la aplicación de medidas provisionales.
- Asegurarse de que la solicitud no sea demasiado amplia a fin de evitar que se pueda argumentar que viola la privacidad.
- Asegurarse de que los hechos y fundamentos de la solicitud se describan con claridad para evitar que se pueda argumentar que no se cumple la prueba de doble incriminación; es decir, la persona investigada podría argumentar que la solicitud es una investigación fiscal disfrazada de investigación de actos de corrupción para evadir el principio de doble incriminación (que se analiza con más detalle en la sección 9.2.2 del capítulo 9).

provisionales, confiscaciones y la eventual restitución de los activos. El proceso de asistencia judicial recíproca puede ser sencillo si las jurisdicciones y las personas cooperantes lo utilizan correctamente y si ha habido previamente una cooperación informal eficaz, ya que esto ayudará a identificar lo que se puede lograr y dentro de qué plazos. Cuando una solicitud puede ser amplia, debe estudiarse y analizarse en

profundidad para garantizar que se puedan obtener las pruebas, de modo que la investigación o el procesamiento puedan llevarse adelante de manera oportuna.

Si bien quizás parezca más sencillo incluir todos los pedidos en una única solicitud, es posible que una solicitud demasiado amplia carezca del sustento probatorio necesario para proporcionar toda la información deseada o adoptar las medidas deseadas, en especial para las etapas posteriores que consisten en obtener medidas provisionales y la confiscación. Además, una solicitud que incluya todo de una vez podría ser muy difícil de tramitar en la jurisdicción requerida, pues será necesario movilizar a varios organismos, lo que, a la larga, podría ocasionar una gran demora en la respuesta.

En casos complejos, el método más eficaz suele ser un proceso paso a paso en el que la información o la prueba obtenida en el marco de una solicitud se utilice para respaldar la siguiente solicitud (de seguimiento). Por ejemplo, es posible que, al inicio del caso, se obtengan, mediante asistencia informal, detalles de cuentas bancarias (a través de canales entre UIF) que proporcionarán la información de antecedentes y los fundamentos necesarios para una solicitud de asistencia judicial recíproca en la que se pida la incautación de documentos bancarios. La actividad que surja de estos documentos ayudará a los investigadores a comenzar a examinar las cuestiones internacionales haciendo un rastreo de los activos e identificando otras cuentas que deban inmovilizarse o embargarse. Esta información puede utilizarse luego para reunir las pruebas que se exigen en el caso de las medidas provisionales, ya sean medidas provisionales de emergencia (mediante asistencia informal cuando esté disponible) o medidas de inmovilización o incautación a través de una solicitud de asistencia judicial recíproca. Con el tiempo, la información y las pruebas acumuladas que se hayan obtenido mediante la asistencia judicial recíproca servirán de base para la confiscación y la ejecución en el país.

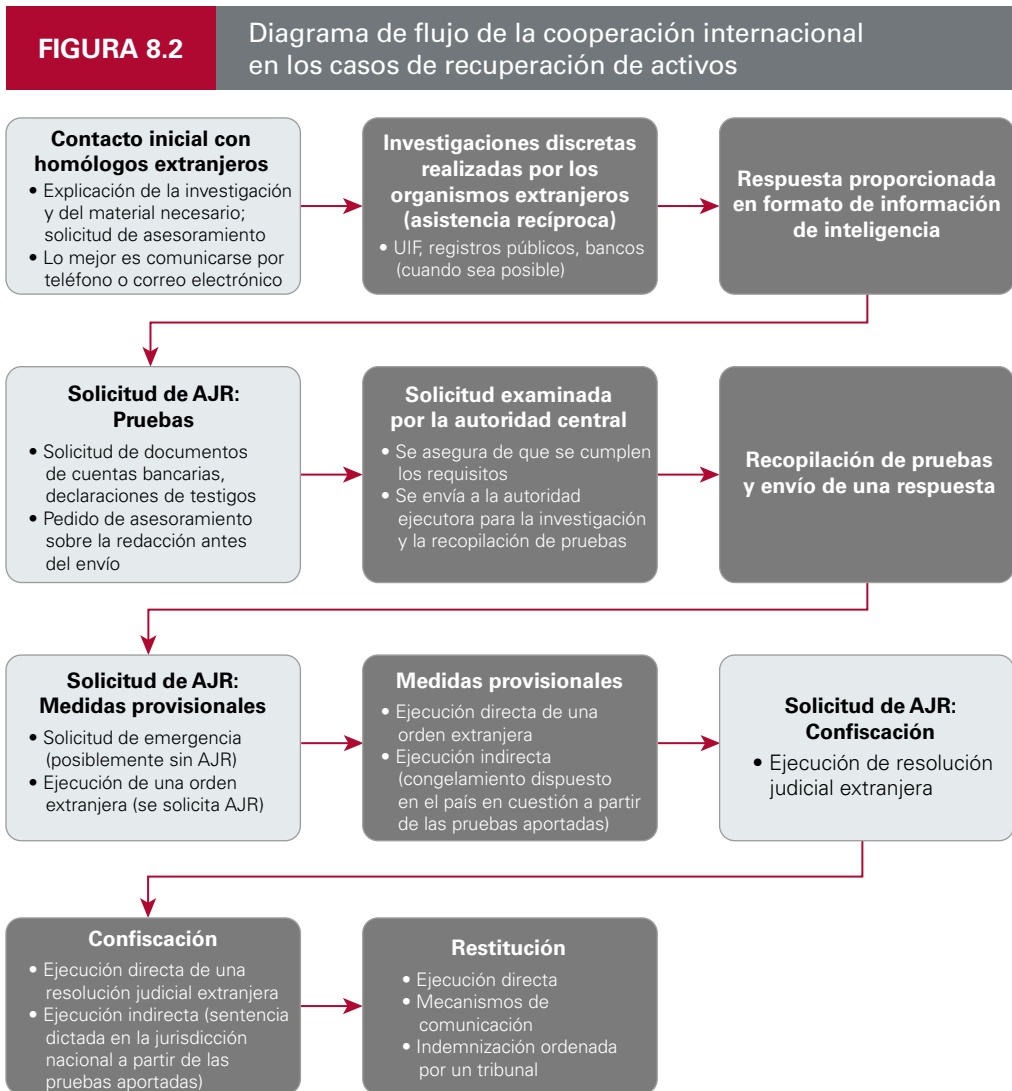
Al seguir un proceso paso a paso, los profesionales intervinientes pueden tomar decisiones estratégicas importantes en cada etapa (figura 8.2). A su vez, se puede lograr una mayor comunicación entre homólogos, lo que permite construir o fomentar una relación de confianza entre las jurisdicciones, ya que se comparten materiales en formatos tanto abiertos como cerrados.

Al mismo tiempo, es posible llevar adelante negociaciones y lograr un acuerdo sobre qué podría solicitarse y cuál es el mejor proceso para hacerlo. En la figura 8.3 se describe la información que normalmente puede solicitarse mediante los canales de comunicación informales y formales.

8.5 Canales de asistencia informal

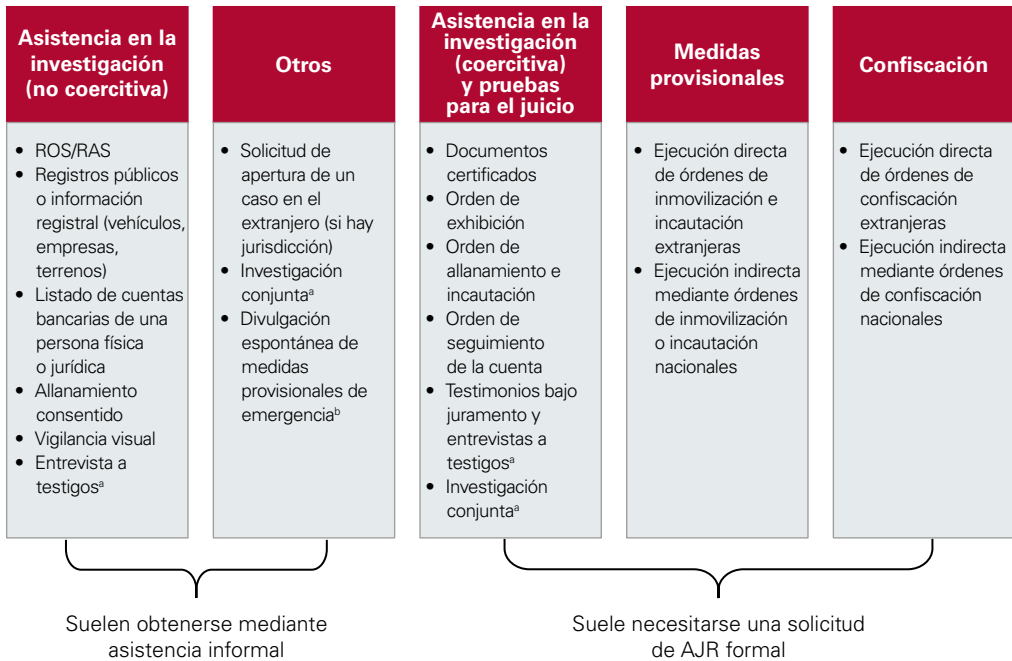
En esta sección se mencionan y analizan ejemplos de los canales y puntos de contacto para solicitar asistencia informal en países requeridos que pueden ser útiles en casos de

recuperación de activos, sobre todo en lo que se refiere al rastreo de activos, las medidas provisionales de emergencia, las divulgaciones espontáneas y el pedido de apertura de un caso a otra jurisdicción. En el capítulo 2 (sección 2.5.3, “Investigaciones conjuntas con autoridades extranjeras”) se analiza la investigación conjunta, una forma de cooperación que puede iniciarse a través de la asistencia informal o de una solicitud de asistencia judicial recíproca. Las organizaciones de la sociedad civil inician y dirigen otros canales. En el apéndice H se incluye una lista de verificación en la que se señalan algunos de los puntos de conversación y temas que los profesionales intervinientes pueden utilizar para iniciar el diálogo con sus homólogos.



Fuente: Banco Mundial.

Nota: Los recuadros en gris claro se refieren a las jurisdicciones requerientes; los recuadros en gris oscuro, a las jurisdicciones requeridas. En algunas jurisdicciones, las pruebas y las medidas provisionales pueden solicitarse simultáneamente. AJR = asistencia judicial recíproca.

FIGURA 8.3**Asistencia informal y solicitudes de asistencia judicial recíproca formal: ¿Qué se puede pedir?**

Fuente: Banco Mundial.

Nota:

- a. Se necesita una solicitud de asistencia informal o de asistencia judicial recíproca formal (o ambas), según la jurisdicción.
 b. Es posible que para una orden inicial no se requiera una solicitud de asistencia judicial recíproca formal, pero dicha solicitud sí será necesaria para mantener la orden.

8.5.1 Consideraciones generales

Si bien hay menos restricciones a la asistencia informal que a las solicitudes de asistencia judicial recíproca formal, los profesionales intervinientes deben tener en cuenta algunas restricciones. La recopilación y la comunicación de la información solicitada o compartida deben ser actos lícitos tanto en la jurisdicción requerida como en la requirente, y las comunicaciones entre homólogos deben estar autorizadas. Además, dado que la cooperación suele producirse entre homólogos, los profesionales intervinientes deben ponerse en contacto con sus homólogos extranjeros a través de los organismos nacionales pertinentes. (En el recuadro 8.6 puede consultarse un ejemplo de las medidas que están tomando algunas jurisdicciones para eliminar este requisito).

Por ejemplo, en lugar de que un organismo encargado de hacer cumplir la ley se ponga en contacto con una UIF extranjera, la UIF nacional puede recurrir a los canales del Grupo Egmont para obtener información de la UIF extranjera y luego proporcionar dicha información a los funcionarios de aplicación de la ley. En algunos casos, además de ser miembros de Egmont, los organismos homólogos deben suscribir un memorando de entendimiento o comprometerse a mantener la confidencialidad.

Por lo general, la asistencia informal se presta entre homólogos; se trata de un proceso que introduce un intermediario en algunos intercambios, dado que la ley exige que el pedido de información a la UIF de una jurisdicción extranjera se realice a través de la UIF nacional.

Algunas jurisdicciones han procedido a facilitar el intercambio informal permitiendo la cooperación directa, independientemente de que el organismo extranjero sea o no homólogo. Por ejemplo, en determinadas circunstancias, la Red de Control de Delitos Financieros (FinCEN) de Estados Unidos coopera directamente con organismos de la Unión Europea encargados de hacer cumplir la ley extranjera, y se presta una cooperación similar recíprocamente.

Por último, los organismos o agencias de recuperación de activos, según las funciones específicas que cumplan en sus jurisdicciones, pueden ser canales útiles para intercambiar información sobre el proceso y sobre las autoridades a las que se debe contactar.

En la nota interpretativa de la recomendación 40 (“Otras formas de cooperación internacional”) del GAFI se establecen los requisitos para el intercambio de información entre las UIF, los supervisores financieros y las autoridades de aplicación de la ley. Asimismo, se dispone que, con sujeción a determinadas condiciones, los países deben permitir a sus autoridades competentes que intercambien información indirectamente con quienes no son homólogos, es decir, permitiendo que la información pase de la autoridad que recibe la solicitud a través de una o más autoridades internas o extranjeras⁸.

Los profesionales intervinientes siempre deben sopesar los riesgos y los beneficios que implica recurrir a la asistencia informal. Por ejemplo, las entrevistas a testigos voluntarios o incluso violaciones de la confidencialidad por parte de los homólogos extranjeros pueden alertar a las personas investigadas sobre la investigación y darles la oportunidad de destruir pruebas, movilizar activos o abandonar la jurisdicción.

8.5.2 Homólogos para la asistencia informal en jurisdicciones extranjeras y canales de organizaciones no gubernamentales

Entre los profesionales intervinientes homólogos a los que se puede solicitar asistencia informal en jurisdicciones extranjeras se encuentran los funcionarios de aplicación de la ley, los fiscales y los jueces de instrucción. Los agregados de aplicación de la ley y los magistrados de enlace también son especialmente importantes. Estas personas, destinadas en embajadas o consulados en el extranjero, facilitan la comunicación con

⁸ Véanse la recomendación 40 del GAFI, “Otras formas de cooperación internacional” (FATF [GAFI], 2019, pág. 27), y la nota interpretativa de dicha recomendación (FATF [GAFI], 2019, pág. 110).

homólogos que puedan proporcionar asistencia informal, ayudar con la preparación de las solicitudes de asistencia judicial recíproca y colaborar en el seguimiento de tales solicitudes. Uno de los problemas a los que se enfrentan los profesionales intervinientes que buscan ponerse en contacto con sus homólogos es que en muchas jurisdicciones existen varios organismos encargados de hacer cumplir la ley, y puede resultar difícil determinar con cuáles de ellos es necesario comunicarse. (Véase el recuadro 8.7 sobre los organismos encargados de hacer cumplir la ley de cuatro países). Estos organismos podrían incluir a la Policía federal, estatal o provincial, y municipal; organismos de lucha contra la corrupción; aduanas; organismos de control de drogas, u organismos tributarios. Esto significa que es posible que los profesionales intervinientes deban ponerse en contacto con varios organismos, preguntar a sus homólogos si hay otros organismos que podrían ser relevantes o consultar a las autoridades centrales.

RECUADRO 8.7

Organismos encargados de hacer cumplir la ley con mandato de investigación en Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza

En muchas jurisdicciones existen varios organismos de aplicación de la ley facultados para investigar y juzgar actos de corrupción y lavado de dinero. A continuación, se presentan ejemplos de algunos países.

Francia

- Administración de Aduanas
- Gendarmerie Nationale (una rama de la fuerza policial nacional)
- Tribunales interregionales especializados en delito financiero organizado
- Jueces de instrucción
- Policía judicial, en concreto, la Office Central pour la Répression de la Grande Délinquance Financière
- Fiscalías
- Agence Française Anticorruption, el organismo francés de lucha contra la corrupción
- Tracfin, la UIF de Francia

Suiza

- Oficina Federal de Justicia (oficina central de asistencia judicial recíproca)
- Policía federal y cantonal
- Ministerio Público Federal
- Ministerios públicos cantonales (en especial, en Zúrich, Ginebra y Tesino)
- Oficina de Denuncias de Lavado de Dinero, la UIF de Suiza

Téngase en cuenta que cada cantón (estado) tiene sus propios fiscales y organismos encargados de hacer cumplir la ley.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 8.7

Organismos encargados de hacer cumplir la ley con mandato de investigación en Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza (*continuación*)

Reino Unido (Inglaterra y Gales)

- Fiscalía de la Corona y Fiscalía de Ingresos y Aduanas
- Hacienda y Administración de Aduanas de Su Majestad
- Organismo Nacional de Lucha contra el Delito
- Oficina de Fraudes Graves

Además, en Inglaterra y Gales hay 43 fuerzas policiales regionales, algunas de las cuales cuentan con unidades específicas para la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero. Entre ellas se encuentran la Policía Metropolitana y la Policía de la Ciudad de Londres.

Estados Unidos

- Administración de Aduanas y Protección Fronteriza
- Departamento de Seguridad Nacional
- Departamento de Justicia (autoridad central de Estados Unidos)
- Iniciativa de Recuperación de Activos de la Cleptocracia (del Departamento de Justicia)
- Departamento del Tesoro
- Administración de Control de Drogas
- Oficina Federal de Investigaciones
- Servicio de Inmigración y Aduanas
- Departamento de Investigaciones Penales del Servicio de Impuestos Internos
- Servicio postal de Estados Unidos
- FinCEN (la UIF de Estados Unidos)

Además, existen fuerzas policiales estatales y locales.

Además, los profesionales deben tener en cuenta que, en medida creciente, la cooperación transfronteriza informal se materializa a través de canales impulsados y liderados por organizaciones de la sociedad civil, como sucedió en la investigación de los papeles de Panamá (recuadro 8.8).

8.5.3 Rastreo de activos y otras investigaciones

A menudo, los activos no pueden rastrearse porque no existe suficiente información que permita reducir la búsqueda a un banco, sucursal o ubicación en particular. Esa información suele solicitarse en jurisdicciones en las que hay una gran cantidad de instituciones financieras y sucursales (ninguna de las cuales comparte información); de lo contrario, la solicitud sería demasiado amplia. En algunas jurisdicciones hay instrumentos específicos que pueden ayudar a abordar este problema.

Las autoridades de aplicación de la ley no son las únicas que colaboran en casos de corrupción transfronteriza. Las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación también han planteado la necesidad de cooperación internacional para dejar al descubierto escándalos de corrupción. La filtración de los denominados “papeles de Panamá” (*Panama Papers*) reveló información sobre miles de entidades extraterritoriales que podrían utilizarse con fines ilícitos, desde evadir impuestos hasta cometer actos de corrupción. A fines de 2014, una fuente anónima se puso en contacto con un periódico bávaro, *Süddeutsche Zeitung*, a través de canales encriptados y comenzó a enviarle documentos internos de Mossack Fonseca, un estudio jurídico panameño que prestaba servicios para la constitución de empresas extraterritoriales en todo el mundo^a.

Si bien no se conoce públicamente cómo se transfirió ese enorme volumen de datos, se cree que se envió en discos duros encriptados^b. Se trata de la mayor filtración hasta la fecha: 2,6 terabytes de datos que abarcan desde la década de 1970 hasta 2016. *Süddeutsche Zeitung* decidió analizar los datos en colaboración con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ), una red sin fines de lucro que trabajó con más de 100 organizaciones de medios de comunicación y 370 periodistas en más de 80 países, y que compartió fuentes, transcripciones y videos de entrevistas^c.

Las organizaciones se dieron cuenta desde un principio de que, si unían sus recursos, el impacto sería mucho más fuerte que si lograban hacer un excelente trabajo de manera individual^d. Los periodistas trabajaron juntos en foros colaborativos encriptados y protegidos con contraseñas que incluían un sistema de chat en tiempo real para abordar cuestiones relacionadas con la traducción. Los datos (por ejemplo, imágenes escaneadas) se cargaron en computadoras de alto rendimiento y se convirtieron a datos que podían leerse con máquinas utilizando tecnología de reconocimiento óptico de caracteres, con lo que se obtuvo un texto en el que se podían realizar búsquedas y a partir del cual, mediante algoritmos de búsqueda, se compiló una lista de nombres de personas famosas y destacadas^e.

El ICIJ creó un motor de búsqueda para los documentos, protegido por una autenticación de dos factores y, por medio de un mensaje de correo electrónico encriptado, compartió la dirección web con medios informativos, como BBC, *The Guardian*, Fusion y decenas de medios informativos extranjeros. Dado que más de 100 medios de comunicación publicaron la información de manera simultánea, las filtraciones atrajeron poderosamente la atención de la comunidad internacional^f. A fin de proteger la privacidad de particulares inocentes, no se ha dado a conocer la totalidad de los datos. Las filtraciones dieron lugar al envío de numerosas solicitudes formales y de informes espontáneos entre los distintos países^g. Más allá de la gran cantidad de casos individuales juzgados en todo el mundo, se estima que 16 países u organismos internacionales introdujeron reformas sustanciales relacionadas con los papeles de Panamá (Graves y Shabbir, 2019).

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 8.8

Cooperación internacional para denunciar escándalos de corrupción: Los papeles de Panamá (continuación)

- a. Frederik Obermaier, Bastian Obermayer, Vanessa Wormer y Wolfgang Jäschensky, "About the Panama Papers" (Sobre los papeles de Panamá), *Süddeutsche Zeitung* (consultado el 23 de junio de 2020), <https://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/56febff0a1bb8d3c3495adf4/>.
- b. Andy Greenberg (2016), "How Reporters Pulled Off the Panama Papers, the Biggest Leak in Whistleblower History" (Cómo llegaron los periodistas a los papeles de Panamá, la mayor filtración en la historia de los informantes), *WIRED*, 4 de abril de 2016, <https://www.wired.com/2016/04/reporters-pulled-off-panama-papers-biggest-leak-whistleblower-history/>.
- c. Kristen Hare (2016), "How ICIJ Got Hundreds of Journalists to Collaborate on the Panama Papers" (Cómo logró el ICIJ que cientos de periodistas colaboraran en la investigación de los papeles de Panamá), *Poynter*, 4 de abril de 2016 (consultado el 10 de octubre de 2018), <https://www.poynter.org/news/how-icij-got-hundreds-journalists-collaborate-panama-papers>.
- d. Hare, "How ICIJ Got Hundreds of Journalists", 4 de abril de 2016.
- e. Greenberg, "How Reporters Pulled Off the Panama Papers", 4 de abril de 2016.
- f. Greenberg, "How Reporters Pulled Off the Panama Papers", 4 de abril de 2016.
- g. Parlamento Europeo (2017), *The Impact of Schemes Revealed by the Panama Papers on the Economy and Finances of a Sample of Member States* (El impacto de las tramas reveladas por los papeles de Panamá en la economía y las finanzas de algunos Estados miembros), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/572717/IPOL_STU\(2017\)572717_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/572717/IPOL_STU(2017)572717_EN.pdf).

Un instrumento que ha ayudado a superar este obstáculo ha sido un registro central de cuentas bancarias⁹. Estos registros, que funcionan, por ejemplo, en Brasil, Chile, Francia (recuadro 8.9), Italia y Alemania¹⁰, contienen información limitada (como el número de cuenta, el nombre y la dirección de la sucursal) y están diseñados para garantizar que se proteja la privacidad y que el acceso quede restringido a determinados organismos en circunstancias específicas.

En muchas jurisdicciones, la UIF puede hacer búsquedas en estas bases de datos solo cuando existe una sospecha razonable de lavado de dinero o de financiamiento del terrorismo. Los profesionales intervinientes extranjeros deberían proporcionar información suficiente para cumplir los requisitos para obtener información, y es posible que se necesite una solicitud de asistencia judicial recíproca.

8.5.4 Medidas provisionales de emergencia

Varias jurisdicciones cuentan con medidas que permiten incautar o inmovilizar fondos de manera expeditiva en situaciones de emergencia a fin de evitar que los activos sean

⁹ El GAFI ha reconocido que establecer registros centrales constituye una buena práctica (FATF [GAFI], 2012), <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.

¹⁰ Para consultar información actualizada, véase también Meinzer (2012) en <https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/BAR2012-TJN-Report.pdf>.

La administración tributaria francesa, la Dirección General de Finanzas Públicas, es responsable de administrar el registro de cuentas bancarias francés, el Fichier national des comptes bancaires et assimilés [Registro Nacional de Cuentas Bancarias y Afines] (FICOBA)^a. El FICOBA fue establecido legalmente en el Código Tributario General de Francia y se encuentra en funcionamiento desde 1992.

Se puede recurrir al FICOBA para identificar diversas cuentas: bancarias, postales y de ahorros, entre otras. Dicha entidad proporciona a las personas autorizadas información sobre cuentas de personas físicas o jurídicas, incluso no residentes, en Francia. Las declaraciones para la apertura, el cierre o la modificación de cuentas incluyen la siguiente información:

- nombre y dirección de la institución que gestiona la cuenta;
- número de cuenta, naturaleza, tipo y características;
- fecha y naturaleza de la operación declarada (apertura, cierre, modificación);
- apellido y nombre, fecha y lugar de nacimiento, dirección del titular de la cuenta, además del número del Sistema de Identificación del Directorio de Establecimientos (número SIRET)^b de los empresarios individuales.

En el caso de las personas jurídicas, se registra lo siguiente: nombre, tipo legal, número SIRET y dirección. Las declaraciones para la apertura, la modificación y el cierre de cuentas deben realizarse en el término de un mes desde dicha operación^c.

Solo las personas autorizadas por ley pueden acceder al registro; por ejemplo^d:

- funcionarios de la administración financiera (administración tributaria, aduanas y organismos similares);
- funcionarios de la Autoridad de Mercados Financieros;
- organizaciones de la seguridad social;
- jueces y oficiales de la Policía judicial;
- magistrados del Tribunal de Cuentas y de las cámaras regionales de cuentas;
- alguaciles;
- notarios a cargo de una sucesión.

La base de datos se va creando con información que envían las instituciones que administran las cuentas, como establecimientos bancarios y financieros, centros

(continúa en la página siguiente)

de control de oficinas postales y empresas de corretaje, entre otros^e. También se puede acceder a los datos del FICOPA si una decisión judicial lo autoriza expresamente.

Además, el Código Tributario General de Francia, artículo 1649A, establece que las personas físicas, asociaciones y empresas que no tengan forma comercial y que se encuentren domiciliadas o establecidas en Francia deben declarar, junto con su declaración de ingresos o resultados, las cuentas que hayan abierto o cerrado, o de las que sean titulares o que utilicen en el extranjero. Asimismo, dispone que los montos, títulos valores o valores transferidos al extranjero o provenientes del extranjero a través de cuentas no declaradas constituyen, en determinadas condiciones, ingresos gravables, salvo que se demuestre lo contrario.

- a. CNIL (Comisión Nacional de Informática y Libertades) (2018), "FICOPA: Fichier national des comptes bancaires et assimilés", "Les grands fichiers en fiches" (FICOPA: Registro Nacional de Cuentas Bancarias y Afines), *CNIL.fr*, 8 de marzo de 2018 (consultado el 23 de junio de 2020), <https://www.cnil.fr/fr/ficoba-fichier-national-des-comptes-bancaires-et-assimiles>.
- b. El número SIRET (*Système d'identification du répertoire des établissements*) es un número de registro comercial o de identificación comercial exclusivo en Francia.
- c. Decreto modificado del 14 de junio de 1982, "en relación con la ampliación de un sistema automatizado para gestionar el archivo de cuentas bancarias", que rige al FICOPA (modificado por última vez por el decreto del 13 de octubre de 2010), art. 1 (consultado el 23 de junio de 2020), https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=E3E54137E9BC710C7E977B6FFD4AF7A0.tpdjo09v_3?cidTexte=JORFTEXT000000864438&dateTexte=20131119.
- d. CNIL, "FICOPA", 8 de marzo de 2018.
- e. CNIL, "FICOPA", 8 de marzo de 2018.

transferidos o desaparezcan antes de que se obtengan las órdenes formales¹¹. Esta rápida acción suele adoptar la forma de una medida temporal ejecutada a la espera de que luego se presente la solicitud de asistencia judicial recíproca en un determinado plazo (aunque en algunas jurisdicciones puede concederse una prórroga a solicitud del interesado). Si la respuesta a la solicitud no llega a tiempo, el dinero podrá liberarse.

Las órdenes administrativas suelen ser parte de la asistencia informal. En la sección 9.2.6 del capítulo 9 se muestran ejemplos de medidas provisionales de emergencia que

¹¹ Por ejemplo, en el caso de los activos del expresidente tunecino Zine el Abidine Ben Ali, la UE aplicó medidas de congelamiento previas sin demostrar en detalle que los activos existían en los Estados miembros. Véase la *Decisión 2011/72/PESC del Consejo, de 31 de enero de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez* (OJ L 28, 2/2/2011), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:028:0062:0064:ES:PDF>, modificada por la *Decisión (PESC) 2018/141 del Consejo, de 29 de enero de 2018, por la que se modifica la Decisión 2011/72/PESC relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez* (OJ L 25, 30/1/2018), que prorrogó las medidas restrictivas hasta el 31 de enero de 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0141&from=EN>. En virtud de la *Decisión (PESC) 2020/117 del Consejo, de 27 de enero de 2020, por la que se modifica la Decisión 2011/72/PESC relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez* (OJ L 22, 28/1/2020), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020D0117>, se estableció una nueva prórroga hasta el 31 de enero de 2021.

necesitan asistencia formal. Un funcionario administrativo —que suele estar relacionado con la UIF (como se analiza en el recuadro 2.1 del capítulo 2, “Función y contribución de las UIF en los casos de recuperación de activos”)— puede emitir una orden de preservación en la que se ordene a una institución financiera que inmovilice los fondos durante un breve período. Estas órdenes administrativas suelen limitarse a casos que involucran determinados delitos subyacentes¹².

En algunas jurisdicciones se exige que la institución financiera, ante la presentación de un ROS, retenga los fondos hasta que la UIF haya aceptado liberarlos o retenerlos durante un determinado período (por lo que la UIF o la autoridad de aplicación de la ley quedan habilitadas para implementar medidas provisionales). En otras jurisdicciones, las instituciones financieras están obligadas a obtener el consentimiento de las autoridades antes de llevar adelante operaciones. Si estas no otorgan su consentimiento, la entidad deberá negarse a transferir fondos (ya que podría estar cometiendo un delito y se la podría considerar responsable de los fondos en calidad de fiduciario de un fideicomiso implícito).

8.5.5 Divulgaciones espontáneas

Otra forma de asistencia informal que ha ayudado a recuperar el producto de la corrupción son las divulgaciones espontáneas¹³. La UNCAC contempló específicamente el uso de este recurso. En algunas jurisdicciones, la facultad de realizar este tipo de divulgaciones puede estar formalmente establecida en la legislación nacional (por ejemplo, para abordar cuestiones de secreto bancario en Suiza). Sin embargo, estas divulgaciones son, en sí mismas, una forma proactiva unilateral de transmitir información que puede utilizarse para facilitar una investigación y la elaboración de una solicitud de asistencia judicial recíproca formal por parte de una jurisdicción extranjera. Las divulgaciones espontáneas son especialmente útiles para alertar a una jurisdicción extranjera sobre la existencia de pruebas (como una cuenta bancaria cuyo titular es una persona corrupta expuesta políticamente), sobre una investigación de lavado de dinero en curso en la jurisdicción de divulgación o sobre ambas situaciones.

En el recuadro 8.10 se describe la información que las autoridades suizas podrían transmitir (formalmente en virtud de sus leyes) mediante una declaración espontánea y se hace especial referencia a la posibilidad de levantar el secreto bancario si la información pudiera habilitar a una jurisdicción extranjera a presentar una solicitud

¹² El artículo 48 de la Ley de Lucha contra el Lavado de Dinero de Tailandia, del año 2542 de la era budista (1999), faculta al Comité de Transacciones a inmovilizar o incautar activos durante un período de hasta 90 días “si existe causa probable para creer que es posible que haya una transferencia, distribución, colocación, estratificación u ocultamiento de activos relacionados con un delito subyacente”. En caso de emergencia, la Secretaría General de la Dirección de Lucha contra el Lavado de Dinero (http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0019_2.pdf) puede dictar la orden. En algunos casos, se aplican las reglamentaciones pertinentes relacionadas con el procedimiento para poner activos bajo custodia o para su preservación, mantenimiento, subasta u otra medida.

¹³ En la UNCAC, arts. 46 4) y 56, se exige que los Estados parte intenten ofrecer esa información.

Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales, art. 67a:

La autoridad que juzgue delitos podrá, sin que medie solicitud a tal efecto, remitir a una autoridad extranjera homóloga cualquier información o prueba que haya recabado en el curso de su propia investigación cuando determine que dicha remisión:

- a. permitirá que se inicie un proceso penal, o
- b. facilitará una investigación penal en curso.

Se podrá remitir información sujeta a normas de confidencialidad si tal información pudiera habilitar al Estado extranjero a presentar una solicitud de asistencia recíproca.

La información “sujeta a normas de confidencialidad” incluye el nombre de un banco en el que se encuentran activos que podrían ser relevantes, la identidad del tenedor de la cuenta y del titular real, el número de cuenta, el monto de los fondos congelados y las transacciones que correspondan.

Se invita al país receptor a presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca si estuviera interesado en obtener información sobre los elementos de prueba formales.

Fuente: Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales (“Ley de Asistencia Recíproca”, Código Penal de Suiza [CC 351.1]), de 20 de marzo de 1981 (estado al 1 de marzo de 2019), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19810037/index.html>.

de asistencia judicial recíproca formal¹⁴. Las leyes de la Unión Europea también contemplan el intercambio de información espontáneo entre los organismos de recuperación de activos de dicha asociación u otras autoridades encargadas de facilitar el rastreo y la identificación de productos del delito¹⁵. Esta cooperación no debe verse impedida por la posición del organismo de recuperación de activos dentro del marco jurídico nacional (es decir, su carácter de autoridad administrativa, de aplicación de la ley o judicial)¹⁶. En 2019, hubo más de 7659 intercambios de información entre organismos de recuperación de activos en la Aplicación de la Red de Intercambio

¹⁴ La legislación que permite las divulgaciones espontáneas en Suiza es la Ley Federal de Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales (“Ley de Asistencia Recíproca”, Código Penal de Suiza [CC 351.1, art. 67a]). La transmisión no afectará los procesos penales nacionales en el país.

¹⁵ *Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito* (OJ L 332, 18/12/2007); véanse el art. 4 (párr. 1) y el art. 2 (párr. 2), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32007D0845>.

¹⁶ Para obtener más información sobre la puesta en marcha de los organismos de recuperación de activos de la UE, véase la sección “Tracing and Identifying Criminal Assets” (Seguimiento e identificación de activos de origen delictivo) de la página web “Confiscation & Asset Recovery” (Confiscación y recuperación de activos) de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/internal-security/organised-crime-and-human-trafficking/confiscation-asset-recovery_en.

Seguro de Información (SIENA)¹⁷, lo que representa un aumento significativo desde 2012¹⁸.

Además, la cobertura mediática internacional que atraen estos casos de corrupción también puede incentivar a los bancos a presentar ROS ante las autoridades nacionales, que luego pueden divulgarse de manera espontánea (a través de Egmont o según lo permita la ley) a la jurisdicción que investiga un caso de corrupción. A su vez, dicha jurisdicción puede impulsar su investigación y proceder a presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca formal. La divulgación interna dentro de la jurisdicción es igualmente importante y también puede conducir a una investigación nacional de lavado de dinero¹⁹.

Una buena práctica consiste en que quienes reciban divulgaciones espontáneas de información se comuniquen con quien las envía para aclararlas, averiguar más sobre el caso en el extranjero, asegurarse de que los activos serán congelados o permanecerán congelados y analizar los pasos por seguir.

8.5.6 Solicitud de apertura de un caso en el extranjero

En algunas circunstancias, las autoridades no podrán impulsar una causa en el país, ya sea que se trate de procedimientos penales o de confiscación sin condena, o civiles. Ello puede deberse a la falta de capacidad y de voluntad política, o a que el marco legislativo aplicable es ineficaz. En tales circunstancias, una jurisdicción puede suministrar los materiales sobre el caso a sus homólogos extranjeros y solicitarles que inicien un procedimiento local. En última instancia, las autoridades extranjeras decidirán si proceden o no y de qué manera (para obtener más detalles sobre esta opción, véase el capítulo 11).

En algunos casos, esta solicitud deberá presentarse mediante una comunicación formal. En otros, los materiales sobre el caso se transmitirán por medio de canales más administrativos, por ejemplo, en el marco de un intercambio de información entre UIF o entre organismos tributarios.

¹⁷ SIENA es una plataforma para el intercambio de información relacionada con delitos entre las autoridades de aplicación de la ley de la UE (y sus asociados colaboradores y terceros con quienes esta ha celebrado acuerdos): <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/services-support/information-exchange/secure-information-exchange-network-application-siena>.

¹⁸ Comisión Europea, “Confiscation & Asset Recovery” (Confiscación y recuperación de activos), en *What We Do, Migration and Home Affairs* (Qué hacemos: Migraciones y asuntos internos), https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/confiscation-and-asset-recovery_en.

¹⁹ La divulgación espontánea de información fue el catalizador que propició la cooperación internacional entre Perú y Suiza en el caso de Vladimiro Montesinos (como se analizó previamente en el recuadro 8.3 y en los capítulos 1 [recuadro 1.3] y 5 [recuadro 5.8]).

Bibliografía

- CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network). 2012. “The History, Statement of Intent, Membership and Functioning of CARIN.” CARIN manual, European Police Office, The Hague, Netherlands. <http://www.carin.network/>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2012. “Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery.” Best Practices Paper, FATF and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- Graves, Lucas, and Nabeelah Shabbir. 2019. “Gauging the Global Impacts of the ‘Panama Papers’ Three Years Later.” Factsheet, March 2019, Reuters Institute for the Study of Journalism, University of Oxford. <http://www.digitalnewsreport.org/publications/2019/gauging-global-impacts-panama-papers-three-years-later/#:~:text=In%20our%20data%2C%2016%20countries,ICIJ%20investigations%20%E2%80%93%20an%20impressive%20result>.
- Meinzer, Markus. 2012. “Bank Account Registries in Selected Countries: Lessons for Registries of Trusts and Foundations for Improving Automatic Tax Information Exchange.” Report, Tax Justice Network, Chesham, UK. <https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/BAR2012-TJN-Report.pdf>.
- Moro, Sérgio Fernando. 2018. “Preventing Systemic Corruption in Brazil.” *Dædalus* 147 (3): 157–68. https://www.mitpressjournals.org/doi/full/10.1162/daed_a_00508.
- Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (1988, amended by Protocol in 2010), Organisation for Economic Co-operation and Development and Council of Europe. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en.
- Stephenson, Kevin M., Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabrielle Dunker, and Melissa Panjer. 2011. *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Barriers%20to%20Asset%20Recovery.pdf>.
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.

World Bank and UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2019. “International Partnerships on Asset Recovery: Overview and Global Directory of Networks.” Reference publication and directory, Stolen Asset Recovery (StAR) initiative, World Bank, Washington, DC. <https://star.worldbank.org/publications/international-partnerships-asset-recovery>.

9. Prestación de cooperación internacional y asistencia judicial recíproca

9.1 Observaciones preliminares

La aplicación de los principios básicos de la cooperación internacional destacados en el capítulo 8 constituye una base sólida para que los profesionales intervinientes puedan prestar una cooperación internacional eficaz. Para lograr una exitosa recuperación de activos a nivel internacional suele ser necesario combinar procesos tanto de asistencia informal como de asistencia judicial recíproca más formal. El objetivo de este capítulo es explicar cómo utilizar estos instrumentos y combinarlos de manera eficaz, con el foco puesto en el proceso de asistencia formal.

9.2 Solicitudes de asistencia judicial recíproca

Tal como se analiza en el capítulo 8, por lo general los profesionales intervinientes no deben iniciar sus esfuerzos de cooperación internacional enviando una solicitud de asistencia judicial recíproca. En primer lugar, deben explorar canales de asistencia informal, si los hubiera, de modo que puedan ponerse en contacto con sus homólogos para discutir los requisitos que deberán cumplirse para ejecutar la solicitud y abordar posibles obstáculos. Una vez que el profesional interviniente determina que se debe enviar una solicitud de asistencia judicial recíproca para lograr que se adopte una medida necesaria —por ejemplo, para solicitar registros financieros, obtener testimonios obligatorios o una orden de allanamiento e incautación, o lograr que se ejecute una orden de inmovilización provisional—, deben cumplirse y seguirse, según corresponda, numerosos requisitos y procedimientos, algunos de los cuales se describen más adelante.

Los requisitos varían según la jurisdicción; por lo tanto, los profesionales intervinientes deben confirmar su aplicabilidad de antemano con la autoridad central extranjera. Puede resultar útil consultar sobre el tema a los homólogos extranjeros o a otros contactos, aunque en muchas jurisdicciones se exigirá al profesional interviniente que avance formalmente a través de su propia autoridad central cuando se esté preparando o se haya enviado una solicitud formal.

Además, muchas jurisdicciones publican información en el sitio web de su autoridad central (por ejemplo, los requisitos para la asistencia judicial recíproca), y algunas incluso proporcionan modelos para preparar una solicitud de asistencia judicial

recíproca aceptable¹. (Para consultar una lista de sitios web útiles en jurisdicciones seleccionadas y un modelo de solicitud de asistencia judicial recíproca, véanse los apéndices J e I, respectivamente). La UNODC cuenta con un directorio de autoridades centrales y ha elaborado una herramienta para la redacción de solicitudes de asistencia judicial recíproca² para ayudar a los profesionales intervinientes³. Por último, también pueden resultar útiles las publicaciones de organizaciones no gubernamentales o multilaterales⁴.

9.2.1 Fundamentos jurídicos de la cooperación internacional

Para proceder con una solicitud de asistencia judicial recíproca, deben especificarse en ella los fundamentos jurídicos de la cooperación, según lo establecido en las siguientes vías:

- convenios, convenciones, tratados o acuerdos multilaterales que contengan disposiciones sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales;
- tratados y acuerdos bilaterales de asistencia judicial recíproca;
- legislación nacional que permita la cooperación internacional en causas penales, o
- promesas de reciprocidad a través de canales diplomáticos (que en algunas jurisdicciones se denominan “cartas rogatorias” o “mandas de reciprocidad”).

Dichas alternativas legales no se excluyen recíprocamente, y para una solicitud de asistencia judicial recíproca puede ser necesario recurrir a una o más de ellas, según el objeto del caso y los resultados esperados (véase el recuadro 9.1). A continuación, se analiza cada una de las vías. La ausencia de un tratado o ley pertinente en materia de

¹ Por ejemplo, el Reino Unido y la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) cuentan con folletos que están disponibles para ayudar a los profesionales intervinientes.

² La UNODC ofrece una herramienta para redactar solicitudes de asistencia judicial recíproca (que se puede descargar de <https://www.unodc.org/mla>), un programa informático que genera una versión preliminar de una solicitud de asistencia judicial recíproca con la información que proporciona el usuario. La solicitud debe adaptarse a cada jurisdicción, pero la herramienta ayuda a organizarla. En su versión revisada y ampliada, la herramienta es una aplicación basada en HTML que puede ejecutarse en todos los dispositivos. Orienta a los profesionales intervinientes en el proceso para redactar una versión preliminar de la solicitud de asistencia judicial recíproca y puede vincularse con los directorios en línea de autoridades nacionales competentes de la UNODC (<https://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/directories-of-competent-national-authorities.html>), lo que permite obtener información de contacto.

³ Otras organizaciones multilaterales ofrecen listas de autoridades centrales, entre ellas la OCDE, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

⁴ Véase también Stephenson y otros (2011, págs. 114 a 179), que ofrece información relacionada con la asistencia judicial recíproca (marco jurídico de asistencia judicial recíproca y condiciones preliminares para la cooperación, procedimientos generales para la asistencia judicial recíproca, información sobre la recuperación de activos específicos, y tipos de asistencia informal) para Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Guernsey (dependencia de la Corona británica), las Islas Caimán, Japón, Jersey (dependencia de la Corona británica), Liechtenstein, la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China), el Reino Unido, Singapur y Suiza. Véase también el informe del Banco Asiático de Desarrollo y de la OCDE (ADB [Banco Asiático de Desarrollo] y OECD [OCDE], 2017), *Mutual Legal Assistance in Asia and the Pacific: Experiences in 31 Jurisdictions* (Asistencia judicial recíproca en Asia y el Pacífico: Experiencias en 31 jurisdicciones), en <https://www.oecd.org/corruption/ADB-OECD-Mutual-Legal-Assistance-Corruption-2017.pdf>.

asistencia judicial recíproca puede complicar en gran medida los procedimientos e impedir que un caso prospere⁵.

RECUADRO 9.1

Selección de los fundamentos jurídicos que deben incluirse en las solicitudes de asistencia judicial recíproca formal

Al elegir los fundamentos jurídicos que deben incluirse en una solicitud de asistencia judicial recíproca, a muchos profesionales intervinientes les ha resultado sumamente útil hacer una lista de todos los tratados, acuerdos o leyes pertinentes que se aplican, según el orden de preferencia^a. Esta práctica aumenta las posibilidades de aplicabilidad: dado que los tipos de asistencia y las posibles razones para rechazarla varían según el tratado, la solicitud puede ser aceptable o inaceptable dependiendo del fundamento jurídico.

Los tratados bilaterales suelen ser una buena opción, siempre y cuando en virtud de ellos se implementen adecuadamente los principios básicos de tratados multilaterales importantes, como la UNCAC. Los tratados bilaterales suelen estar adaptados a las tradiciones legales y las posibilidades de las dos jurisdicciones contratantes (al contrario de lo que ocurre con el enfoque “universal” de los tratados multilaterales). La inclusión de los tratados relevantes, seguida de la legislación nacional, suele permitir una cooperación más rápida que una promesa de reciprocidad, como por medio de una carta rogatoria.

a. Para consultar una lista amplia (aunque no exhaustiva), véase el recuadro 1.1 del capítulo 1, “Marco jurídico para la recuperación de activos”, y recursos relacionados en la web en el apéndice J.

Convenios, convenciones, tratados o acuerdos multilaterales

En los convenios, las convenciones, los tratados o los acuerdos multilaterales se incluyen disposiciones vinculantes que obligan a los signatarios a proporcionar asistencia judicial recíproca en virtud del derecho internacional. En dichas disposiciones se definen áreas de cooperación y procedimientos rectores, lo que contribuye a la claridad y la previsibilidad del proceso. Estos acuerdos suelen permitir formas de cooperación más

⁵ El caso de Ferdinand e Imelda Marcos representó la primera vez que Suiza congeló activos de un ex jefe de Estado, incluso antes de que el Gobierno (en este caso, Filipinas) formulara una solicitud. Sin embargo, en esa época (1986), Filipinas no había firmado ningún acuerdo de asistencia judicial recíproca con Suiza, lo que dificultaba aún más los procedimientos. Además, las leyes aplicables habían entrado en vigor recientemente, por lo que no había precedentes. Si bien el Gobierno había solicitado a Suiza asistencia para la divulgación de documentos bancarios y la restitución de activos, la familia Marcos logró impugnar todo el procedimiento. El Tribunal Supremo Federal de Suiza dictó 60 decisiones en las que afirmaba que se podía prestar la asistencia legal y, finalmente, admitió que se restituyeran los fondos congelados, a condición de que se iniciaran procesos penales contra Imelda Marcos y con la promesa de que los fondos se utilizarían para compensar a las víctimas del régimen (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, pág. 12), https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.

amplias que las tradicionales promesas de reciprocidad o cartas rogatorias, como la comunicación entre autoridades centrales (y no a través de canales diplomáticos)⁶.

La UNCAC, ratificada por 187 Estados parte⁷, es el tratado multilateral que más se aplica a la recuperación de productos de la corrupción, y para poder utilizar este instrumento en la recuperación de activos a nivel internacional se necesita asistencia judicial recíproca. La UNCAC obliga a los Estados parte a ofrecerse los unos a los otros la más amplia asistencia en investigaciones, procesamientos y procedimientos judiciales referidos a temas de corrupción. Además de la UNCAC y otros tratados de las Naciones Unidas, el fundamento jurídico también puede estar constituido por determinados tratados o acuerdos regionales de asistencia judicial recíproca, como el Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal (suscrito por Estados miembros de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental [ASEAN])⁸ y la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Un tema que los profesionales intervinientes deben considerar respecto de los convenios, las convenciones, los tratados y los acuerdos internacionales es la manera en que se han incorporado (si es que esto ha ocurrido) las obligaciones pertinentes derivadas de ellos en la legislación nacional de la otra jurisdicción. Este proceso se denomina “incorporación al derecho interno”. En teoría, las solicitudes de asistencia judicial recíproca presentadas en el marco de un tratado multilateral (como la UNCAC) pueden aplicarse directamente, siempre que ambos países hayan ratificado dicho instrumento⁹. Sin embargo, las disposiciones obligatorias de estos tratados suelen estar formuladas de forma genérica, lo que deja margen para la interpretación y la incertidumbre. Por ejemplo, es posible que en el tratado no se especifiquen los canales de comunicación, los tipos específicos de pruebas o los procedimientos que exigen autorización judicial,

⁶ En el caso de fraude bancario de Moldova (que se analizó en el recuadro 4.5 del capítulo 4), el Banco Nacional de Moldova suscribió tratados de asistencia judicial recíproca con Chipre, Estonia, la Federación de Rusia y Letonia para obtener datos críticos relacionados con el caso, como información sobre cuentas, datos sobre el conocimiento de los clientes e informes de inspección *in situ*.

⁷ UNODC, *Signature and Ratification Status* (Estado de suscripción y ratificación) (al 6 de febrero de 2020), <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.

⁸ Si bien el Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal fue suscrito por Estados miembros de la ASEAN y el estado de su ratificación se reflejó en instrumentos legales de la Secretaría de la ASEAN, no se lo designa oficialmente como un instrumento de esa asociación. En el documento *ASEAN 2025: Forging Ahead Together* (ASEAN 2025: Seguir adelante juntos), la medida B3.1.i de la sección “ASEAN Political-Security Community Blueprint 2025” (Programa Comunitario de Política y Seguridad de la ASEAN 2025) consiste en “trabajar para lograr que el Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de 2004 se convierta en un tratado de la ASEAN” (ASEAN, 2015, pág. 33). En la reunión de procuradores generales y ministros de Justicia de la ASEAN celebrada en 2019 en Yogyakarta (Indonesia), se “respaldó el objetivo de convertir el Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en un tratado de la ASEAN” (ASEAN, 2019). “ASEAN Attorneys-General/Ministers Pledged for Stronger Cooperation in Mutual Legal Assistance in Criminal Matters” (Procuradores generales y ministros de la ASEAN se comprometen a prestar una mayor cooperación en materia de asistencia judicial recíproca en asuntos penales), sección de noticias de la Secretaría de la ASEAN, 25 de abril de 2019, <https://asean.org/asean-attorneys-general-ministers-pledged-for-stronger-cooperation-in-mutual-legal-assistance-in-criminal-matters/>.

⁹ UNCAC (arts. 46 y 55), UNTOC (art. 18) y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 7).

ni los procedimientos y documentos necesarios para hacer efectivas las solicitudes de confiscación.

En algunas jurisdicciones se dictan leyes nacionales para brindar los detalles; en otras, no existen leyes que incorporen el tratado al derecho interno o estas son escasas, y se recurre a la aplicación directa valiéndose de las leyes y los procedimientos penales vigentes, con modificaciones basadas en el tratado. Dado que las autoridades de algunas jurisdicciones requeridas pueden preferir que el tratado se incorpore al derecho interno dentro de su jurisdicción, es importante que los profesionales intervinientes tengan en cuenta esta cuestión y examinen el derecho interno para conocer los detalles relativos a la implementación del tratado multilateral.

Además, puede haber acuerdos voluntarios con otras jurisdicciones o grupos regionales, como el Plan de Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la Secretaría del Commonwealth (Plan de Harare), que constituye un compromiso de los ministros de Justicia del Commonwealth. Si bien no se trata de un instrumento legal o tratado vinculante, se espera que las partes implementen las disposiciones en la legislación nacional, y se brinda asistencia a través de estas disposiciones¹⁰.

Tratados y acuerdos bilaterales de asistencia judicial recíproca

De forma similar a los tratados multilaterales, los tratados y acuerdos bilaterales de asistencia judicial recíproca contienen disposiciones vinculantes que obligan a los signatarios a ofrecer asistencia y definen los procedimientos que deben seguir los profesionales intervinientes¹¹. Asimismo, en algunos casos ofrecen formas de cooperación que no pueden conseguirse a través de otros acuerdos, como el contacto directo entre profesionales intervinientes, autoridades competentes y miembros del Poder Judicial (con participación limitada de la autoridad central).

Legislación nacional

En algunas jurisdicciones se han sancionado leyes que establecen un proceso de asistencia judicial recíproca para aquellas jurisdicciones que no son parte de un tratado bilateral¹², a menudo con la condición de que haya reciprocidad (es decir, que la

¹⁰ Véase Commonwealth Secretariat (Secretaría del Commonwealth) (2017), *Model Legislation on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters* (Legislación modelo sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales), https://thecommonwealth.org/sites/default/files/key_reform_pdfs/P15370_14_ROL_Model_Leg_Mutual_Legal_Assstnce.pdf.

¹¹ Por ejemplo, Suiza y Angola celebraron dos acuerdos bilaterales (en 2005 y 2012) que regían la restitución y el uso de fondos (USD 21 millones) congelados en cuentas bancarias suizas que pertenecían a funcionarios angoleños y que se relacionaban con la malversación de fondos públicos vinculados con la venta de petróleo angoleño por USD 43 millones (FDFA [Departamento Federal de Relaciones Exteriores], 2016, pág. 12), https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf, pág. 26.

¹² Por ejemplo, en el marco de la Ley Federal de Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales (“Ley de Asistencia Recíproca”, Código Penal Suizo [CC 351.1]), Suiza puede, desde 1981, brindar asistencia judicial a países con los que no ha firmado un acuerdo bilateral.

jurisdicción requirente se comprometa a proporcionar asistencia judicial recíproca en situaciones similares). A diferencia de las disposiciones de los tratados, dicha legislación no genera la obligación internacional de brindar la asistencia solicitada, de ahí que tal flexibilidad provoque incertidumbre sobre la aceptabilidad de la solicitud¹³.

Promesa de reciprocidad a través de canales diplomáticos (cartas rogatorias)

Esta forma tradicional de asistencia puede ser útil si no existe un tratado entre las jurisdicciones ni legislación nacional en la jurisdicción requerida (si bien en algunas jurisdicciones se exige reciprocidad aun cuando la solicitud se basa en un tratado multilateral o bilateral).

El uso de cartas rogatorias permite la comunicación formal entre miembros del Poder Judicial, un fiscal o una autoridad de aplicación de la ley de una jurisdicción y sus homólogos en otra jurisdicción. Se trata de un proceso que requiere la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y el cumplimiento de formalidades diplomáticas.

9.2.2 Requisitos generales

Cada jurisdicción ha establecido requisitos legales que la jurisdicción requirente debe cumplir cuando presenta una solicitud de asistencia judicial recíproca. Más adelante se explican esos requisitos, así como algunas consideraciones que los profesionales intervinientes deben tener en cuenta a la hora de cumplirlos.

Naturaleza del asunto

En general, las solicitudes deben estar relacionadas con un asunto penal, aunque en algunas jurisdicciones se ofrece ayuda para las solicitudes de confiscaciones sin condena (porque normalmente surgen en relación con investigaciones penales), así como en casos de confiscación civil y administrativa¹⁴. La posibilidad de obtener el tipo de asistencia deseada normalmente debe analizarse al inicio del proceso.

Las jurisdicciones difieren en cuanto al tipo de asistencia que puede proporcionarse y a la instancia de las investigaciones o los procedimientos penales en que debe brindarse

¹³ Algunos ejemplos de jurisdicciones y sus leyes son la Ley de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de Singapur, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MACMA2000>; la Ley de Asistencia Judicial Recíproca Internacional en Asuntos Penales de Liechtenstein (“Ley de Asistencia Judicial Recíproca”), <https://www.regierung.li/international-mutual-legal-assistance-in-criminal-matters>; la Ordenanza sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) (capítulo 525), <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap525>, y la Ley Federal de Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales de Suiza (“Ley de Asistencia Recíproca”, CC 351.1), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19810037/201903010000/351.1.pdf>.

¹⁴ Para consultar un análisis de la cooperación internacional en casos de confiscaciones sin condena y casos civiles, véanse las secciones 7.2 y 7.4 del capítulo 7. Además, en los arts. 43 1) y 54 1) c) de la UNCAC, se exige a los Estados parte que consideren la posibilidad de prestarse cooperación recíproca en asuntos civiles y administrativos, y permitan realizar confiscaciones sin condena.

dicha asistencia. Si bien en muchas jurisdicciones se pueden presentar solicitudes durante las distintas etapas de la investigación, en otras se aplican requisitos más rigurosos para la incautación o inmovilización provisional de los activos (por ejemplo, que se hayan presentado cargos o que se haya dictado una orden final de confiscación). En muchas jurisdicciones no se proporciona asistencia si los procedimientos penales han finalizado. En el caso de que se apliquen estos requisitos más estrictos, los profesionales intervinientes deben tener en cuenta los plazos y coordinar la solicitud de medidas provisionales y de detención para evitar la desaparición de los activos.

Doble incriminación

En muchas jurisdicciones deberá demostrarse de alguna manera que existe doble incriminación (si se está solicitando asistencia para la confiscación), es decir, que la conducta subyacente a la solicitud de asistencia está penalizada en ambas jurisdicciones. En algunas jurisdicciones, este requisito no es obligatorio en determinadas circunstancias¹⁵. En otras, se aplica de forma más restrictiva (esto es, se exige una equivalencia en las denominaciones¹⁶ o en los elementos esenciales del delito). Sin embargo, lo más frecuente es que se aplique un enfoque basado en la conducta (atendiendo a la conducta que subyace a la terminología y exigiendo que la conducta sea un delito penal en virtud de las leyes de ambas jurisdicciones)¹⁷. En cualquier caso, cuando se recurra a la asistencia informal, es imprescindible analizar, identificar y superar (de ser posible) cualquier barrera que el requisito de doble incriminación pueda plantear.

El enfoque basado en la conducta puede ser útil en los casos de corrupción, ya que algunos de los delitos más específicos no están penalizados en todas las jurisdicciones (por ejemplo, el enriquecimiento ilícito, el soborno a funcionarios públicos extranjeros, la evasión fiscal o la confiscación ampliada). Es importante describir, y no tan solo enumerar, los delitos, dado que en la jurisdicción requerida quizás no se cuente con la suficiente pericia técnica para comprender el sistema jurídico del país requirente y se deba evaluar si la conducta está penalizada con otro nombre en las leyes nacionales. (En el recuadro 9.2 se analiza cómo superar los requisitos de doble incriminación en caso de enriquecimiento ilícito y corrupción de funcionarios públicos extranjeros).

¹⁵ Jersey (dependencia de la Corona británica) es una jurisdicción en la que no se exige la doble incriminación.

¹⁶ Algunos países solían adoptar un enfoque basado en listas, en virtud del cual un delito era reconocido como tal solo si figuraba o estaba descrito de la misma manera en el tratado correspondiente, antes que un enfoque que admitiera una interpretación de la conducta subyacente (Williams, 1991, pág. 600), https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1454&context=scholarly_works. “Por ejemplo, en el tratado entre Albania y Estados Unidos suscrito en 1933 se incluye una lista detallada de más de una veintena de delitos, entre ellos, asesinato, violación, incendio intencional y robo con allanamiento de morada” (Jonathan Masters, “What Is Extradition?” [¿Qué es la extradición?], *Backgrounder* [última actualización del 8 de enero de 2020], Consejo de Relaciones Exteriores, <https://www.cfr.org/backgrounder/what-extradition>). Véase también el Tratado de Extradición entre Estados Unidos de América y el Reino de Albania, suscrito el 1 de marzo de 1993, Ley 49, 3313 (consultado el 24 de junio de 2020), <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-al-ust000005-0022.pdf>.

¹⁷ En los convenios, las convenciones y los acuerdos internacionales, se exige que los países apliquen este enfoque basado en la conducta. Véanse el art. 43 2) de la UNCAC y la recomendación 37 del GAFI (“Asistencia legal mutua”) (FATF [GAFI], 2019).

RECUADRO 9.2

Superar la doble incriminación: Enriquecimiento ilícito y corrupción de funcionarios públicos extranjeros

En varias jurisdicciones, los delitos de enriquecimiento ilícito (incremento significativo de los activos de un funcionario público que este no puede justificar razonablemente alegando que provienen de ingresos legales) y soborno a funcionarios públicos extranjeros no están penalizados. Si los términos se interpretaran estrictamente, no habría doble incriminación y, por lo tanto, no se podría conseguir asistencia en estas jurisdicciones.

Esta barrera puede superarse cuando la doble incriminación se evalúa sobre la base de la conducta, porque los hechos que se investigan en la jurisdicción requirente pueden constituir un delito distinto en la jurisdicción requerida. Por ejemplo, la conducta que constituye enriquecimiento ilícito puede clasificarse como otro delito (por ejemplo, aceptar un soborno) según el derecho de la jurisdicción requerida. En el caso del soborno a funcionarios públicos extranjeros, la jurisdicción requerida podría considerar que el delito consiste en sobornar a funcionarios públicos nacionales, y no extranjeros.

Una vez que se han determinado los delitos paralelos (a partir de la misma *conducta*), se cumple el requisito de doble incriminación. Este enfoque fue ratificado en una sentencia de 2003 del Tribunal Federal Supremo de Suiza (ATF, 129 II, 462) en la que se determinó que en cargos de corrupción se aplicaba la doble incriminación aun cuando las leyes suizas no contemplaban expresamente el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros. Para llegar a esta sentencia, el tribunal examinó los hechos y la conducta, y sostuvo que la jurisdicción requirente pudo cumplir el requisito basándose en otro delito: la corrupción pasiva de funcionarios públicos nacionales, que constituía un delito en el sistema suizo.

Los profesionales intervinientes que adopten este enfoque deben ser prudentes al indicar los hechos y los delitos en sus solicitudes de asistencia judicial recíproca. Por ejemplo, es posible que no baste con enviar una solicitud con el siguiente contenido:

El señor X es un funcionario público que gana USD 3000 al mes en el Ministerio de Transporte. Cuando asumió este puesto hace cinco años, carecía de ahorros; actualmente, estos ascienden a USD 5 millones. No pudo justificar este aumento y se determinó que es culpable.

Más bien, es importante incluir otros hechos que puedan servir de base para establecer que existió un delito en la jurisdicción extranjera:

El señor X es responsable de la licitación de contratos de construcción y en los últimos tres años adjudicó tres importantes contratos a empresas nuevas. Sus extractos bancarios muestran que recibió dos depósitos de USD 400 000 justo antes de las adjudicaciones. Recientemente, se transfirió USD 1 millón a una cuenta bancaria del señor X en su jurisdicción Y.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 9.2

Superar la doble incriminación: Enriquecimiento ilícito y corrupción de funcionarios públicos extranjeros (*continuación*)

Pedir a los homólogos de la jurisdicción requerida que examinen la solicitud de asistencia judicial recíproca antes de enviarla puede facilitar este procedimiento. El homólogo podría hacer sugerencias en cuanto a la redacción que faciliten la ejecución de la solicitud.

A la hora de explicar el objeto de la solicitud, también es importante contextualizar el delito, demostrando su relación con la conducta delictiva. Asimismo, los profesionales intervinientes deben evitar el uso de determinadas palabras y frases que pueden generar confusión respecto de la terminología. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones, la expresión “flujos ilícitos” puede ser problemática, ya que a menudo se refiere a la evasión fiscal y a la fuga de capitales. Sería más conveniente utilizar “flujos delictivos”.

En algunos casos, los convenios, las convenciones y las normas internacionales exigen también que se ofrezca asistencia para la aplicación de medidas no coercitivas si no existe doble incriminación¹⁸.

Garantías y compromisos: Reciprocidad, confidencialidad, límites en el uso (especialidad) y compromiso de pagar costos o daños

Muchas jurisdicciones exigen una garantía de reciprocidad, es decir, una declaración por escrito de que la jurisdicción requirente proporcionará el mismo tipo de cooperación a la jurisdicción requerida si se presenta un caso similar en el futuro. En muchos casos, también solicitan a la jurisdicción requirente que especifique si desea que la solicitud sea tratada como confidencial. Por otra parte, las jurisdicciones pueden exigir que se garantice que la jurisdicción requirente solo utilizará la información suministrada para el caso descrito en la solicitud de asistencia, y no como prueba en otro caso ni en divulgaciones a terceros¹⁹. Por último, en algunos casos se exige el compromiso de pagar los gastos y los daños que la parte requerida haya efectuado o provocado durante la ejecución de la solicitud²⁰.

La obligación de ofrecer estas garantías puede dispensarse según el caso, pero las dispensas deben analizarse con la otra jurisdicción. En ocasiones, los profesionales

¹⁸ Véanse el art. 46 9) de la UNCAC y la recomendación 37 del GAFI (FATF [GAFI], 2019) (“Asistencia legal mutua”). En el art. 46 9) a) de la UNCAC, también se exige a los Estados parte que, al aplicar el requisito de doble incriminación, consideren los fines de la convención.

¹⁹ Esto suele denominarse “principio de especialidad o de uso limitado” (UNODC, 2012), https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf.

²⁰ Una de las razones para exigir dicho compromiso es la siguiente: podría suceder que la jurisdicción requerida actuara y se expusiera al riesgo de ser considerada responsable, y el Estado requirente no suministrara la prueba prometida. Por causas ajenas a su voluntad, el Estado requerido podría verse obligado a afrontar los costos que se determinen en su contra.

intervinientes se muestran reacios a brindar este tipo de salvaguarda o se niegan a hacerlo, debido a que dicha práctica no es habitual en su propia jurisdicción (tal como ocurre en muchas jurisdicciones de derecho civil) y no están seguros de poseer la autorización correspondiente. Sin embargo, las garantías mencionadas no suelen ser opcionales, y la asistencia puede denegarse si no se proporcionan o tratan antes de que se presente la solicitud.

9.2.3 Requisitos probatorios

Por lo general, los profesionales intervinientes deben presentar pruebas admisibles suficientes para que los funcionarios puedan cumplir con el nivel de pruebas que los tribunales les exigen para ejecutar una solicitud. Esto puede resultar difícil, dado que los requisitos de admisibilidad varían según la jurisdicción. Es posible que las jurisdicciones requeridas apliquen algunas medidas estándares más exigentes que la jurisdicción requirente. Una solicitud que quizás sea apropiada en una jurisdicción podría considerarse demasiado amplia (un “tanteo del terreno”) en otra.

Esta dificultad es aún mayor cuando el intercambio se produce entre una jurisdicción de derecho civil y otra de derecho anglosajón o entre sistemas de confiscación diferentes (sistemas basados en el valor versus sistemas basados en la propiedad, o confiscaciones penales versus confiscaciones sin condena), ya que los estándares probatorios, los exámenes de las pruebas y los requisitos de admisibilidad pueden ser muy diferentes. Por ejemplo, para que los hechos del caso puedan admitirse como prueba, las jurisdicciones de derecho anglosajón suelen exigir declaraciones en forma de declaración jurada o de certificado, mientras que las jurisdicciones de derecho civil suelen no imponer ese requisito. (Para obtener información sobre cómo redactar declaraciones juradas, véase el recuadro 5.2 del capítulo 5).

Si no se incluyen pruebas admisibles suficientes para alcanzar el umbral aplicable o para utilizar medios menos invasivos como primer paso en la recopilación de pruebas, la solicitud podría ser devuelta o rechazada. Por lo tanto, antes de enviar una solicitud de asistencia judicial recíproca, los profesionales intervinientes deben analizar los requisitos probatorios, los estándares y los ejemplos de pruebas admisibles con sus homólogos extranjeros. Una vez que se determine que se necesita una solicitud de asistencia judicial recíproca formal, se debe estudiar el siguiente proceso de tres pasos antes de presentar la solicitud:

- *Paso 1:* Determinar lo que se necesita (por ejemplo, la exhibición o incautación de registros financieros o comerciales, el allanamiento de un lugar, la incautación o inmovilización de activos, o la confiscación). A menudo, lo mejor es adoptar un enfoque progresivo para solicitar asistencia judicial recíproca, en lugar de pedir todo a la vez.
- *Paso 2:* Determinar cuáles son los medios menos invasivos para obtener la información necesaria, así como el estándar probatorio y las pruebas que exige la jurisdicción requerida (por ejemplo, los hechos específicos, la ubicación de los activos, el vínculo entre los activos y el delito, y la orden final del tribunal).

- *Paso 3:* Definir el formato de prueba admisible en la jurisdicción requerida y cualquier otro documento que sea necesario. (Para consultar más detalles sobre la forma y el contenido, véase la sección 9.2.4).

En términos generales, cuanto más invasiva sea la medida, mayor es el estándar probatorio necesario para demostrar, entre otras cosas, a) que se ha cometido un delito; b) que los activos buscados están vinculados con el delito o con el presunto delincuente, o de alguna manera sujetos a confiscación en la jurisdicción requerida, y c) la ubicación específica de los activos que se pretende inmovilizar o recuperar.

Las jurisdicciones de derecho anglosajón normalmente permiten adoptar medidas provisionales y de investigación si existen “motivos razonables para creer” o “causa probable”. Para la confiscación, se exige un estándar más alto: el “balance de probabilidades” o la “preponderancia de la prueba”. Con algunas excepciones, en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil se establece la posibilidad de aplicar medidas provisionales y de investigación si estas son necesarias para establecer la verdad, pero se exige un nivel de prueba más alto (“íntima convicción” acerca de la verdad) para la confiscación.

En la figura 2.1 del capítulo 2 se muestran los diferentes estándares probatorios que pueden pedirse. Más adelante, en la sección 9.2.6, se describen más específicamente los requisitos probatorios para el rastreo de activos, la adopción de medidas provisionales y la confiscación; los estándares probatorios que deben alcanzarse, y demás información pertinente.

9.2.4 Requisitos de fondo y de forma de las solicitudes de asistencia judicial recíproca

Las solicitudes de asistencia judicial recíproca deben presentarse por escrito y respetar los requisitos de idioma, fondo y forma de la jurisdicción requerida, del tratado aplicable o de la autoridad central nacional del profesional interviniente. Como se indicó anteriormente, los profesionales deben determinar cuáles son estos requisitos y obtener modelos de solicitudes antes de redactar y enviar la suya. Cuando esté permitido y sea posible, deben aprovechar al máximo las oportunidades que tengan de enviar versiones preliminares de su solicitud de asistencia judicial recíproca a la autoridad central de la jurisdicción requerida o a la autoridad pertinente que ejecutará la solicitud. Este proceso de redacción de la versión preliminar y la asistencia resultante obtenida ayudan a asegurar que se cumplan los requisitos, que los hechos del caso estén claros y que la terminología sea correcta. También ayudan a que el solicitante evite retrasos innecesarios o denegaciones de asistencia y brindan a la jurisdicción requerida la oportunidad de preparar su respuesta.

Las solicitudes deben presentarse en un idioma que sea aceptable para la jurisdicción requerida. La responsabilidad de coordinar la labor de traducción recae en el Estado requirente, aunque algunas jurisdicciones ofrecen servicios de traducción si la jurisdicción requirente acepta pagar los gastos. En casos específicos, algunas jurisdicciones han aceptado cubrir estos gastos por las jurisdicciones requirentes.

Si se utilizan servicios de traducción, es importante que sean servicios de profesionales que estén familiarizados con la terminología jurídica, ya que los errores de traducción pueden crear ambigüedades que deban ser aclaradas por la jurisdicción requirente, lo

que puede retrasar aún más el proceso. En ocasiones, este es el mayor obstáculo del proceso. Además, la autoridad responsable de redactar la solicitud en el idioma original debe tener en mente que se necesitará una traducción y, por lo tanto, debe redactar la solicitud de forma concisa, objetiva y con un lenguaje sencillo para facilitar la tarea del traductor y evitar problemas de mala interpretación. Las frases cortas y declarativas redactadas en orden cronológico son más fáciles de traducir. En la solicitud también debe incluirse información de contacto del investigador principal o del fiscal.

Los profesionales intervinientes también deben determinar si existe alguna preferencia en cuanto al formato de la solicitud y si se necesita algún tipo de información adicional. En algunas jurisdicciones se proporcionan plantillas con los encabezados para ayudar en este proceso. (Véase en el apéndice I un modelo de solicitud de asistencia judicial recíproca). Es posible que se deban incluir otros documentos, como declaraciones juradas y copias certificadas u originales de las órdenes judiciales de exhibición o incautación de documentos, medidas provisionales o confiscación, y que estos documentos estén certificados por un tribunal o firmados por el autor, el testigo y la persona que tomó los juramentos²¹.

Por último, si la jurisdicción requirente plantea a la jurisdicción requerida algún requisito legal en el momento de cumplir con la solicitud (por ejemplo, una advertencia específica a un entrevistado), tal requisito deberá especificarse en la solicitud. Los profesionales intervinientes también deben especificar si las circunstancias requieren una mayor urgencia, y brindar detalles sobre cuándo y por qué se necesita la información (por ejemplo, fechas próximas de los juicios). Asimismo, deben proporcionar detalles de contacto.

9.2.5 Motivos de denegación

Además de establecer los requisitos generales y probatorios, en la mayoría de los acuerdos de asistencia judicial recíproca se otorga a la jurisdicción requerida la facultad discrecional para denegar la asistencia en determinadas circunstancias, según cada caso²². En algunos tratados (incluidos los convenios y las convenciones de las Naciones Unidas) se detallan los motivos por los que está prohibido denegar asistencia, como la participación en delitos fiscales o el secreto bancario (recuadro 9.3).

²¹ Una declaración jurada requiere que quien la emita realice una manifestación bajo juramento en presencia de quien toma el juramento (como un notario público u otro fedatario público). La certificación puede ser proporcionada por un juez, un magistrado o un funcionario del tribunal.

²² Por ejemplo, en la UNCAC se admite la denegación si a) la solicitud se refiere a asuntos menores o si hay otras formas de obtener asistencia; b) la solicitud no se ajusta a los requisitos de forma o de fondo (por ejemplo, la doble incriminación); c) la ejecución de la solicitud podría perjudicar la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido, o d) la acción solicitada está prohibida en virtud de la legislación nacional. Véanse los arts. 46 9) b), 46 21) y 46 23) de la UNCAC, en los que se exige que los Estados parte expliquen los motivos de cualquier negativa a proporcionar asistencia judicial recíproca.

En los convenios y las convenciones de las Naciones Unidas normalmente se prohíbe invocar el secreto bancario y los delitos fiscales como razones para negarse a proporcionar asistencia. Cuando corresponda, los profesionales intervinientes deberán remitirse a las siguientes disposiciones del tratado.

Delitos fiscales

La denegación de solicitudes de asistencia judicial recíproca por el solo hecho de que el delito implica una cuestión fiscal está prohibida por la UNCAC, en su artículo 46 22); por la UNTOC, en su artículo 18 22), y por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en su artículo 3 10).

Secreto bancario

La denegación de asistencia judicial recíproca amparada en el secreto bancario está expresamente prohibida por la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (“Convención Anticohecho de la OCDE”), en su artículo 9 3); por la UNCAC, en su artículo 46 8), y por la UNTOC, en su artículo 18 8).

En el artículo 31 7) de la UNCAC y en el artículo 12 6) de la UNTOC, se exige a los Estados parte que permitan a los tribunales o a otras autoridades competentes ordenar la incautación de registros bancarios, financieros o comerciales en casos nacionales y cuando se brinde cooperación internacional.

En el artículo 40 de la UNCAC, se exige a los Estados parte que garanticen la existencia de mecanismos adecuados para superar los obstáculos que surgen del secreto bancario en investigaciones penales nacionales. Si bien esta disposición se aplica a investigaciones llevadas a cabo fronteras adentro, demuestra que se están realizando esfuerzos por reducir el secreto bancario, y resultaría útil en los casos en que se solicite a la jurisdicción requerida que inicie una causa interna por lavado de dinero sobre la base del delito subyacente extranjero o cuando dicha jurisdicción decida iniciar una causa de ese tipo.

Los profesionales intervinientes deben abordar estos posibles obstáculos de forma proactiva y antes de que la solicitud se envíe (si es posible), ya que una vez emitida la denegación es mucho más difícil revertirla. En este sentido, será importante consultar con los homólogos extranjeros. A continuación, se exponen algunas de las razones para la denegación que las jurisdicciones podrían plantear y se sugieren algunas opciones para abordarlas.

Intereses esenciales. Se podrá denegar la asistencia si la ejecución de la solicitud pudiera perjudicar los “intereses esenciales” de la jurisdicción requerida. Los intereses esenciales no están específicamente definidos en ninguna convención, sino que pueden

referirse a la soberanía, al orden público, a la seguridad y a la sobreexigencia de recursos. Lamentablemente, una interpretación amplia sobre cuáles son los intereses esenciales puede perjudicar la cooperación internacional. Por ejemplo, la jurisdicción requerida podría negarse a colaborar en un caso de soborno si para prestar dicha colaboración tuviera que divulgar información sobre recursos naturales.

Activos de valor mínimo. Como se indicó anteriormente, el proceso para obtener cooperación internacional es largo y exige una gran cantidad de recursos tanto a la jurisdicción requerida como a la requirente, y es posible que la jurisdicción requerida haya establecido umbrales monetarios u otros criterios que deban cumplirse (por ejemplo, la gravedad del delito)²³. Los profesionales intervinientes deben priorizar y filtrar las solicitudes de asistencia judicial recíproca en las que los activos sean de valor mínimo o respecto de las cuales no haya una perspectiva razonable de conseguir una condena. El valor que se considera mínimo varía según las jurisdicciones, y la mayoría de ellas considerará solicitudes por debajo de este umbral si hay un gran interés público en atenderlas, como, por ejemplo, una solicitud relacionada con un caso de corrupción que involucre a una figura política destacada.

Prohibición de la doble persecución penal y procedimientos o investigaciones en curso en la jurisdicción requerida. Cuando la persona investigada ya haya sido condenada o absuelta por el mismo delito o haya procedimientos o investigaciones en curso por los mismos hechos en la jurisdicción requerida, esta última puede negarse a prestar asistencia. Esto resulta especialmente problemático en el caso de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, dado que la petición en sí puede proporcionar a la jurisdicción requerida información suficiente para abrir un caso a nivel nacional y brindar la siguiente respuesta: “Gracias por su solicitud. No estamos en condiciones de proporcionarles la asistencia requerida, debido a que hemos comenzado una investigación tomando como base la información que nos han brindado”. Es importante evaluar esta cuestión antes de enviar la solicitud (por ejemplo, recurriendo a cualquiera de los contactos personales o redes) y determinar de qué manera se verá afectada la estrategia del caso.

Naturaleza y gravedad de la pena. Algunas jurisdicciones podrían negarse a cooperar si el delito conlleva una pena que se considera demasiado severa, como la pena de muerte. Más específicamente, en la confiscación de activos, la naturaleza de la pena puede afectar a la cooperación cuando no existe la misma pena en la jurisdicción requerida (por ejemplo, la confiscación ampliada). Este problema puede resolverse con la garantía o el compromiso de que no se impondrá ni aplicará una determinada pena.

Inmunidades. Por lo general, las jurisdicciones se niegan a prestar asistencia si la persona investigada goza de inmunidad judicial. Esto puede resolverse mediante una

²³ Las denegaciones por este motivo son admisibles en virtud de los arts. 46 9) b) y 55 7) de la UNCAC. Además de las razones para la denegación enumeradas en el art. 46, en los arts. 55 7) y 55 8) de dicha convención se establece que la cooperación puede denegarse o que las medidas provisionales pueden levantarse si no se reciben pruebas suficientes y oportunas o si el bien es de valor mínimo.

renuncia a la inmunidad por parte del Estado requirente. Por ejemplo, en el caso de Ferdinand Marcos, el siguiente Gobierno de Filipinas presentó una renuncia amplia a la inmunidad con el propósito de que una de las jurisdicciones extranjeras involucradas pudiera actuar²⁴. Para obtener más información, véase el análisis de las inmunidades en la sección 2.8.2 del capítulo 2.

Falta de debido proceso. A menudo, los profesionales intervinientes deben demostrar a la jurisdicción requerida que se protegerá el derecho de los acusados al debido proceso. En las solicitudes de medidas provisionales y confiscación, el debido proceso también debe ofrecerse a cualquier tercero que tenga un interés en los activos. Por lo general, el debido proceso incluye una audiencia justa, tiempo suficiente para preparar un caso, garantías contra terceros, la protección del derecho a no autoincriminarse y la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, sexo o religión²⁵.

Es importante que los profesionales intervinientes tengan presente que la cuestión del debido proceso, al igual que otros motivos de denegación, debe analizarse caso por caso, y no tomando el sistema jurídico en su totalidad. Por lo tanto, es importante que en la solicitud se brinden suficientes detalles sobre los procedimientos locales, los derechos de las partes (por ejemplo, a la notificación y a tener la oportunidad de ser escuchadas) y todas las decisiones procesales adoptadas. En los casos de extradición, se aplicarán otras razones de denegación²⁶.

9.2.6 Consideraciones específicas: Rastreo, medidas provisionales y confiscación

Investigaciones y rastreo de activos

Como se indica en los capítulos 3 y 4, existen numerosas herramientas de investigación para rastrear activos y obtener información y pruebas importantes para la investigación. Muchas de estas herramientas requieren una solicitud de asistencia judicial recíproca, a saber: a) *las órdenes de exhibición o incautación* que obliguen a las instituciones financieras a exhibir o entregar los documentos pertinentes, b) *las órdenes de control de cuentas* que obliguen a una institución financiera a proporcionar datos de las actividades y las transacciones de la cuenta durante un período determinado, c) *las órdenes de allanamiento e incautación* de pruebas físicas y documentos en poder de particulares o

²⁴ En una nota diplomática presentada por el Gobierno de Filipinas (9 de agosto de 1988) se indicó lo siguiente: “Teniendo en cuenta el acuerdo sobre procedimientos de asistencia judicial recíproca celebrado entre el Gobierno de Estados Unidos y el Gobierno de Filipinas, así como otras iniciativas de las partes para cooperar en la investigación que se está realizando en el Distrito Sur de Nueva York, el Gobierno de Filipinas renuncia por la presente a cualquier inmunidad residual soberana, diplomática o derivada del cargo de jefe de Estado de la que el expresidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos puedan gozar en virtud del derecho internacional y del derecho de Estados Unidos”. Véase el caso Doe, 860 F.2d 40, 43 (2d Cir. 1988).

²⁵ Véanse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁶ La extradición podrá denegarse si el delito se cometió (aunque sea parcialmente) en la jurisdicción requerida o reviste carácter político. En este sentido, es importante tener en cuenta que en el art. 44 4) de la UNCAC se establece que los delitos contemplados en la convención no se consideran delitos políticos.

empresas, y d) *las entrevistas a testigos*. Algunos ejemplos de condiciones que suelen ser necesarias para dar curso a las solicitudes son los siguientes:

- que se cumplan los requisitos generales para las solicitudes de asistencia judicial recíproca, de modo que no haya motivos para que sean denegadas;
- que haya motivos razonables para sospechar (o creer) que la información solicitada es relevante para la investigación y que se puede encontrar en la cuenta bancaria o en otro lugar que vaya a registrarse;
- que se proporcione toda la información posible sobre la ubicación de los activos que se rastrearán, los registros de cuentas bancarias que se producirán y los períodos respecto de los cuales se solicita información, a fin de evitar ser acusado de realizar una solicitud demasiado amplia (para consultar algunos consejos sobre cómo evitar estas denegaciones, véase el recuadro 9.4).

RECUADRO 9.4

Cómo evitar el rechazo de solicitudes de asistencia judicial recíproca demasiado amplias

Uno de los motivos más comunes que se alega para denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca o una solicitud de información adicional es que la solicitud constituye un “tanteo del terreno”; es decir, que se trata de una solicitud demasiado amplia que excede del ámbito del delito objeto de la investigación. Pueden presentarse varios tipos de problemas, pero, si se aplican determinadas técnicas y buenas prácticas para evitarlos, es posible reducir el riesgo de que la solicitud sea rechazada.

Solicitudes demasiado amplias

Por ejemplo, la siguiente solicitud podría revelar cuentas que están fuera de la investigación y, por lo tanto, sería demasiado amplia: “Existen sospechas de que el señor X ha cometido actos de corrupción. Les solicitamos que faciliten una lista de todas las cuentas que dicha persona tenga en su jurisdicción y que procedan a inmovilizarlas de inmediato”.

Y lo que es más importante, en jurisdicciones con miles de instituciones financieras y decenas de miles de intermediarios, recopilar esta información podría ser una tarea demasiado costosa. Incluso si solo hay unas cuantas instituciones financieras grandes, cada una con cientos de sucursales, la solicitud sería muy engorrosa, porque los bancos no suelen guardar la información en una base de datos central.

Solicitudes imprecisas o ambiguas

Para evitar la denegación o retrasos fundados en la sospecha de que se trata de un tanteo del terreno, en la solicitud deben describirse los activos y sus ubicaciones con la mayor precisión posible. A menudo, se exige que haya un vínculo establecido entre los activos y el delito que se investiga, salvo que la solicitud esté relacionada con una sentencia basada en el valor.

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 9.4

Cómo evitar el rechazo de solicitudes de asistencia judicial recíproca demasiado amplias (*continuación*)

La solicitud debe incluir el nombre del banco o del intermediario financiero donde los activos podrían estar ubicados y el nombre de los posibles testaferros (cónyuges, hijos, sociedades fantasma, fideicomisos, colaboradores cercanos y abogados, entre otros). Esta información, aunque puede ser difícil de reunir, es imprescindible para la solicitud.

Sugerencias para evitar la denegación de la asistencia judicial recíproca

A continuación, se presentan algunas sugerencias que pueden ayudar a recopilar información suficiente para formular solicitudes específicas de asistencia judicial recíproca:

- Utilice los canales de investigación y de asistencia informal nacionales (por ejemplo, una solicitud al Grupo Egmont a través de su UIF nacional, según se analiza en la sección 3.4.2 del capítulo 3) para recopilar tanta información como sea posible. Esos canales también se abordan exhaustivamente en el capítulo 8.
- Cuando no puedan conseguirse el número de cuenta bancaria ni la ubicación de la sucursal, busque otra información que pueda ayudar a la jurisdicción requerida a ubicar las cuentas; por ejemplo, un número de teléfono o de fax del banco, el nombre o la tarjeta de presentación del gerente de cuentas, destinos de viajes, facturas de hoteles, informes de crédito, registros de tarjetas de crédito, copias de cheques o información sobre transferencias electrónicas, e información similar.
- Incluso si se presenta una cantidad mínima de pruebas, algunas jurisdicciones podrán ayudar, a saber: las más pequeñas o las que cuenten con registros nacionales de cuentas bancarias (por ejemplo, Alemania, Brasil, Chile, España, Francia e Italia). Aun así, en estas jurisdicciones, como en otras, deberán verificarse determinadas condiciones, como el vínculo entre los activos y el delito. (Para obtener más información sobre registros centrales, véase la sección 8.5.3 del capítulo 8).

En algunas jurisdicciones de derecho civil, determinadas órdenes pueden ser ejecutadas por un fiscal o por el juez de instrucción. En las jurisdicciones de derecho anglosajón, estas órdenes suelen ser dictadas por un tribunal. El formulario y los requisitos de la solicitud, así como el tiempo que lleve procesarla, variarán según cuál sea la autoridad interviniente. (Por ejemplo, las solicitudes para las que se necesita autorización judicial requieren más formalidades y más tiempo).

En casos mayores o especialmente complicados que impliquen una enorme cantidad de documentación financiera y bancaria, los profesionales intervinientes deben considerar la posibilidad de participar en la ejecución de la solicitud. Cuando sea posible, la participación de los investigadores del país requirente —en la ejecución de las órdenes de allanamiento e incautación, en la incautación y clasificación de documentos, y en los

interrogatorios a testigos y expertos en el país requerido— puede facilitar en gran medida dicho proceso²⁷. La jurisdicción requirente conoce mejor el caso y los requisitos relacionados con la admisibilidad de las pruebas, por lo que se encuentra mejor posicionada para identificar documentos relevantes y garantizar que se cumplan las garantías procesales (por ejemplo, la lectura de una advertencia a un testigo). La participación directa también evita la necesidad de enviar solicitudes de seguimiento, dado que se pueden seguir de cerca las pistas importantes.

Los participantes pueden incluir al juez a cargo de la investigación; a representantes de la autoridad que lleva adelante los procedimientos (Ministerio Público o fiscal del Estado); a agentes de aplicación de la ley (entre ellos, analistas y técnicos); a las personas acusadas y a sus abogados, y a las partes civiles y sus abogados. Se han establecido algunas salvaguardas para garantizar que se respete el proceso de asistencia judicial recíproca: si bien los profesionales intervinientes extranjeros pueden ver los documentos, solo se enviarán copias de estos una vez que se haya recibido y aprobado la solicitud de asistencia judicial recíproca. Se suele exigir el compromiso de no utilizar la información hasta que se reciba la respuesta oficial.

Asimismo, en casos de gran magnitud, los profesionales intervinientes deben considerar la posibilidad de reducir el alcance de su solicitud. Muchos casos de corrupción pueden extenderse varios años (quizás décadas) e involucrar múltiples cuentas, titulares de cuentas, productos, empresas y vehículos corporativos. Si durante este período una jurisdicción requirente pidiera documentos bancarios y de otro tipo, podría llevar meses o años recopilar toda la información, y, cuando esta se recibiese, los profesionales intervinientes se verían obligados a examinar cajas y cajas de documentos, muchos de los cuales serían irrelevantes. Por lo tanto, es importante clasificar las solicitudes por orden de prioridad y no formular solicitudes tan amplias que requieran grandes cantidades de documentación (por ejemplo, 10 años de documentación de cuentas de varias personas y empresas). Sería más apropiado solicitar, en primer lugar, únicamente extractos bancarios y transacciones importantes, y pedir luego otros documentos basándose en la revisión del primer lote de materiales.

Esta reducción del alcance no solo permite procesar la solicitud con mayor rapidez, sino que también permite evitar solicitudes y esfuerzos innecesarios en relación con documentos irrelevantes. En las jurisdicciones donde la solicitud debe comunicarse al titular de los activos, una solicitud concreta hace que a este le resulte más difícil impugnarla por ser demasiado amplia.

²⁷ Esto se permite en el Reino Unido, en Suiza y en otras jurisdicciones. En Suiza, los investigadores extranjeros tienen prohibido el acceso a “información perteneciente a la esfera del secreto” (Ley Federal de Asistencia Recíproca Internacional en Asuntos Penales [“Ley de Asistencia Recíproca”, CC 351.1], art. 65 [3]). “Secreto” se refiere a información protegida por ley, especialmente información bancaria y secretos comerciales. “Acceso” se refiere a la entrega de copias de documentos, la toma de notas por escrito, la grabación de las audiencias o la recopilación de cualquier elemento de prueba importante similar que vaya a utilizarse en una sede judicial. Por lo tanto, para proteger estos límites, la autoridad extranjera puede participar, siempre y cuando no utilice la información antes del cierre del procedimiento regular de asistencia judicial recíproca.

Para obtener orientación sobre la búsqueda de documentos relevantes que pueden solicitarse para ayudar a rastrear activos, véase la sección 4.2 del capítulo 4.

Medidas provisionales

Una vez que se han identificado los activos, las autoridades deben adoptar medidas para incautarlos o inmovilizarlos a fin de evitar que desaparezcan antes de la posible confiscación. Antes de presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca, los profesionales intervinientes deben analizar opciones de medidas provisionales administrativas o de emergencia que las autoridades extranjeras podrían adoptar (a través de la UIF, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley u otra autoridad en virtud de la ley nacional de la jurisdicción en cuestión), siempre que ello sea posible (enfoque que se describe en la sección 8.5.4 del capítulo 8, como parte de la asistencia informal)²⁸. En última instancia, debe enviarse una solicitud de asistencia judicial recíproca que se refiera a las medidas provisionales (incautación o inmovilización) a fin de mantener las medidas. Para que se puedan adoptar las siguientes medidas provisionales, suele ser necesario presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca:

- *Órdenes provisionales dictadas por jueces de instrucción.* En las jurisdicciones de derecho civil, los jueces de instrucción que se encargan de llevar adelante las investigaciones previas al juicio pueden dictar órdenes formales en las que se autorice la aplicación de medidas provisionales si existen motivos para creer que en última instancia se emitirá una orden de confiscación, que probablemente se harán desaparecer activos o que ocurrirán ambas cosas²⁹.
- *Medidas provisionales relacionadas con la presentación de acusaciones o detenciones.* En algunas jurisdicciones se permite la inmovilización o incautación temporal de activos sujetos a confiscación tras una detención en otra jurisdicción³⁰. La jurisdicción requirente debe aportar pruebas de la detención y un resumen de los hechos del caso. Los fondos quedarán inmovilizados a la espera de que se presenten nuevas pruebas, y este período de inmovilización puede ampliarse si se lo solicita. Normalmente, no es necesario que exista ningún tratado, y el proceso se lleva a cabo sin notificar al titular de los activos (*inaudita parte*).

²⁸ En el art. 54 2) de la UNCAC, se describen las medidas provisionales de embargo preventivo o incautación sobre la base de una orden o solicitud extranjera, o cuando sea necesario para preservar los bienes sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con esos bienes.

²⁹ Esto ocurrió en Suiza en una oportunidad. Sin embargo, desde 2011, las funciones duplicadas que tenían los jueces de instrucción y los fiscales se han unificado, y ahora los fiscales se encargan directamente de las investigaciones previas al juicio y tienen derecho a dictar órdenes de congelamiento provisionales (como se menciona en la viñeta “Remisión directa a los fiscales”). La autoridad central de Suiza encargada de la asistencia judicial recíproca —la Oficina Federal de Justicia— muy pocas veces (si es que alguna vez lo hace) ejecuta solicitudes de asistencia judicial recíproca; las envía a los ministerios públicos cantonales o federales y no actúa solo a partir de un fax.

³⁰ En Estados Unidos se puede dictar una orden de inmovilización temporal (30 días) si se presenta una notificación de las acusaciones o cuando se produzca un arresto en los términos del título 18 del Código de Estados Unidos, art. 984 b) 4).

- *Remisión directa a los fiscales.* En algunas jurisdicciones, las solicitudes de inmovilización y confiscación que llegan se remiten directamente a los fiscales para ofrecer el mismo nivel de cooperación internacional en la obtención de medidas provisionales y en la confiscación de productos del delito que en casos nacionales³¹. Podrían exigirse pruebas del delito y de los beneficios resultantes, o pruebas de que los activos son producto de un delito o de que constituyeron un instrumento para cometerlo.

En algunas jurisdicciones se exige una solicitud de asistencia judicial recíproca para obtener cualquier medida provisional, pero, en caso de emergencia, puede conseguirse una audiencia con poca anticipación e *inaudita parte*³². Es posible que en otras jurisdicciones se apliquen condiciones más estrictas; por ejemplo, el requisito de que haya una detención o que se hayan presentado cargos formales en la jurisdicción requirente. En tal caso, el profesional interviniente podría verse obligado a considerar otras opciones, como, por ejemplo, iniciar una investigación conjunta o enviar a la jurisdicción extranjera información suficiente a través de canales de asistencia informal para permitir que se instrumenten medidas provisionales de acuerdo con el derecho interno. Estas opciones solo son posibles si la autoridad extranjera tiene jurisdicción con respecto a algún elemento del delito subyacente, como el lavado de dinero.

El alcance de los distintos enfoques adoptados por las jurisdicciones resulta útil para confirmar por qué debe establecerse lo antes posible una relación de cooperación informal estrecha con los homólogos. Según la jurisdicción, el cumplimiento de una solicitud de medidas provisionales en el marco de la asistencia judicial recíproca normalmente implica la ejecución “directa” de la orden de la jurisdicción requirente por parte de la jurisdicción requerida o la ejecución “indirecta”, en virtud de la cual la prueba presentada por la jurisdicción requirente se utiliza para solicitar una orden nacional de inmovilización o incautación de activos³³.

La *ejecución indirecta* de la orden (es decir, cuando la jurisdicción requerida “incorpora al derecho interno” la confiscación presentando su propio caso ante los tribunales nacionales) suele implicar que la jurisdicción requirente proporcionará las pruebas necesarias para que los profesionales intervinientes de dicha jurisdicción puedan respaldar su caso. La carga de la prueba y el tipo de pruebas exigidos serán los que establezcan las leyes de la jurisdicción requerida, incluso si en la jurisdicción requirente se obtuvo una orden de confiscación por separado. Si la carga de la prueba que se exige en la jurisdicción requerida con respecto a la confiscación sin condena es menor, este proceso puede resultar útil.

³¹ Véase, por ejemplo, la Ley del Reino Unido sobre los Productos del Delito de 2002 (Solicitudes y órdenes externas), Orden 2005, art. 6, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2005/3181/contents/made>.

³² En la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China), se proporcionará una audiencia con poca anticipación.

³³ Véase la UNCAC, arts. 54 2) a) y b), y 55 2). Véanse también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 5), la UNTOC (art. 13) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (“Convenio sobre Financiación del Terrorismo”) (art. 8).

La *ejecución directa* de las órdenes extranjeras de incautación o de inmovilización permite a la jurisdicción requerida reconocer o registrar la orden extranjera y ejecutarla posteriormente de la misma manera que si se tratase de una orden nacional. El Estado requirente debe facilitar la orden de incautación o de inmovilización, así como la información sobre los procedimientos y los fundamentos por los que se considera que debe dictarse una orden de confiscación (en formato de declaración jurada o de certificado en las jurisdicciones de derecho anglosajón). En algunas jurisdicciones está permitido registrar una copia de la orden enviada por fax; no obstante, para mantener la inmovilización o incautación, debe presentarse una copia oficial de dicho documento. La orden extranjera puede registrarse entonces en los tribunales de la jurisdicción requirente.

El proceso de ejecución directa es más fácil y rápido que el de ejecución indirecta, ya que evita la duplicación de esfuerzos y que haya un nuevo conflicto judicial con respecto a la orden. Sin embargo, no en todos los casos se puede recurrir a esa opción. Es posible que en un tratado o una legislación no exista un fundamento jurídico para la ejecución directa, o que la jurisdicción requerida tenga dudas sobre el proceso a través del cual se obtuvieron las órdenes³⁴.

Algunos ejemplos de condiciones que suelen ser necesarias para dar curso a las solicitudes son los siguientes:

- que se cumplan los requisitos generales de las solicitudes de asistencia judicial recíproca y no haya motivos para su denegación;
- que haya motivos razonables para creer que los activos buscados están vinculados con actividades delictivas o que la persona investigada ha cometido un delito del que se ha obtenido un beneficio;
- que haya motivos razonables para creer que los activos serán confiscados;
- que se proporcione la ubicación de los activos que se inmovilizarán;
- que la reparación pretendida también podría obtenerse si el proceso se hubiera iniciado en el país requerido (o si los activos objeto de confiscación también fueran objeto de confiscación en la jurisdicción requerida)³⁵;
- que se incluyan copias (certificadas si fuera necesario) de las órdenes judiciales pertinentes, que puedan ejecutarse en la jurisdicción requerida.

De forma similar a las órdenes de investigación, en las jurisdicciones de derecho civil, un juez de instrucción o fiscal puede tomar medidas provisionales; en las jurisdicciones

³⁴ Una ventaja importante de la UNCAC es que exige a los Estados parte que, cuando determinen que la ejecución de órdenes extranjeras de confiscación, congelamiento o incautación deben basarse en un tratado, consideren que dicha convención constituye la base jurídica necesaria y suficiente a tales efectos. Véase la UNCAC, art. 55 6).

³⁵ Esta condición puede resultar difícil de cumplir, sobre todo porque los tipos de reparaciones permitidos varían de una jurisdicción a otra. La reparación suele incluir la inmovilización, la incautación o la confiscación de cualquier objeto de valor que se haya obtenido directa o indirectamente de un delito y de los instrumentos utilizados para cometer un delito. Sin embargo, también puede abarcar multas, activos sustitutivos, confiscación ampliada y activos que se pretendía utilizar para cometer un delito.

de derecho anglosajón, se suele exigir una autorización judicial. Como se mencionó anteriormente, el hecho de que las jurisdicciones sean diversas puede afectar la forma y los requisitos de la solicitud, así como el plazo que se tarde en procesarla. Los profesionales intervinientes también deben tener en cuenta otros aspectos que se describen más abajo.

Notificación al titular de los activos. Si bien en la mayoría de las jurisdicciones se emiten órdenes *inaudita parte*, las leyes normalmente exigen que se notifique al titular de los activos y a terceros que tengan un interés legal en ellos. Las notificaciones en jurisdicciones extranjeras deben traducirse (si fuera necesario) y publicarse, lo que constituye otro aspecto del costo que los profesionales intervinientes deben considerar. En algunas jurisdicciones se permite publicar notificaciones por internet, lo que resulta mucho más eficaz en función de los costos. En otras, no se permite que las autoridades extranjeras publiquen o diligencien notificaciones legales (incluso por correo o mensajero) dentro de sus fronteras, y las solicitudes de asistencia judicial recíproca para el diligenciamiento de notificaciones deben enviarse a través de la autoridad central. En algunos casos también se exige que la solicitud de asistencia judicial recíproca, la petición formal y la orden sean divulgadas al titular de los activos. (Véase el recuadro 8.5 del capítulo 8, referido a las obligaciones de divulgación que constituyen un obstáculo para las solicitudes de asistencia judicial recíproca).

Otros riesgos de desaparición. En algunas jurisdicciones se permite que los honorarios legales y los gastos de manutención (educación, alquileres o hipotecas) se paguen con los activos incautados o inmovilizados, lo que con el tiempo puede reducir significativamente los activos susceptibles de confiscación. Los tribunales de la jurisdicción requerida podrán ordenar que se paguen estos gastos, incluso si ello no está permitido en el ordenamiento de la jurisdicción requirente³⁶.

Diferentes características de los modelos de confiscación. Cuando las jurisdicciones cooperantes tengan distintos modelos de confiscación de activos, los profesionales intervinientes deben conocer las diferencias que existen en cuanto a los requisitos y los estándares probatorios. Por ejemplo, puede suceder que en una jurisdicción se aplique la confiscación basada en el valor (que exige demostrar que el demandado ha obtenido un rédito económico del delito y es propietario de los activos) y que en otra se utilice la confiscación basada en la propiedad (que exige demostrar la existencia de un vínculo entre el activo y el delito). Además, en algunas jurisdicciones se admiten medidas provisionales de aplicación más amplia (recuadro 9.5).

³⁶ En algunas jurisdicciones se puede argumentar que, si la jurisdicción requerida “ejecuta” la orden del Estado requirente, debería seguir las disposiciones del derecho procesal y de fondo del Estado requirente.

En casos que involucren activos que mantengan en el Reino Unido personas expuestas políticamente de países que no pertenezcan a la Unión Europea, debe considerarse la posibilidad de solicitar una orden de congelamiento o de divulgación de alcance mundial (véase la sección 10.3.2 del capítulo 10)^a. Este tipo de orden exige que la persona investigada repatrie fondos o divulgue documentos (como extractos bancarios) que mantenga en jurisdicciones extranjeras con el objeto de formar un único grupo de activos en una jurisdicción.

En ocasiones, se designa un administrador para que, mediante un poder notarial, lleve a cabo la repatriación de activos durante la etapa de inmovilización o incautación provisional.

Estas órdenes pueden tener un efecto limitado, porque dependen del cumplimiento de la persona investigada y de otras personas mencionadas en la orden. Al mismo tiempo, se ha demostrado que en algunos casos la posibilidad de que se presenten nuevas acusaciones de desacato o incumplimiento resulta suficiente para lograr el cumplimiento.

a. En un caso donde se solicitó una orden de congelamiento en India, el Tribunal Superior de Londres explicó los factores que podían ser pertinentes a la hora de determinar si existía el riesgo de que desaparecieran los activos. Dichos factores son la naturaleza de los activos que se congelarán; la naturaleza y posición de la empresa del demandado; el tiempo que este ha operado comercialmente; su domicilio o lugar de residencia; los medios disponibles para exigir la ejecución en el país donde se encuentra su empresa; su historial crediticio; las intenciones que haya expresado sobre futuras transacciones con sus activos; sus vínculos con otras empresas que no hayan cumplido laudos arbitrales o sentencias, y su comportamiento con respecto a las denuncias. Véase Banco Nacional de India y otros c. Mallya y otros [2018], EWHC 1084 (Comm), párr. 105.

Confiscación

En última instancia, los profesionales intervinientes deben presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca para la confiscación de los activos. Deben analizar las opciones legales que se ofrecen en la jurisdicción donde se encuentran los activos a fin de verificar si una orden de confiscación puede ejecutarse directamente, o bien de manera indirecta solicitando que se dicte una orden nacional en el país requerido.

En virtud del artículo 55 1) b) de la UNCAC, la parte requerida deberá “en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno... presentar a sus autoridades competentes, *a fin de que se le dé cumplimiento* [énfasis añadido] en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado [p]arte requirente... en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados... que se encuentren en el territorio del Estado [p]arte requerido”.

Dicho requisito refleja lo que se conoce comúnmente como “ejecución directa” de órdenes de confiscación extranjeras. En el artículo 54 1) a) de la UNCAC, se exige específicamente que los Estados parte “[a]dopt[en] las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso

dictada por un tribunal de otro Estado [parte], por lo que, en la práctica, queda habilitada la posibilidad de implementar el artículo 55 1) b). En el recuadro 9.6 se analiza lo que se necesita para obtener la ejecución directa de una confiscación en el Reino Unido y en Estados Unidos.

RECUADRO 9.6

Requisitos aplicables a la ejecución directa de solicitudes de asistencia judicial recíproca para confiscaciones en Estados Unidos y en el Reino Unido

Solicitudes a Estados Unidos

Las solicitudes de asistencia judicial recíproca para la ejecución de una orden extranjera en Estados Unidos deben basarse en un tratado e incluir un resumen del caso, una descripción de los procedimientos legales que dieron lugar a la orden de confiscación, una copia certificada de dicha orden y una declaración jurada en la que se indique que se cursó notificación y que la decisión se encuentra vigente y es inapelable.

Las autoridades estadounidenses deben presentar una petición formal para ejecutar la orden como si esta hubiera sido dictada por un tribunal de Estados Unidos. Un tribunal de distrito de Estados Unidos ordenará la ejecución de la sentencia en nombre de la jurisdicción extranjera, salvo que determine que a) la sentencia se dictó en el marco de un sistema incompatible con los requisitos del debido proceso legal; b) se obtuvo mediante fraude, o c) el tribunal extranjero carecía de competencia en razón de la materia o de la persona.

Solicitudes al Reino Unido

Dentro del Reino Unido, en el caso de bienes situados en Inglaterra y Gales, la solicitud de asistencia judicial recíproca debe enviarse a la autoridad central del Reino Unido, que remite las órdenes de confiscación dictadas en una jurisdicción extranjera a la autoridad pertinente (la Oficina de Fraudes Graves, el director de la Fiscalía o el director de la Fiscalía de Ingresos y Aduanas). El Tribunal de la Corona decide si registrará la orden extranjera y, por lo tanto, la hará efectiva. Solo registrará órdenes que se hayan dictado como resultado de la condena definitiva de las personas mencionadas en ellas, que sean inapelables y que se ajusten a la Ley de Derechos Humanos de 1998. Se puede apelar ante el Tribunal de Apelación y la Cámara de los Lores.

Los bienes en Escocia, Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona (Guernsey, Jersey y la Isla de Man) están sujetos a distintas autoridades y normas. Asimismo, hasta que el Reino Unido abandone la Unión Europea, se aplican normas específicas a las órdenes dictadas por los Estados miembros de dicha comunidad.

Los profesionales intervinientes pueden consultar las detalladas orientaciones del Ministerio del Interior del Reino Unido sobre asistencia judicial recíproca del 26 de marzo de 2013 (actualizadas por última vez el 17 de junio de 2020) en <https://www.gov.uk/guidance/mutual-legal-assistance-mla-requests>.

Si se aplica otro enfoque legal basado en los artículos 54 1) b) y 55 1) a) de la UNCAC —a menudo denominado enfoque de la “ejecución indirecta”—, es posible que en la jurisdicción requerida se deba dictar una orden de confiscación interna para ejecutar la solicitud extranjera. En la práctica, las pruebas presentadas por la jurisdicción requirente suelen utilizarse para respaldar la petición formal de una orden de confiscación interna. Por lo tanto, se espera que la jurisdicción requirente proporcione pruebas que cumplan los estándares de confiscación vigentes en la jurisdicción requerida.

Entre las condiciones que suelen ser necesarias para obtener una sentencia de confiscación³⁷ se incluyen las siguientes:

- las condiciones descritas más arriba para las peticiones formales de medidas provisionales;
- una inmovilización provisional durante el curso del litigio para garantizar que los activos no sean movilizados ni se hagan desaparecer;
- una orden o sentencia de confiscación definitiva que no sea susceptible de apelación;
- prueba de que se notificó a todos los posibles reclamantes y se les dio la oportunidad de presentar los tipos de impugnación reconocidos por la ley.

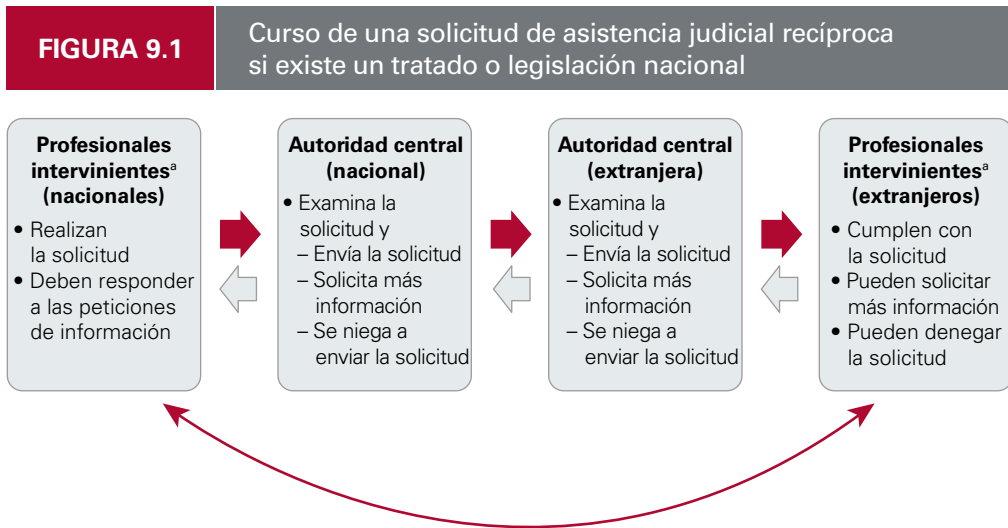
En algunas jurisdicciones se exige información adicional, como la cantidad que queda por pagar de la orden de confiscación de la jurisdicción requirente o la confirmación de que la persona ha sido condenada por un delito. Este último requisito puede ser un obstáculo si no es posible dictar una condena porque el acusado ha fallecido, se ha fugado de la jurisdicción o goza de inmunidad judicial. En muchas jurisdicciones no está permitido condenar en rebeldía ni aplicando las disposiciones en materia de fuga, pero se puede emitir una orden final de confiscación aplicando disposiciones de derecho penal o la confiscación sin condena.

9.2.7 Presentación de una solicitud de asistencia judicial recíproca, seguimiento y modos de abordar las denegaciones

Una vez finalizada, la solicitud de asistencia judicial recíproca deberá ser firmada por las autoridades competentes en la jurisdicción requirente y, luego, deberá enviarse a través de las autoridades mencionadas en el tratado, legislación o acuerdo pertinente, que suelen ser las autoridades centrales, aunque en algunos tratados bilaterales y multilaterales (como en las convenciones del Consejo de Europa) se permite que la solicitud se envíe directamente a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, con copia a la autoridad central. En otras jurisdicciones se exige un procesamiento más

³⁷ Las leyes que permiten reconocer o registrar y ejecutar la sentencia de confiscación extranjera suelen prohibir a los tribunales de la jurisdicción requerida que admitan impugnaciones a la confiscación que puedan plantearse ante los tribunales de dicha jurisdicción. Incluso si la ley no establece esa prohibición explícitamente, los profesionales intervinientes deben alegar que los tribunales de la jurisdicción requerida no deben atender el mismo tipo de impugnación que se ha planteado o que podría plantearse ante los tribunales de la jurisdicción requirente, siempre que todos los posibles reclamantes hayan recibido notificación suficiente del procedimiento y hayan tenido la oportunidad de plantear una impugnación.

tradicional a través de canales diplomáticos (es decir, del Ministerio de Relaciones Exteriores). En la figura 9.1 se muestra el curso que sigue una solicitud.



En algunos tratados se permite la comunicación directa entre los profesionales intervinientes.

Fuente: Banco Mundial.

Nota: Si se requieren cartas rogatorias, se deben añadir al proceso los ministerios de Relaciones Exteriores nacionales y extranjeros.

a. Entre los profesionales intervinientes pueden incluirse los fiscales, los jueces de instrucción o los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Tras la presentación de la solicitud de asistencia judicial recíproca, los profesionales intervinientes deberán hacer un seguimiento de la solicitud. Si es posible, deben hablar directamente con la persona designada para ejecutar la solicitud, ya que esto brinda la oportunidad de aclarar cuestiones de terminología o de traducción, comprobar si se cumplen los requisitos y ofrecer información adicional. Se puede pedir a la jurisdicción requirente más información que respalde la solicitud. Esta petición no constituye una negativa y no debe percibirse como tal: dadas la gran cantidad de requisitos y las posibilidades de que haya malentendidos, a menudo se necesita más información para las solicitudes, incluso en jurisdicciones con mucha experiencia en la transmisión de solicitudes. Para evitar nuevas demoras, conviene aclarar la información necesaria con los contactos personales y proporcionar la información lo más pronto posible.

Si aun así no se recibe respuesta o existe una negativa a tratar posibles errores en los motivos de la denegación, deben buscarse otras alternativas. En algunas ocasiones ha sido útil que otras jurisdicciones u organizaciones internacionales ejercieran presión externa, sobre todo en casos que afectaban a varias jurisdicciones. Por ejemplo, desde hace ya bastante tiempo, la Iniciativa StAR —una iniciativa conjunta del Banco Mundial y la UNODC— facilita la cooperación entre distintas jurisdicciones involucradas en la recuperación de activos y proporciona una plataforma para el diálogo y la colaboración en casos específicos³⁸.

³⁸ Para obtener más información, véase Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR), “About Us: Our Work” (Acerca de nosotros: Nuestra labor), <https://star.worldbank.org/about-us/our-work>.

En algunos casos, es posible que la jurisdicción requerida logre mejores resultados que la jurisdicción requirente a la hora de comunicarse con otra jurisdicción requerida que se niega a colaborar, especialmente si existe una relación entre las dos jurisdicciones requeridas. Un ejemplo: La jurisdicción X solicitó asistencia a dos grandes centros financieros, la jurisdicción Y y la jurisdicción Z (todos Estados signatarios de la UNCAC). La jurisdicción Y se ofreció a ayudar, mientras que la jurisdicción Z se negó. La jurisdicción Y, que había trabajado con la jurisdicción Z en otros casos, escribió a la jurisdicción Z para indicarle que estaba colaborando con la jurisdicción X e instó a los funcionarios a que reconsideraran la posibilidad de brindar asistencia, debido a que las razones que habían esgrimido para la denegación no se encontraban entre las autorizadas en la UNCAC. Esto llevó a la jurisdicción Z a reconsiderar la situación.

Otra opción para recibir ayuda en la redacción, el envío y el seguimiento de solicitudes de asistencia judicial recíproca es contratar a un abogado de la jurisdicción requerida. La ventaja de esta opción es que dicha persona está en el lugar, tiene contactos y conoce el idioma. La desventaja es el costo.

9.3 Cooperación en casos de confiscación sin condena

Si bien cada vez hay más jurisdicciones que adoptan leyes que permiten la confiscación sin condena (una opción promovida por los tratados multilaterales y los encargados de establecer normas internacionales³⁹), la cooperación internacional en casos de confiscación sin condena sigue resultando bastante difícil por varios motivos.

En primer lugar, si bien las confiscaciones sin condena son un área del derecho en crecimiento, todavía no son universales; por ello, no todas las jurisdicciones han adoptado leyes que admitan ese tipo de confiscaciones, la ejecución de órdenes extranjeras de confiscación sin condena o ambas.

En segundo lugar, aunque exista la confiscación sin condena, los sistemas varían significativamente. En algunas jurisdicciones, la confiscación sin condena es un procedimiento independiente que se entabla ante tribunales civiles (“confiscación civil”) y requiere un estándar probatorio menor que el de las causas penales (específicamente, un “balance de probabilidades” o la “preponderancia de la prueba”). En otras se utiliza la confiscación sin condena ante tribunales penales y se exige un estándar probatorio penal más alto. En algunas jurisdicciones solo se iniciarán confiscaciones sin condena cuando se hayan abandonado los procedimientos penales o estos hayan resultado infructuosos, mientras que en otras las confiscaciones sin condena

³⁹ En el artículo 54 1) c) de la UNCAC, se exige que los Estados consideren la posibilidad de prestar tal colaboración en caso de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. En la recomendación 4 del GAFI (“Confiscación y medidas provisionales”), se exige que los Estados consideren la posibilidad de permitir la confiscación sin condena (FATF [GAFI], 2019). El GAFI también ha incorporado mejores prácticas relativas a la confiscación sin condena (por ejemplo, el reconocimiento de las órdenes de confiscación sin condena extranjeras), que fueron adoptadas por la sesión plenaria del GAFI en octubre de 2012 (FATF [GAFI], 2012).

se llevan a cabo mediante un procedimiento paralelo al procedimiento penal relacionado⁴⁰.

En algunos casos se ha logrado superar estos obstáculos. Algunas jurisdicciones han logrado incorporar la cooperación en materia de confiscaciones sin condena en tratados o acuerdos bilaterales. Otras jurisdicciones han facilitado la información del caso a la jurisdicción extranjera, y esta ha podido iniciar el caso de conformidad con su legislación nacional. Por último, en algunas jurisdicciones se han podido ejecutar órdenes de confiscación sin condena extranjeras a pesar de las diferencias en los sistemas pertinentes⁴¹ o incluso ante la ausencia de un sistema nacional de confiscaciones sin condena⁴².

A nivel regional, en los reglamentos de la Unión Europea se establecen plazos para reconocer y ejecutar órdenes de congelamiento y confiscación dictadas por otro país de la Unión Europea⁴³, y se especifica un máximo de 45 días para tomar una decisión sobre el reconocimiento de una orden de confiscación. Para casos urgentes, se establece

⁴⁰ En general, el Reino Unido inicia confiscaciones sin condena solo cuando los procedimientos penales se han abandonado o han resultado infructuosos. Estados Unidos suele impulsar procesos de confiscación sin condena en simultáneo con el procedimiento penal relacionado.

⁴¹ En un caso de confiscación sin condena relacionado con una solicitud de Estados Unidos a Suiza (donde un tribunal penal había inmovilizado productos de actividades delictivas), el Tribunal Supremo Federal de Suiza sostuvo que puede haber circunstancias en las que la confiscación puede asemejarse a un caso de “índole penal”, incluso si no existe un proceso penal en el Estado extranjero. Véase *A_____ Company c. Oficina Federal de Justicia* (1A.32612005, ATF 132 II 178). El país también debe tener jurisdicción para establecer penas, aunque las autoridades no tengan la intención de ejercerla. Aunque este requisito puede cumplirse en Estados Unidos (una jurisdicción que, por lo general, lleva a cabo confiscaciones sin condena en simultáneo con el procedimiento penal o antes de que este concluya), no se cumpliría en jurisdicciones que inician el proceso de confiscación sin condena solo después de que se ha desistido de una causa penal o esta ha resultado infructuosa.

⁴² En la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) y en Jersey (dependencia de la Corona británica) había leyes que permitían la ejecución de órdenes de confiscación sin condena extranjeras, aunque las leyes que permitieron la confiscación sin condena en el ámbito interno se sancionaron un tiempo después. En normativas recientes de Jersey (*Ley sobre Decomiso de Activos [Procedimiento Civil]* de 2018), de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) (*Ordenanza sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales [“Ordenanza sobre Asistencia Judicial Recíproca”]*), capítulo 525 de las *Leyes de Hong Kong*) y de China (*Ley de Proceso Penal de la República Popular China*, art. 128), se permite la confiscación sin condena, aunque en China esta posibilidad está prevista en circunstancias muy limitadas. En algunos países de América Latina se aceptan órdenes de confiscación sin condena y se las presenta ante tribunales civiles para su ejecución. En Francia, los tribunales reconocieron y ejecutaron una orden de confiscación sin condena de Italia, con arreglo al Convenio de 1990 del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito, a pesar de que Francia no tenía un sistema de confiscación sin condena (véase el caso *Crisafulli* [Tribunal de Casación, n.º 03-80371, 13 de noviembre de 2003]). El tribunal reconoció la decisión debido a dos factores. En primer lugar, la prueba que establecía que los bienes eran producto de un delito penal guardaba suficiente similitud con la exigida para una decisión penal, por lo que cabía la equiparación con un caso penal. En segundo lugar, las consecuencias en los bienes de la persona eran similares a una sanción penal. (Véase también, en este manual, una referencia al caso *Crisafulli* en la nota 60 del capítulo 7).

⁴³ Véase el *Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso* (DO L 303, 28/11/2018), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1805>.

un plazo máximo de 48 horas para tomar una decisión sobre el reconocimiento de órdenes de congelamiento y de 48 horas para su ejecución. Además, los países europeos están obligados a considerar las órdenes de confiscación sin condena de otros miembros de la Unión Europea como fundamento jurídico para una confiscación aun cuando sus propias leyes nacionales no contemplen dicha figura.

Incluso si la jurisdicción requirente no cuenta con un sistema de confiscación sin condena, esta figura puede utilizarse en una jurisdicción requerida que sí la incluya en su ordenamiento. La jurisdicción requirente deberá solicitarle a la requerida que abra un caso. En algunas circunstancias, esta puede ser la única manera de recuperar activos, sobre todo si el delincuente ha fallecido, se ha fugado de la jurisdicción o goza de inmunidad judicial (para obtener más información sobre esta opción, véase el capítulo 11)⁴⁴.

9.4 Cooperación en casos de recuperación civil (derecho privado)

La cooperación internacional en casos de recuperación civil (derecho privado) puede ser difícil, incluso cuando la jurisdicción es un litigante en un caso privado⁴⁵. Aunque la información obtenida a través de canales de asistencia informal podría ayudar a llevar adelante la investigación, muchos de los acuerdos de asistencia judicial recíproca limitan el uso de la información y no lo permiten en acciones iniciadas por litigantes privados para obtener sentencias civiles. Las jurisdicciones pueden ejecutar sentencias extranjeras dictadas en sede civil mediante procesos como el de “ejecución recíproca de resoluciones judiciales” y leyes relacionadas.

Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha reconocido que la recuperación civil suele ser el único recurso en los casos de corrupción y ha recomendado la cooperación

⁴⁴ Este método se ha utilizado en varios casos: en el caso de Víctor Venero Garrido, socio de Vladimiro Montesinos, asesor del expresidente peruano Alberto Fujimori y jefe *de facto* del servicio de inteligencia de Perú, Estados Unidos restituyó a ese país USD 20 millones (recuadro 1.3 del capítulo 1). En el caso de Byron Jerez, exdirector nicaragüense de Impuestos, Estados Unidos restituyó a Nicaragua USD 2,7 millones. Asimismo, Estados Unidos y Antigua y Barbuda restituyeron fondos a Ucrania en el caso contra Pavlo Lazarenko, ex primer ministro de ese país.

⁴⁵ Por ejemplo, en septiembre de 2001, el Gobierno de Nigeria presentó una solicitud formal *inaudita parte* ante la División de Equidad del Tribunal Superior de Londres, en la que solicitaba la divulgación de cuentas bancarias de familiares, socios y vehículos corporativos del exdictador militar Sani Abacha. El tribunal, basándose en el caso *Bankers Trust c. Shapira* de 1980 (1 WLR 1274), dictó una orden a los bancos para que divulgaran copias de extractos bancarios y demás información en su poder, como formularios de aperturas de cuentas, formularios de conocimiento de los clientes, instrucciones de pago e información bancaria pertinente, sin que los titulares de cuenta lo supieran (ADB [Banco Asiático de Desarrollo], OECD [OCDE] y Basel Institute on Governance [Instituto de Basilea sobre Gobernanza], 2007, págs. 183 y 184), https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Abacha_Daniel_Case_Study_ADB_2007.pdf.

en temas civiles y administrativos⁴⁶. Como consecuencia de ello, es cada vez más común que los Estados den su consentimiento para utilizar ese recurso, ya sea de manera general en un tratado o caso por caso. La cooperación en casos civiles también puede basarse en instrumentos internacionales específicos, como el Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (“Convenio de La Haya sobre Pruebas”) del 18 de marzo de 1970⁴⁷.

9.5 Cooperación para la restitución de activos

Una vez que una jurisdicción ejecuta una orden de confiscación extranjera luego de una solicitud de asistencia judicial recíproca, los activos pueden restituirse a la jurisdicción requirente (recuadro 9.7). En virtud del artículo 57 de la UNCAC, en caso de malversación de fondos públicos o de lavado de fondos malversados, la parte requerida deberá restituir los fondos decomisados mediante una orden de confiscación definitiva emanada de otra parte. En el caso de otros delitos contemplados en la UNCAC, la parte requerida deberá restituir los activos si reconoce los daños causados a la jurisdicción requirente o si esta última establece razonablemente la propiedad previa de los activos confiscados. En todos los demás casos, la jurisdicción requerida deberá dar trato prioritario a la restitución de los activos.

RECUADRO 9.7

Recuperación de activos tras una solicitud de asistencia judicial recíproca en Francia

En Francia, el Ministerio de Justicia envía una solicitud de asistencia judicial recíproca basada en una decisión judicial extranjera a la fiscalía competente, que pedirá al tribunal interviniente que confisque los activos. Si este último lo hace, los bienes confiscados pasan a ser propiedad del Gobierno francés. Los funcionarios competentes (en particular, los que trabajan en el Departamento del Tesoro) determinarán si Francia está obligada a restituir los activos en virtud de un acuerdo internacional. Aun cuando no exista dicha obligación, el Gobierno podrá restituirlos haciendo uso de sus facultades discrecionales o basándose en un acuerdo específico celebrado con el Estado requirente.

También se puede recurrir a autoridades reglamentarias, tratados multilaterales y bilaterales, y acuerdos *ad hoc* o de reparto de activos (ya sea caso por caso o mediante un acuerdo permanente) para distribuir o restituir los fondos confiscados.

⁴⁶ Véanse la UNCAC, art. 43, y la recomendación 37 del *Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation* (Informe del Grupo de Trabajo del Commonwealth sobre Repatriación de Activos) (Commonwealth Secretariat [Secretaría del Commonwealth], 2006, pág. 350), que establece que “los regímenes de asistencia judicial recíproca en los países del Commonwealth deben permitir que las pruebas reunidas para un procedimiento penal se utilicen luego en procedimientos civiles, y las solicitudes para dicho uso deben aprobarse para los casos de corrupción”.

⁴⁷ El proceso y los instrumentos de asistencia internacional en asuntos civiles se describen más detalladamente en Brun y otros (2015), https://star.worldbank.org/sites/star/files/9781464803703_0.pdf.

En el capítulo 11 se proporciona información adicional sobre estas opciones en aquellos casos en que la jurisdicción requerida lleva adelante procedimientos de confiscación relacionados con activos ubicados en su territorio mientras la jurisdicción requirente alega que se vio perjudicada por los delitos de corrupción y de lavado de dinero. En ese mismo capítulo también se incluye un ejemplo de acuerdo de restitución de activos entre Estados Unidos, Nigeria y Jersey (dependencia de la Corona británica) para repatriar activos robados por el exdictador nigeriano general Sani Abacha (recuadro 11.8).

Los profesionales intervinientes deben tener en cuenta que suele ser más sencillo celebrar estos acuerdos cuando incluyen mecanismos que garantizan la gestión transparente y eficaz de los activos restituidos por las jurisdicciones requirentes. Esto puede lograrse incorporando mecanismos específicos de auditoría o seguimiento, informando a las organizaciones de la sociedad civil y planificando el uso de los activos restituidos para determinados proyectos de desarrollo. El Foro Mundial para la Recuperación de Activos (GFAR) —celebrado en 2017 en el Banco Mundial y organizado por el Reino Unido y Estados Unidos— concluyó con una declaración de principios (recuadro 9.8) para promover la restitución de los activos robados (GFAR, 2017).

RECUADRO 9.8

Principios del GFAR para la disposición y la transferencia de los activos robados confiscados en casos de corrupción

Principio 1: Alianza

Se reconoce que la restitución satisfactoria de activos robados depende fundamentalmente de que exista una sólida alianza entre los países transferentes y los países receptores. Esa alianza promueve la confianza.

Principio 2: Intereses recíprocos

Se reconoce que tanto los países transferentes como los países receptores están interesados en conseguir resultados satisfactorios. Por lo tanto, los países deben trabajar en conjunto para establecer acuerdos de transferencia.

Principio 3: Diálogo inicial

Es sumamente deseable que los países transferentes y los países receptores inicien un diálogo lo antes posible durante el proceso y que ese diálogo se mantenga durante todo el proceso.

Principio 4: Transparencia y rendición de cuentas

Los países transferentes y los países receptores garantizarán la transparencia y la rendición de cuentas en la restitución y disposición de los activos recuperados. Se debe publicar y poner al alcance de las personas, tanto en el país transferente como en el receptor, información sobre la transferencia y la administración de los activos recuperados. Se debe desalentar el uso de pactos de cuota litis o de honorarios no especificados.

(continúa en la página siguiente)

Principio 5: Beneficiarios

Cuando sea posible, y sin perjuicio para las víctimas identificadas, los activos robados recuperados de funcionarios corruptos deben beneficiar al pueblo de los países perjudicados por la conducta corrupta subyacente.

Principio 6: Fortalecimiento de la lucha contra la corrupción y del desarrollo

Cuando sea posible, a la hora de determinar el uso final que se dará al producto confiscado, se debe analizar también la posibilidad de alentar medidas que cumplan los principios de la UNCAC de combatir la corrupción, reparar el daño causado por esa práctica y alcanzar objetivos de desarrollo.

Principio 7: Tratamiento según el caso

Debe analizarse de qué manera se dispondrá del producto del delito confiscado según cada caso.

Principio 8: Considerar la posibilidad de celebrar un acuerdo en virtud del artículo 57 5) de la UNCAC

Cuando tanto el Estado transferente como el receptor así lo convengan, deberán celebrarse acuerdos o arreglos específicos, según el caso, con el fin de ayudar a garantizar la transparencia y la eficacia en el uso, la administración y el seguimiento de los bienes restituidos. De ser posible, en los mecanismos de transferencia se deben utilizar los marcos políticos e institucionales existentes, en consonancia con la estrategia de desarrollo nacional, de modo de garantizar la coherencia, evitar la duplicación y optimizar la eficiencia.

Principio 9: Eliminación de beneficios para los delincuentes

Deben tomarse todas las medidas para asegurarse de que la disposición de los productos del delito confiscados no beneficie a las personas que participaron en la comisión de los delitos.

Principio 10: Inclusión de partes interesadas no gubernamentales

En la medida que corresponda y esté permitido por ley, se debe alentar a las personas físicas y los grupos ajenos al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones comunitarias, a participar en el proceso de restitución de activos contribuyendo a identificar de qué manera pueden subsanarse los perjuicios, ayudando a tomar decisiones sobre la restitución y disposición, y promoviendo la transparencia y la rendición de cuentas en la transferencia, la enajenación y la administración de los activos recuperados.

Fuente: GFAR (2017), <https://star.worldbank.org/sites/star/files/the-gfar-principles.pdf>.

Bibliografía

- ADB (Asian Development Bank), OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), and Basel Institute on Governance. 2008. "General Sani Abacha—A Nation's Thief." In *Asset Recovery and Mutual Legal Assistance in Asia and the Pacific: Proceedings of the 6th Regional Seminar on Making International Anti-Corruption Standards Operational*, 173–85. Manila: ADB; Paris: OECD. https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Abacha_Daniel_Case_Study_ADB_2007.pdf.
- ADB (Asian Development Bank) and OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 2017. "Mutual Legal Assistance in Asia and the Pacific: Experiences in 31 Jurisdictions." Report of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, ADB, Manila; OECD, Paris. <https://www.oecd.org/corruption/ADB-OECD-Mutual-Legal-Assistance-Corruption-2017.pdf>.
- ASEAN (Association of Southeast Asian Nations). 2015. *ASEAN 2025: Forging Ahead Together*. Jakarta: ASEAN.
- Brun, Jean-Pierre, Pascale Helene Dubois, Emile van der Does de Willebois, Jeanne Hauch, Sarah Jaïs, Yannis Mekki, Anastasia Sotiropoulou, Katherine Rose Sylvester, and Mahesh Uttamchandani. 2015. *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank and United Nations Office on Drugs and Crime. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/964411468127796449/pdf/Public-wrongs-private-actions-civil-lawsuits-to-recover-stolen-assets.pdf>.
- Commonwealth Secretariat. 2006. "Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation." In *Meeting of Commonwealth Law Ministers and Senior Officials, Accra, Ghana, 17–20 October 2005*, 324–96. London: Commonwealth Secretariat. https://read.thecommonwealth-ilibrary.org/commonwealth/governance/2005-meeting-of-commonwealth-law-ministers-and-senior-officials_9781848598843-en#page3.
- Commonwealth Secretariat. 2017. "Model Legislation on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters." Legislative template, Office of Civil and Criminal Justice Reform, Commonwealth Secretariat, London. https://thecommonwealth.org/sites/default/files/key_reform_pdfs/P15370_14_ROL_Model_Leg_Mutual_Legal_Assntnce.pdf.
- Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Council of Europe Treaty No. 141 (November 8, 1990; entered into force January 9, 1993), Strasbourg, France. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007bd23>.
- Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (Hague Evidence Convention), drafted under auspices of the Hague Conference on Private International Law (concluded March 18, 1970; entered into force 1972). <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>.

- FATF (Financial Action Task Force). 2012. “Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery.” Best Practices Paper, FATF and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations.” Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- FDEA (Swiss Federal Department of Foreign Affairs). 2016. “No Dirty Money: The Swiss Experience in Returning Illicit Assets.” Booklet, FDEA, Bern. https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_EN.pdf.
- GFAR (Global Forum on Asset Recovery). 2017. “GFAR Principles for Disposition and Transfer of Confiscated Stolen Assets in Corruption Cases.” Statement of principles adopted at inaugural GFAR meeting, December 4–6, Washington, DC. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/the-gfar-principles.pdf>.
- Inter-American Convention against Corruption. Adopted at third plenary session of the Organization of American States (OAS) on March 29, 1996; entered into force March 6, 1997. http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf.
- International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism (Terrorist Financing Convention), UN General Assembly Resolution 54/109 (December 9, 1999), United Nations, New York. <https://undocs.org/en/A/RES/54/109>.
- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD Anti-Bribery Convention) (adopted 1997; entered into force 1999), Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris. http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.
- Stephenson, Kevin M., Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabrielle Dunker, and Melissa Panjer. 2011. *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Barriers%20to%20Asset%20Recovery.pdf>.
- Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters. 2004. Signed in Kuala Lumpur, Malaysia, on November 29, 2004, by member states of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/01/20160901074559.pdf>
- UNCAC (United Nations Convention against Corruption), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

- UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.
- United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, UN General Assembly Resolution 2200A (adopted December 16, 1966; entered into force March 23, 1976), United Nations, New York. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf.
- Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly Resolution 217A (December 10, 1948), United Nations, New York. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf.
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2012. “Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition.” Reference manual, UNODC, Vienna. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_E.pdf.
- Williams, Sharon A. 1991. “The Double Criminality Rule and Extradition: A Comparative Analysis.” *Nova Law Review* 15 (2): 581–624. https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1454&context=scholarly_works.

10. Procedimientos civiles

10.1 Observaciones preliminares

En virtud del artículo 53) de la UNCAC (relativo a la recuperación directa de bienes), los Estados parte deben adoptar medidas destinadas a facultar a otros Estados a reclamar ante sus tribunales la titularidad de activos o el resarcimiento por daños y perjuicios. En la mayoría de las jurisdicciones, las autoridades que pretenden recuperar productos de la corrupción pueden iniciar un procedimiento civil ante tribunales civiles nacionales o extranjeros de la misma manera que un ciudadano particular¹. En algunos casos, también pueden intentar obtener una condena penal y recurrir a procedimientos civiles para recuperar dichos bienes².

Se puede considerar la posibilidad de iniciar un procedimiento civil por varios motivos, entre ellos porque no se ha podido obtener a) una confiscación penal, b) una confiscación sin condena o c) asistencia judicial recíproca para la ejecución de órdenes de confiscación. (Véase el capítulo 1, en el que se abordan estos y otros obstáculos que pueden llevar a elegir un enfoque de confiscación en lugar de otro).

Hay, asimismo, ventajas procesales. Los procedimientos civiles pueden llevarse adelante sin la presencia de los demandados que hayan sido debidamente notificados, y, al menos en las jurisdicciones de derecho anglosajón, el caso se decidirá en función de un estándar probatorio menos exigente (por lo general, el “balance de probabilidades”). En algunas jurisdicciones, es más sencillo iniciar acciones civiles que penales contra terceros, intermediarios y profesionales intervinientes que facilitaron la recepción, transferencia o gestión de activos sospechosos, o que participaron o colaboraron en esas actividades³.

Asimismo, en casos que trascienden fronteras, la acción civil permite a la jurisdicción que trata de recuperar los activos tener un mayor control del proceso, en comparación con los procedimientos penales radicados en jurisdicciones extranjeras, y puede constituir una vía más conveniente que esperar una medida de ejecución de la jurisdicción

¹ Los “procedimientos civiles” son independientes y distintos de la “confiscación civil”, del “decomiso civil” o de otras formas de confiscación sin condena.

² En algunas jurisdicciones, los procedimientos avanzan por carriles paralelos. En otras, los procedimientos civiles se suspenden hasta que finalice la cuestión penal. En algunas otras, la adjudicación de daños civiles puede afectar una orden de confiscación. Además, en determinadas jurisdicciones, cuando se ordena el pago de una indemnización civil, la confiscación es una opción discrecional más que obligatoria.

³ En esta situación, aunque pueda resultar difícil probar la intención delictiva de participar en una conspiración, podría ser más fácil establecer la responsabilidad civil.

extranjera⁴. Para poder recabar pruebas en otro país, las jurisdicciones que llevan adelante una acción civil pueden aprovechar los tratados de cooperación internacional sobre cuestiones civiles, incluidos los convenios y las convenciones de La Haya⁵.

Las desventajas de los procedimientos civiles son, por ejemplo, el costo de rastrear activos y los honorarios de los abogados en que se incurre para poder obtener las órdenes judiciales pertinentes. Además, los casos civiles pueden alargarse muchos años, como los casos penales, y los investigadores privados no suelen contar ni con las herramientas de investigación ni con el acceso a inteligencia que tienen a su disposición los encargados de hacer cumplir la ley.

Cuando se toma la decisión de presentar una demanda civil ante un tribunal nacional o extranjero, los profesionales intervinientes deben explorar posibles reclamaciones y recursos (incluidas la propiedad de activos apropiados de manera indebida, la restitución de ganancias ilegítimas, indemnizaciones por daños y perjuicios, y la invalidez de los contratos) u otras opciones (como procedimientos de insolvencia). Deberán entonces decidir la forma en que iniciarán el juicio, reunirán las pruebas, asegurarán los activos y harán cumplir las resoluciones judiciales extranjeras. En este capítulo se analizan diversas opciones y técnicas que se usan en las acciones civiles⁶.

10.2 Posibles reclamaciones y recursos

Existen distintos tipos de reclamaciones y recursos en los procedimientos civiles, entre ellos, las reclamaciones de la propiedad de activos y las reclamaciones personales. Una *reclamación de propiedad* suele entenderse como una reclamación directa de un determinado bien o activo por parte de su verdadero propietario, mientras que una *reclamación personal* se interpone contra una persona y puede satisfacerse con varios activos. Las reclamaciones personales suelen incluir acciones basadas en actos ilícitos civiles o acciones basadas en la invalidez o el incumplimiento de un contrato, o en el enriquecimiento ilícito o sin causa.

⁴ En los recuadros 1.4 y 1.5 del capítulo 1, se analizan los factores que se tuvieron en cuenta antes de recurrir a la vía legal civil en los casos de Frederick Chiluba (Zambia) y Diepreye Alamieyeseigha (Nigeria).

⁵ El proceso y los instrumentos de asistencia internacional en asuntos civiles se describen más detalladamente en la publicación de la Iniciativa StAR denominada *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets* (Infracciones públicas, acciones privadas: Demandas civiles para recuperar bienes robados) (Brun y otros, 2015), https://star.worldbank.org/sites/star/files/9781464803703_0.pdf.

⁶ Para consultar un estudio detallado de estas opciones y técnicas, véanse Brun y otros (2015), así como otra publicación de la Iniciativa StAR, *Going for Broke: Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases* (Ir a por todas: Herramientas de insolvencia para apoyar la recuperación transfronteriza de activos en casos de corrupción) (Brun y Silver, 2019), <https://star.worldbank.org/sites/star/files/going-for-broke.pdf>.

10.2.1 Reclamaciones y recursos relacionados con la propiedad (titularidad)

Fundamentos de la acción

En la mayoría de las jurisdicciones, los activos apropiados indebidamente y los sobornos pagados a funcionarios del Gobierno pueden ser reclamados por la jurisdicción que busca la reparación como propietaria legítima y verdadera. En el recuadro 10.1 se presentan cuatro ejemplos de acciones civiles para reclamar la propiedad de activos en casos de corrupción transnacional.

RECUADRO 10.1

Ejemplos de casos de acciones entabladas para reclamar la propiedad de activos

Caso 1: Kartika Ratna Thahir c. Pertamina (1992-94)

Hechos: Pertamina, una empresa estatal de Indonesia cuya principal actividad comercial era la exploración, el procesamiento y la comercialización de petróleo y gas natural, trató de recuperar los sobornos pagados por contratistas a Haji Achmad Thahir, ejecutivo de Pertamina, con la esperanza de obtener mejores condiciones contractuales y un trato preferencial^a. El ejecutivo había depositado los sobornos en un banco de Singapur. Pertamina descubrió las cuentas bancarias en Singapur (de las que Thahir y su esposa, Kartika Ratna Thahir, eran titulares conjuntos) después de la muerte del ejecutivo y presentó una demanda en Singapur alegando tener derecho a los fondos^b.

La sentencia: El tribunal de primera instancia dictaminó que el ejecutivo mantenía los sobornos y todos los intereses devengados en calidad de fiduciario de un fideicomiso implícito. El tribunal de apelación confirmó la sentencia y la existencia de una relación fiduciaria entre Thahir y Pertamina, e hizo hincapié en que un fiduciario que aceptaba un soborno en violación de sus obligaciones mantenía ese soborno “en fideicomiso para la persona con quien se tenía la obligación”^c. En consecuencia, Pertamina tenía derecho a recuperar el dinero lavado en Singapur en calidad de propietario legítimo.

Resultado: Los activos en cuestión fueron restituidos a la empresa estatal Pertamina (Brun y otros, 2015, pág. 18 [recuadro 1.5]).

Caso 2: Oficina del Procurador General de Hong Kong c. Reid (1994)

Hechos: En este caso, la Comisión Independiente contra la Corrupción de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) trató de recuperar propiedades adquiridas en Nueva Zelandia por un exfiscal, Charles Warwick Reid^d. Las compras se realizaban con sobornos que se recibían a cambio de no procesar judicialmente a determinadas personas. El monto total de los sobornos que se suponía había recibido Reid superaba los NZD 2,5 millones (2,5 millones de dólares neozelandeses). Se habían cedido dos propiedades a Reid y a su esposa, y una a su abogado.

(continúa en la página siguiente)

La sentencia: El Comité Judicial del Consejo Privado determinó que estas propiedades, puesto que eran sobornos aceptados por Reid, se mantenían en fideicomiso para la Corona. Como explicó dicho órgano, cuando un fiduciario acepta un soborno en violación de sus obligaciones, lo mantiene a favor de la persona hacia la cual estaba obligado. Si el valor de la propiedad que representa el soborno disminuye, el fiduciario debe pagar la diferencia entre dicho valor y el monto inicial del soborno, en razón de que no debería haberlo aceptado ni debería haber incurrido en el riesgo de pérdida. Si la propiedad aumenta de valor, el fiduciario no tiene derecho a ningún excedente que supere el valor inicial del soborno, ya que de ninguna manera puede beneficiarse con la violación de sus obligaciones^e. Este caso sigue considerándose una de las principales fuentes del derecho anglosajón sobre el uso de fideicomisos implícitos para recuperar el producto de un soborno de un fiduciario corrupto.

Resultado: Las tres propiedades que se determinó que se mantenían en fideicomiso a favor de la Corona se encontraban en Nueva Zelanda y habían sido adquiridas por un valor aproximado de NZD 500 000. El Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) recuperó dichas propiedades en calidad de propietario legítimo.

Caso 3: Estado de Libia c. Capitana Seas Ltd. (2012, 2015)

Hechos: Tras la destitución de Muamar al Gadafi durante la guerra civil de Libia, en 2011 el Estado de ese país inició acciones civiles ante el Tribunal Superior de Londres a fin de obtener la propiedad de un lujoso inmueble de GBP 10 millones, que tenía ocho habitaciones, una piscina de natación interna y un cine privado, y se encontraba ubicado en el distinguido barrio de Hampstead Garden Suburb, en Londres^f. La demanda se presentó contra Capitana Seas, empresa inscrita en las Islas Vírgenes Británicas, dado que el hijo de Muamar, Saadi Gadafi, habría utilizado esa empresa para adquirir la propiedad en 2009.

El Estado de Libia alegó que Saadi Gadafi no podía haber comprado ese bien inmueble con su sueldo militar oficial y que lo había adquirido de manera indebida e ilícita con fondos pertenecientes a Libia. Si bien, de acuerdo con la información obtenida, los investigadores libios manifestaron que no habían podido establecer que Saadi era el propietario de la mansión en Hampstead debido a la falta de transparencia que existía en las Islas Vírgenes Británicas con respecto a la titularidad efectiva, el Tesoro del Reino Unido intervino y se comunicó directamente con las autoridades de dicho territorio.

La sentencia: Se determinó que Saadi Gadafi era el único titular real final de Capitana Seas Limited, empresa que se había utilizado para adquirir la propiedad^g. Según el tribunal, Capitana Seas mantenía el bien a favor del Estado de Libia en calidad de fiduciario de un fideicomiso implícito^h. Se dictó sentencia en rebeldía

(continúa en la página siguiente)

a favor del Estado de Libia, ya que ni Capitana Seas Limited ni Saadi Gadafi comparecieron ante el tribunal^l. Por lo tanto, la justicia asignó la propiedad a Libia.

Tras la resolución del tribunal, el Tesoro del Reino Unido prestó su consentimiento para la acción y permitió que la propiedad se transfiriera a Libia. La resolución judicial se ratificó en 2015, cuando se rechazó el pedido de Capitana Seas de desestimar la sentencia de 2012 por falta de pruebas^l.

Resultado: Se otorgó la titularidad del bien inmueble al Estado de Libia, en lo que fue el primer caso exitoso de recuperación de activos iniciado por un país de la Primavera Árabe.

Caso 4: República Federal de Nigeria c. Santolina Investment Corp., Solomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha (2007)

La demanda: La República Federal de Nigeria presentó ante un tribunal londinense un pedido de sentencia sumaria en el que afirmaba que, entre mayo de 1999 y hasta que fue destituido por juicio político en diciembre de 2005, Diepreye Alamieyeseigha, gobernador del estado de Bayelsa (Nigeria), había participado en prácticas corruptas^k. En particular, el Gobierno nigeriano afirmó que las empresas controladas por Alamieyeseigha —es decir, Santolina Investment Corp. y Solomon & Peters Ltd. (S&P), codemandadas junto con Alamieyeseigha en la acción civil— tenían bienes inmuebles y cuentas bancarias en Londres^l. En ese contexto, reclamó la propiedad de dichos activos en razón de que constituían sobornos y comisiones secretas que Alamieyeseigha había obtenido abusando de su poder como funcionario público. (Para consultar más detalles sobre este caso, véanse el recuadro 10.12 y el recuadro 1.5 del capítulo 1).

La sentencia: En diciembre de 2007, el Tribunal Superior de Justicia de Londres sostuvo que Nigeria era el verdadero titular de los inmuebles residenciales en Londres y de los saldos acreedores de algunas de las cuentas bancarias^m. Los inmuebles y fondos se encontraban oficialmente en poder de dos empresas, Santolina y S&P, constituidas en las Islas Seychelles y en las Islas Vírgenes Británicas, respectivamente, y controladas por Alamieyeseighaⁿ. En procedimientos separados en Nigeria, las dos empresas, representadas por Alamieyeseigha, admitieron su culpabilidad por los cargos por lavado de dinero relacionados con sobornos recibidos a cambio de la adjudicación de contratos gubernamentales.

Gracias a este proceso llevado a cabo en Nigeria y a otras pruebas circunstanciales, el Tribunal Superior de Londres infirió que los saldos bancarios y las inversiones inmobiliarias en manos de las dos empresas controladas por Alamieyeseigha eran sobornos y ganancias secretas que debían restituirse al Gobierno de Nigeria como propietario legítimo de esos activos. Como suele ocurrir en casos similares, un elemento fundamental del razonamiento fue que los recursos legítimos del demandado no eran suficientes para explicar dichas riquezas.

(continúa en la página siguiente)

Resultado: El tribunal concluyó que Nigeria era el propietario legítimo de USD 2,7 millones que se mantenían en cuentas bancarias (de los cuales GBP 1,8 millones se mantenían en una cuenta de Santolina Investment Corp.) y de bienes inmuebles en Londres por valor de USD 15 millones (con cuatro propiedades registradas a nombre de S&P como única propietaria)^o.

- a. Kartika Ratna Tahir c. PT Pertamina Minyak dan Gas Bumi Negara (Pertamina) [1994], 3 SLR 257; [1994] SGCA 105 (Singapur).
- b. Kartika Ratna Tahir v. Pertamina, párrs. 2 y 3.
- c. Kartika Ratna Tahir v. Pertamina, párrs. 53 a 57. En el caso del Estado de Libia c. Capitana Seas Ltd. (2012), EWHC 602 (Comm.), el Tribunal Superior de Londres determinó que Saadi Gadafi había adquirido el bien en cuestión de manera indebida e ilícita con fondos pertenecientes a Libia y que los mantenía en un fideicomiso implícito (párr. 3). Más recientemente, en el caso FHR European Ventures LLP y otros c. Cedar Capital Partners LLC [2014], UKSC 45, la Corte Suprema del Reino Unido declaró que un agente mantiene sobornos y comisiones secretas en fideicomiso a favor de su mandante.
- d. Oficina del Procurador General de Hong Kong c. Reid [1994], 1 AC 324 PC (Reino Unido).
- e. Oficina del Procurador General de Hong Kong c. Reid [1993], UKPC 2 (1 de noviembre de 1993).
- f. Estado de Libia c. Capitana Seas Ltd. [2012], EWHC 602 (Comm.).
- g. Tribunal Superior de Justicia, Tribunal Comercial [2012], EWHC 602 (Comm.), párr. 5.
- h. Tribunal Superior de Justicia, párr. 3.
- i. Tribunal Superior de Justicia, párr. 4.
- j. Libia c. Capitana Seas Ltd., Sala del Tribunal de la Reina (Comm.) (Knowles J), 08/05/2015.
- k. Rep. Fed. de Nigeria c. Santolina Inv. Corp., Solomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha [2007], EWHC 437 (Ch.) (Reino Unido). Un dato interesante es que la petición de sentencia sumaria constituyó el segundo intento de la República Federal de Nigeria en el caso. El primero se desestimó debido a la existencia de afirmaciones controvertidas de corrupción que debían resolverse en un juicio. Sin embargo, desde esa primera desestimación, las circunstancias cambiaron, dado que Alamieyeseigha admitió ser culpable de los delitos de lavado de dinero en procesos penales de Nigeria. Véase Rep. Fed. de Nigeria y 1) Santolina Inv. Corp., 2) Solomon & Peters Ltd., 3) Diepreye Alamieyeseigha [2007], EWHC 3053 (QB), párr. 2.
- l. Nigeria c. Santolina, párr. 1.
- m. Nigeria c. Santolina, párr. 54.
- n. Nigeria c. Santolina, párrs. 4 y 5.
- o. Estudio de casos de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR), "Diepreye Alamieyeseigha", https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/Alamieyeseigha_StAR_Case_Study_2.pdf.

Recursos

Un tribunal podría considerar la posibilidad de devolver o restituir los activos a sus legítimos propietarios a través de diversos recursos disponibles⁷. Estos recursos ofrecen importantes ventajas sobre las reclamaciones personales de indemnización o los recursos contractuales en el sentido de que los derechos del demandante no colisionan con los de otros acreedores, y en los procedimientos civiles los tribunales suelen estar facultados para dictar órdenes de incautación e inmovilización aunque el demandante

⁷ En Sinclair Investments (Reino Unido) Ltd. c. Versailles Trade Finance Ltd. (2011), el Tribunal de Apelación estableció que el beneficiario de un deber fiduciario no podía reclamar un derecho de propiedad y solo tenía derecho a una "cuenta equitativa", salvo que fuera el titular real de los activos o que estos resultaran de una oportunidad o un derecho del beneficiario. Sin embargo, en el caso FHR European Ventures LLP c. Mankarious (2013), el Tribunal de Apelación concedió el recurso relacionado con la propiedad del bien sobre la base de la norma que establecía que el fiduciario mantenía las ganancias obtenidas a partir de actos de corrupción en fideicomiso para el fiduciante (Shantanu Majumdar [2013], "Agents, Bribes and Remedies: Where Are We Now?" [Mandantes, sobornos y recursos: ¿En qué situación nos encontramos?], artículo de Radcliffe Chambers para *Lexology*, 3 de diciembre de 2013, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=18d25953-827a-4971-8a70-9e370f0f433b>).

no demuestre que existe riesgo de desaparición de los activos. Si el producto de la corrupción se hubiera invertido, el demandante también puede tener derecho a recuperar los intereses o las ganancias que haya obtenido el demandado, como se muestra en los casos de *Kartika Ratna Thahir c. Pertamina* y de la *Oficina del Procurador General de Hong Kong c. Reid*, que se analizan en el recuadro 10.1.

Sin embargo, es posible que no se puedan presentar reclamos de derechos de propiedad ni recursos en el mismo sentido si el producto no puede rastrearse hasta el delito de corrupción debido a que se ha blanqueado por todo el mundo⁸. En el caso de sobornos recibidos por funcionarios gubernamentales o de ganancias resultantes de contratos fraudulentos, algunas jurisdicciones de los países de derecho anglosajón aplican el principio del fideicomiso implícito. Dicho de otro modo, un funcionario gubernamental que recibe ilegalmente fondos en violación de sus obligaciones mantiene esos fondos “en fideicomiso” para beneficio del Gobierno, que es, en definitiva, el titular real. En otras jurisdicciones (principalmente de derecho civil), estos activos no se reconocen como pertenecientes al Estado o Gobierno.

10.2.2 Actos ilícitos civiles

Fundamentos de la acción

De acuerdo con la UNCAC, los Estados parte deben permitir a las jurisdicciones requirentes reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de un acto de corrupción⁹. Los daños y perjuicios por actos ilícitos civiles se pagan para indemnizar al demandante por la pérdida, lesión o daño directo causados por el incumplimiento de obligaciones, lo que incluye delitos penales, conductas ilegales y culpa precontractual. Cuando se ha producido un acto de corrupción, el demandante normalmente debe demostrar que ha sufrido un daño indemnizable, que el demandado no cumplió con su deber y que hay una relación causal entre la corrupción y el daño.

⁸ No obstante, en el caso de *Paulo Maluf*, que se describe más adelante, el Consejo Privado del Reino Unido confirmó la legalidad del “rastreo hasta el origen” como método para recuperar pagos ilegales después de que el dinero se ha depositado en una cuenta bancaria, aun cuando se haya gastado en otro lado ([2015], UKPC 35, Apelación ante el Consejo Privado n.º 0069 de 2013, <https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2013-0069-judgment.pdf>). El caso se refería a una acción civil que iniciaron en 2005 la República Federativa del Brasil y el municipio de São Paulo contra dos empresas, *Durant* y *Kildare* (inscritas en las Islas Vírgenes Británicas bajo control de *Paulo Maluf*, exalcalde del municipio, y su hijo *Flavio*) respecto de sobornos pagados en relación con un contrato de obras públicas. En 2012, el Tribunal Real de Jersey determinó que los demandados eran responsables frente al municipio como fiduciarios de un fideicomiso implícito de alrededor de USD 10 millones, que representaban los sobornos relacionados con el contrato. Las empresas impugnaron la decisión ante el Tribunal de Apelación de Jersey alegando que el monto total de sobornos que podía rastrearse debidamente hasta ellas era de solo USD 7 millones. En 2013, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal Real. Finalmente, las empresas apelaron ante el Consejo Privado, el tribunal de última instancia para los organismos británicos y otros países del Commonwealth. En su sentencia “se rechaz[ó] el planteo de que nunca se puede rastrear hasta el origen o de que un tribunal nunca puede rastrear el valor de un activo cuyo producto se deposita en una cuenta sobregirada” ([2015], UKPC 35, Apelación ante el Consejo Privado n.º 0069 de 2013, párr. 40).

⁹ Véanse el art. 53 de la UNCAC y el art. 5 del Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa.

Las personas físicas y jurídicas que, directamente y a sabiendas, participen en el acto de corrupción son los principales responsables de los daños. Además, los tribunales pueden imputar a quienes hayan facilitado el acto de corrupción o no hayan tomado las medidas pertinentes para prevenirlo. Este puede ser el caso de abogados o intermediarios que hayan colaborado en la comisión de los actos de corrupción, o de las sociedades matrices y empleadores que no hayan controlado adecuadamente a sus filiales o empleados.

En algunos países de derecho civil, cualquier persona que sufra un daño directo causado por un delito puede reclamar daños y perjuicios por responsabilidad civil ante un tribunal civil o penal después de que el demandado haya sido condenado¹⁰. Para poder reclamar daños y perjuicios al demandado, las leyes sobre responsabilidad general solo exigen que el demandante demuestre que los daños que sufrió fueron causados por el demandado.

En casos de cohecho, los tribunales de algunas jurisdicciones pueden considerar que quien paga el soborno y quien lo recibe han cometido un acto ilícito civil conjunto, por el cual la víctima tiene derecho a reclamar el monto total de la pérdida a cualquiera de las dos partes¹¹. Una vez establecida la existencia de cohecho, se presume de manera irrefutable que el soborno se pagó con la intención de inducir al agente a favorecer a quien lo pagó y, por ende, a actuar de manera desfavorable para su mandatario. Esta presunción es suficiente para probar que el accionar del agente se vio afectado e influido por el pago¹². En otras jurisdicciones, un mandatario o empleador también pueden accionar contra un empleado que aceptó un soborno, sobre la base de la lealtad que se debe en cumplimiento de un contrato de empleo. Sin embargo, en la práctica, es posible que resulte difícil probar que un acto de soborno es la causa directa de una pérdida material¹³. En el recuadro 10.2 se describen ejemplos y causales de actos ilícitos civiles en Estados Unidos.

¹⁰ En Panamá, por ejemplo, la comisión de un delito o de cualquier acto ilícito da lugar a una demanda por daños y perjuicios que se puede presentar en sede penal o a una demanda civil por daños y perjuicios en sede civil. En Francia, los demandantes pueden demandar por daños y perjuicios en sede penal; véase el art. 2 del Código de Procedimiento Penal (Francia). En Suiza también se permite a las víctimas de un delito penal reclamar indemnización en el marco de un proceso penal.

¹¹ En el Reino Unido, el demandado puede intentar que se determine la responsabilidad civil conjunta en virtud de la Ley de Responsabilidad Civil (Contribuciones) de 1978.

¹² *Industries & General Mortgage Co. Ltd. v. Lewis* [1949], 2 All ER 573 (Reino Unido).

¹³ Por ejemplo, en un caso en el que la ciudad de Cannes (Francia) demandó al alcalde luego de que este fue condenado por corrupción, los tribunales decidieron que los daños habían sido producto de una decisión ministerial de revocar y rechazar una licencia (no un acto de cohecho). La indemnización otorgada por la pérdida de reputación de la ciudad se calculó en EUR 100 000 (aproximadamente USD 128 300).

En Estados Unidos, los Gobiernos extranjeros o los ciudadanos extranjeros que actúan como demandantes civiles pueden solicitar una indemnización por los daños derivados de prácticas corruptas. La Ley de Reclamaciones por Actos Ilícitos Civiles contra Extranjeros (adoptada en 1789) puede utilizarse para presentar una demanda civil basada en violaciones del derecho internacional o de un tratado de Estados Unidos y, por lo tanto, podría aplicarse a actos de corrupción o actividades fraudulentas dentro de este ámbito^a. Los tribunales han determinado que no existe un derecho privado a interponer una acción judicial con arreglo a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA)^b, que prohíbe el pago de sobornos a funcionarios extranjeros y se aplica a través de acciones penales o civiles impulsadas por organismos gubernamentales. Sin embargo, los demandantes pueden recibir una indemnización civil en el marco de la Ley sobre Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Asociaciones Ilícitas (ley RICO) de Estados Unidos por daños derivados de actos de corrupción^c.

La ley RICO establece que es ilegal participar directa o indirectamente en una empresa mediante un patrón de actividad de asociación ilícita o de acumulación de deuda ilegítima. Las actividades de asociación ilícita que podrían considerarse “actos determinantes” de violaciones de la ley RICO incluyen cohecho, robo, malversación de fondos, extorsión bajo la apariencia de derechos oficiales, fraude, obstrucción de la justicia y lavado de dinero. Los actos determinantes forman un patrón cuando “los objetivos, los resultados, los participantes, las víctimas o los métodos de comisión son idénticos o similares”. La ley se aplica a los demandados que cometieron dos actos determinantes en un período de 10 años. En la práctica, los tribunales han dictaminado que, en acciones basadas en la ley RICO, las violaciones de la FCPA pueden servir como actos determinantes de la responsabilidad civil. Si bien es posible triplicar las indemnizaciones por daños y perjuicios, en algunas jurisdicciones extranjeras dicha práctica se considera punitiva y no se exige su cumplimiento.

Un caso en el que se utilizó con éxito la violación de la FCPA como acto determinante para una acción civil basada en la ley RICO fue *Dooley c. United Technologies Corp.*^d. En este caso existió una trama de sobornos entre representantes del Gobierno de Arabia Saudita y el empleador de Dooley, el demandado Sikorsky, así como la empresa matriz de Sikorsky, United Technologies Corp., y varios cómplices, incluidos dos demandados británicos y tres sauditas. El tribunal determinó que “Dooley [podía] plantear esta demanda en el marco de lo dispuesto en la ley RICO... sobre la base de la supuesta violación de la FCPA y de la Ley de Viajes” y que “las acusaciones contra los demandantes sauditas en el sentido de que... [habían violado] la Ley de Viajes/la FCPA... [eran] suficientes para establecer las reclamaciones de los demandantes contra los demandados sauditas en virtud de la ley RICO”. Por lo tanto, utilizar la violación de la FCPA como delito subyacente para poder iniciar acciones civiles con arreglo a la ley RICO podría suplir la falta de

(continúa en la página siguiente)

un derecho directo de acción privada en el marco de la FCPA y facultar al demandante a ser indemnizado por daños y perjuicios triplicados^e.

Sin embargo, en los últimos tiempos, en el caso *RJR Nabisco, Inc. c. Comunidad Europea* (579 U.S. [2016]), la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió algunas cuestiones sobre el alcance extraterritorial de la ley RICO. Determinó que la ley RICO puede aplicarse a actividades de asociación ilícita en el extranjero “sobre la base de un patrón de asociación ilícita que incluya delitos subyacentes cometidos en el exterior, siempre que cada uno de esos delitos viole una ley determinante que sea extraterritorial”; no obstante, también concluyó que el derecho privado de interponer una acción judicial en virtud de la ley RICO “no invalida la presunción contra la extraterritorialidad”; dado que “nada... indica con claridad que el Congreso tuvo la intención de crear un derecho de acción privado por las lesiones sufridas fuera de Estados Unidos”^f.

a. De conformidad con la Ley de Reclamaciones por Actos Ilícitos Civiles contra Extranjeros, también conocida como Ley de Actos Ilícitos Civiles contra Extranjeros, los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original respecto de cualquier acción civil que inicie un extranjero solo por actos ilícitos civiles violatorios del derecho internacional o de un tratado de Estados Unidos. Las naciones extranjeras han utilizado esta ley para solicitar una reparación ante tribunales estadounidenses en casos de delitos contra los derechos humanos y de actos de terrorismo (CRS [Servicio de Investigaciones del Congreso], 2018). Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha limitado el alcance de dicha ley, que actualmente solo se aplica a algunos pocos casos de violaciones del derecho internacional (*Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 725 [2004]), pero no a cuestiones fuera de la jurisdicción territorial de Estados Unidos (*Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, 120 [2013]). Más recientemente, se determinó que la ley no se aplica a reclamaciones contra sociedades extranjeras (*Jesner c. Arab Bank PLC*, 584 U.S. __ [2018]). En el caso *RSM Production Corp. c. Fridman*, el Tribunal de Distrito de Estados Unidos (Distrito Sur de Nueva York) sostuvo que el demandante, que había alegado una violación de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, no pudo demostrar que el demandado había violado el “derecho internacional”, puesto que era quien había recibido el soborno y no quien lo había pagado. De hecho, el mencionado convenio se refiere a la corrupción activa (el delito cometido por la persona que promete o paga el soborno) y no a la corrupción pasiva (el delito cometido por el funcionario que recibe el soborno) (*RSM Production Corp. c. Fridman*, 643 F. Supp 2d 382 [S.D.N.Y., 2009]). Según Matt A. Vega, “al adoptar esa postura, el tribunal dejó abierta la posibilidad de que personas físicas y demandados corporativos que realizan pagos cuestionables a funcionarios [extranjeros] puedan estar violando el derecho internacional” (Vega, 2010, pág. 433). Tales decisiones, escribe, “[sugieren] que se incentiva a los tribunales federales a concluir que en el futuro cercano se podrá accionar contra el soborno en el extranjero en virtud de la Ley de Actos Ilícitos Civiles contra Extranjeros, algo que aún no se ha abordado en la bibliografía jurídica” (pág. 389). Por el contrario, la FCPA dispone la aplicación extraterritorial y puede utilizarse como base para entablar acciones penales contra empresas multinacionales (Spalding, 2014). Sin embargo, la carta de envío de la entonces secretaria de Estado de Estados Unidos, Condoleezza Rice, al Senado estadounidense sobre la UNCAC establece lo siguiente (Deming, 2010, pág. 346 [nota 60]): “Nada en este derecho [art. 35 de la UNCAC] debe interpretarse en el sentido de que se exige a Estados Unidos crear un derecho privado a interponer una acción judicial en virtud de la FCPA o de que amplía el alcance de la Ley de Actos Ilícitos Civiles contra Extranjeros para que los extranjeros puedan litigar demandas de corrupción ante los tribunales estadounidenses”. Además, la ratificación de la UNCAC por parte de Estados Unidos estuvo sujeta a la declaración de que “ninguna de las disposiciones de la convención genera un derecho privado a interponer una acción judicial”.

b. En el caso *Lamb c. Philip Morris, Inc.*, 915 F. 2d 1024 (6th Cir. 1990), el Tribunal de Apelación de Estados Unidos, circuito sexto, concluyó que de la FCPA no surge que se pueda entablar una acción privada.

c. Véase, por ejemplo, *Estado de Indiana y ciudad de East Chicago c. Robert A. Pastrick*, n.º 3:04-CV-506, 11 de marzo de 2010, referido a un escándalo electoral que incluyó, entre otras acusaciones, una trama de “veredas por votos” que le costó a la ciudad alrededor de USD 24 millones. El tribunal determinó que los demandados a) habían violado la ley RICO al participar en reiteradas y continuas etapas de la transferencia o transmisión en el comercio interestatal de dinero que se sabía que había sido robado, apropiado de manera ilícita u obtenido mediante fraude y asociación ilícita constituida para cometer esos delitos; b) habían violado la ley RICO estatal de Indiana, y c) habían cometido robo y eran civilmente responsables en el marco de la Ley de Víctimas de Delitos. El juez federal de primera instancia de Estados Unidos, James Moody, concedió daños y perjuicios por USD 108 007 584,33. Este monto incluyó daños y perjuicios triplicados por violaciones a la ley RICO e intereses calculados hasta el momento de la sentencia por reclamaciones basadas en leyes estatales.

d. 803 F. Supp. 428, 440 y 441 (1992).

e. Douglas R. Young, *The Foreign Corrupt Practices Act as a Factor in Private Civil Litigation* (La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero como un factor en los litigios civiles privados), artículo de 2002 que se encontraba en el sitio web de Farella Braun + Martel y que ha sido retirado.

f. El tribunal mencionó específicamente que permitir la recuperación en el caso de lesiones de extranjeros en una acción civil en virtud de la ley RICO podría dar lugar a fricciones internacionales.

Recursos

En la mayoría de las jurisdicciones, la regla básica para determinar daños y perjuicios es que se debe colocar a la víctima lo más cerca posible de la misma situación en la que habría estado si el acto de corrupción que causó el daño no hubiera ocurrido. Es posible que los tribunales puedan determinar una indemnización por la pérdida de beneficios razonablemente esperados, pero no obtenidos a causa del acto de corrupción, así como por los daños no pecuniarios que no puedan calcularse de inmediato¹⁴. El derecho del demandante a la indemnización puede reducirse o incluso desestimarse si dicha parte fue negligente u obtuvo algún beneficio¹⁵. En casos de corrupción (como se muestra en el recuadro 10.3), algunas jurisdicciones de derecho anglosajón han ordenado pagar a modo de resarcimiento una suma equivalente a los daños pecuniarios.

RECUADRO 10.3

Indemnización por daños y perjuicios en un caso de activos apropiados indebidamente

En el caso *Oficina del Procurador General de Zambia c. Meer Care & Desai y otros (2007)*^a —un caso que se analiza con más detalle en el capítulo 1 (recuadro 1.4) y en el capítulo 2 (recuadro 2.12)—, el Tribunal Superior de Londres encontró pruebas suficientes de que había existido apropiación o uso indebido de USD 25 millones y de que los pagos de aproximadamente USD 21 millones efectuados por Zambia en el marco de un supuesto trato de armas con Bulgaria carecían de legitimidad.

Se consideró que los demandados eran responsables de dichas acciones y que habían incumplido los deberes fiduciarios que tenían para con la República de Zambia o que habían colaborado deshonestamente en tales violaciones. Como resultado de ello, debieron pagar una indemnización por los daños provocados por la apropiación indebida de bienes. El Tribunal Superior también hizo responsables a los abogados que participaron en las transacciones, pero las demandas contra ellos se desestimaron en la etapa de la apelación.

a. *Oficina del Procurador General de Zambia c. Meer Care & Desai* [2007], EWHC 952 (Ch.) (Reino Unido).

En los casos de cohecho, pueden surgir dificultades específicas a la hora de calcular los daños. En algunas jurisdicciones, la pérdida sufrida equivale al valor de los sobornos. Sin embargo, dicha cantidad puede no ser suficiente si, en virtud de una decisión o un contrato gubernamental, se otorgaron ventajas indebidas. Es posible que, debido al cohecho, el precio de los bienes o servicios sea superior al valor de mercado, o que se haya permitido el uso o la venta de recursos públicos a un valor inferior al de mercado. Además, como consecuencia de la adjudicación del contrato, puede haberse provocado un daño social o ambiental.

¹⁴ Por ejemplo, en la ciudad francesa de Cannes, el alcalde que aceptó un soborno y quienes lo pagaron debieron pagar EUR 100 000 por la pérdida de reputación de la ciudad causada por el escándalo de corrupción (Brun y otros, 2015, pág. 92 [recuadro 7.2]).

¹⁵ En *Cameroon Airlines c. Transnet Ltd.*, un tribunal arbitral sostuvo que Cameroon Airlines podía anular contratos obtenidos a través de sobornos y tenía derecho a una restitución, pero esta no incluiría el “valor justo” de los servicios prestados (Brun y otros, 2015, pág. 93 [recuadro 7.4]).

Para poder brindar una compensación plena en estas situaciones, las entidades gubernamentales deben calcular la diferencia entre los beneficios que hubieran recibido si no hubiese tenido lugar el cohecho y los beneficios recibidos tras la celebración del contrato fraudulento (Davis, 2009). Quizás no sea suficiente demostrar que los precios de los bienes y servicios se fijaron por encima de los de mercado. Los tribunales podrían pedir una valoración más precisa, como la que un hipotético negociador prudente hubiera aceptado, teniendo en cuenta el mercado de bienes y servicios de la misma calidad. Este cálculo será particularmente difícil en determinadas circunstancias y si no existen referencias claras en el mercado (sobre todo para construcciones o equipos específicos, o para servicios “intelectuales”, como los de consultoría).

En estas situaciones, para calcular el daño económico a menudo se necesitan a) pruebas de que hubo un acuerdo secreto entre quien pagó el soborno y el funcionario corrupto, b) asistencia técnica o contable, o c) ambas cosas¹⁶. En la sección 7.3 del capítulo 7, se presentan los distintos métodos que existen para calcular daños y perjuicios, y en la sección 7.3.4 de ese capítulo se abordan los desafíos que se presentan en el momento de valorar el producto de un delito.

En algunas jurisdicciones, cuando el acto de corrupción se descubre años después de que ha ocurrido, los tribunales suelen suponer que el soborno se incorporó a los precios contractuales. El demandante debe probar y cuantificar otras pérdidas (Meyer, 2009).

En otras jurisdicciones, quien paga el soborno puede ser considerado responsable de la pérdida sufrida por la víctima al haber aceptado un contrato en condiciones desfavorables¹⁷. Algunos tribunales han supuesto que el verdadero precio de los bienes comprados por el mandante en virtud de un contrato fraudulento se incrementó, como mínimo, al monto equivalente al soborno¹⁸, y que cualquier pérdida superior a esa cantidad debe probarse¹⁹.

En el contexto de las relaciones entre empleado y empleador, otras jurisdicciones han determinado que tanto el empleado que recibió el soborno como quien lo pagó son responsables ante al empleador, al menos por el monto del soborno²⁰, y que las empresas son, a su vez, responsables de cualquier ilícito civil cometido por sus empleados o representantes²¹. Si no existe un criterio más preciso, una medida razonable de los

¹⁶ Por ejemplo, estas pruebas pueden ser documentos donde conste a) que quien paga el soborno y el agente corrupto acordaron en secreto aumentar las tasas habituales en una cantidad o un porcentaje específicos, b) comparaciones con ofertas de competidores en la misma licitación o c) transcripciones de conversaciones o informes sobre reuniones en las que se haya discutido el acuerdo corrupto.

¹⁷ *Salford Corporation c. Lever* (N.º 2) (1891), 1 QB 168 (Reino Unido).

¹⁸ *Salford Corp. c. Lever* (1891).

¹⁹ *Solland Int'l Ltd. c. Daraydan Holdings Ltd.* [2002], EWHC 220 (TCC) (Reino Unido).

²⁰ *Williams Electronic Games, Inc. c. Garrity*, 479 F.3d 904 (7th Cir. 2007) (Tribunal de Apelación de Estados Unidos).

²¹ Por ejemplo, en Alemania, las empresas pueden tener responsabilidad administrativa por los actos cometidos por sus representantes (Ley de Delitos Regulatorios, art. 30).

daños puede ser el propio soborno²², la contabilización de los beneficios percibidos²³, o el daño causado por actos determinantes que constituyen un patrón ilícito²⁴. En el caso *Fyffes Group Ltd. c. Templeman y otros*, se destaca de qué manera los tribunales pueden identificar y cuantificar esos daños (recuadro 10.4).

RECUADRO 10.4

Fyffes Group Ltd. c. Templeman y otros (2000)

Fyffes, empresa con sede en Dublín dedicada al comercio del plátano, afirmó que un empleado suyo que había negociado un contrato de servicios con una empresa de transporte había aceptado sobornos por más de USD 1,4 millones entre 1992 y 1996^a. Los sobornos se conocieron cuando se alertó al Servicio de Impuestos Internos de Estados Unidos sobre pagos no declarados que el empleado había recibido en ese país provenientes de una sociedad constituida en Chipre.

Fyffes trató de recuperar daños y perjuicios del empleado, la empresa de transporte y sus agentes. Se determinó que todos los demandados eran solidariamente responsables por el valor total de los sobornos. El tribunal dictaminó que “no cabe duda alguna de que el contratista tomó en cuenta [los sobornos] en el momento de acordar el pago del transporte para cada año, que hubiese sido proporcionalmente menor para Fyffes si solo hubiese tenido que pagar la suma neta que el contratista estaba dispuesto a aceptar”.

La empresa de transporte y sus agentes debieron pagar una indemnización adicional por la pérdida que sufrió Fyffes al celebrar un contrato en condiciones desfavorables. El tribunal determinó lo que Fyffes hubiera pagado cada año en condiciones normales si la hubiera representado un negociador prudente y honesto. No había pruebas de que los pagos reales hubieran sido distintos en 1992, 1994 y 1995. Sin embargo, el tribunal decidió que los pagos se habían inflado en USD 830 022 en 1993 y en USD 1,1 millones en 1996.

Se rechazó un cálculo de todos los beneficios obtenidos por el contratista porque era “sumamente probable que, si el empleado no hubiera sido deshonesto, Fyffes hubiese celebrado igualmente un contrato de servicios con el contratista”. Por lo tanto, los beneficios “ordinarios” del contrato no fueron causados por el soborno, sino por “la prestación de servicios para los que, de cualquier forma, se hubiera celebrado un contrato”.

a. *Fyffes Group Ltd. c. Templeman* [2000], 2 Lloyd's Rep 643 (Reino Unido).

²² *Continental Management, Inc. c. Estados Unidos*, 527 F.2d 613, 620, 208 Ct. Cl. 501 (1975) (Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos).

²³ Los tribunales de Estados Unidos han concluido que la contabilización de los beneficios percibidos puede ser una medida razonable de los daños, ya que garantiza una indemnización al demandante, impide el enriquecimiento sin causa del demandado y disuade las violaciones deliberadas de la ley.

²⁴ En *Condado de Oakland c. Vista Disposal, Inc.*, 900 F. Supp. 879 (E.D. Mich., 1995), el Tribunal de Distrito de Estados Unidos sostuvo que la medida del daño civil en los casos basados en la ley RICO es el daño causado por actos determinantes que constituyen un patrón ilegal. En el caso de un contrato para el tratamiento de los residuos de un condado, el daño fue la diferencia entre el precio cobrado y el precio que se hubiese cobrado de no haber existido corrupción.

10.2.3 Acciones basadas en la invalidez, inexigibilidad o incumplimiento de contrato

Fundamentos de la acción

Los tribunales judiciales o tribunales de arbitraje pueden sostener que los contratos adjudicados como consecuencia de sobornos pagados a funcionarios del Gobierno son ilegales y que, por lo tanto, son inválidos o inexigibles²⁵. La invalidez puede basarse en el hecho de que el contrato se obtuvo por medios fraudulentos y el consentimiento estaba viciado por corrupción (recuadro 10.5).

En algunas jurisdicciones, el incumplimiento de contrato puede ser otro fundamento de la acción, en especial si el contrato incluía cláusulas en virtud de las cuales el contratista se comprometía a no otorgar a funcionarios públicos incentivos relacionados con la adjudicación o la ejecución del contrato. En el Reino Unido, la violación de esta prohibición específica faculta al Gobierno para rescindir el contrato, eludir sus propias obligaciones y reclamar daños y perjuicios.

RECUADRO 10.5

National Iranian Oil Company c. Crescent Petroleum Company International Ltd. y Gas Corporation Ltd. (2016)

National Iranian Oil Co. (NIOC) y Crescent Petroleum Co. habían celebrado un contrato a largo plazo para la compra y el abastecimiento de gas, que se regía por las leyes de Irán. En 2009, Crescent Petroleum y su filial, Crescent Gas Corp., iniciaron un arbitraje en el que alegaban que NIOC no había entregado gas^a. Los árbitros rechazaron el argumento de NIOC de que el contrato no era exigible porque se había obtenido mediante cohecho y determinaron que, al no entregar gas, NIOC había violado el acuerdo.

NIOC apeló ante el Tribunal Superior de Justicia para que revocara el laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 (impugnación de la competencia sustantiva) y 68 (irregularidad grave) de la Ley Inglesa de Arbitraje (1996)^b. Alegó que el laudo era inválido porque se basaba en un contrato que Crescent había obtenido a través de maniobras corruptas, y que, por motivos de política pública, no debía exigirse su cumplimiento^c.

El Tribunal Superior no hizo lugar a la objeción planteada a las conclusiones del tribunal arbitral con respecto a la corrupción, en el sentido de que “se había conversado sobre la realización de un pago corrupto, pero este nunca se concretó”^d. Señaló que no había “pruebas recientes” de que se hubiera incurrido en cohecho para obtener el contrato y que “no existe una política pública inglesa en virtud de la cual un tribunal deba negarse a exigir el cumplimiento de un contrato obtenido mediante soborno” o un contrato “no afectado por un intento

(continúa en la página siguiente)

²⁵ El artículo 34 de la UNCAC autoriza a las partes a iniciar ese tipo de acciones. Véase también Oficina del Procurador General de las Islas Turcas y Caicos c. Star Platinum Island Ltd. (Brun y otros, 2015, pág. 58 [recuadro 4.8]).

RECUADRO 10.5

National Iranian Oil Company c. Crescent Petroleum Company International Ltd. y Gas Corporation Ltd. (2016) (continuación)

fallido de cometer cohecho, sobre la base de que dicho contrato, o alguna de las partes que intervienen en él, se han visto presuntamente manchados por la conducta precedente”^e.

Sin embargo, el juez también concluyó que “en muchos casos puede suceder que antes de la celebración del contrato una de las partes intervinientes o ambas hayan cometido conductas indeseables —como mentiras, fraude, amenazas y otras más graves—, pero el Tribunal Superior no interferirá en un contrato celebrado por dichas partes, aun cuando alguna de ellas haya cometido actos delictivos por los que podría ser procesada, salvo que el contrato en sí mismo sea ilegal e inexigible, o que alguno de los actos de dichas partes haya dado lugar al contrato, caso en el cual este podría ser anulable a pedido de la parte inocente que fue inducida a celebrarlo”^f.

a. National Iranian Oil Co. c. Crescent Petroleum Co. Int'l Ltd. & Gas Corp. Ltd. (2016), EWHC 510 (Comm.), párr. 3, https://www.uncitral.org/docs/clout/GBR/GBR_040316_FT.pdf#.

b. National Iranian Oil c. Crescent, párr. 4.

c. National Iranian Oil c. Crescent, párr. 39.

d. National Iranian Oil c. Crescent, párr. 37.

e. National Iranian Oil c. Crescent, párrs. 48, 49 2), 49 3).

f. National Iranian Oil c. Crescent, párr. 49 3).

Recursos en caso de invalidez o incumplimiento del contrato

Entre los recursos en caso de invalidez o incumplimiento del contrato se incluyen la rescisión del contrato y el reclamo de indemnizaciones pecuniarias, como daños compensatorios, incidentales y de otro tipo (por ejemplo, daños pactados como compensación en los contratos o daños punitivos). En algunos casos, los tribunales han limitado los daños y perjuicios a los gastos contractuales ya pagados, y han excluido los gastos no pagados²⁶.

En algunas jurisdicciones se permite la rescisión del contrato, sobre todo en casos de cohecho y colusión en la oferta (recuadro 10.6)²⁷. Cuando se demanda la rescisión, debe probarse que, si no hubieran mediado los actos fraudulentos, la entidad gubernamental habría rechazado el contrato. Si la rescisión no fuera el recurso deseado, la entidad gubernamental solo tendría derecho a una indemnización por haber celebrado el contrato en condiciones menos favorables de las que se habrían acordado si no hubiera existido el acto que causó el incumplimiento.

²⁶ En el caso *S.T. Grand, Inc. c. Ciudad de Nueva York*, 32 N.Y.2d 300, 344 N.Y.S. 2d 938 (Estados Unidos), el tribunal dictaminó que un contratista que había pagado un soborno para obtener un contrato para limpiar el reservorio de la ciudad de Nueva York no podía recuperar los gastos no pagados, pero la ciudad podía recuperar todos los gastos que ya había pagado al proveedor. Otros tribunales han dictaminado que un municipio solo tiene derecho a indemnización cuando el daño ha sido producto de un contrato adjudicado ilegalmente.

²⁷ Véase *Ross River Ltd. c. Cambridge City Football Club Ltd.* [2007], EWHC 2115 (Ch.) (Reino Unido). Además, los tribunales franceses han determinado que las entidades gubernamentales que celebraron un contrato después de que los oferentes habían actuado en colusión para eliminar la competencia en el proceso de licitación tienen derecho a la rescisión de los contratos o a una indemnización por daños y perjuicios.

En 2008, el Gobierno de Guinea adjudicó el control de dos bloques de la mina de hierro Simandou, uno de los depósitos de hierro más grandes del mundo, a BSGR Resources (BSGR), empresa controlada por el magnate israelí Beny Steinmetz^a. Para obtener los derechos sobre Simandou, BSGR realizó varios pagos corruptos a Mamadié Touré, una de las cuatro esposas del entonces presidente guineano, Lansana Conté. En una declaración firmada publicada por el Gobierno de Guinea, Touré admitió haber recibido al menos USD 5,3 millones en sobornos proporcionados con el objeto de influir en el presidente Conté para que ayudara a la compañía a conseguir derechos de minería sobre el hierro en el país^b.

Durante la presidencia de Alpha Condé, elegido en 2010, Guinea comenzó a examinar los contratos de minería suscritos antes de 2011 con el fin de mejorar la transparencia del sector minero^c. Un comité especial (Comité Technique de Revue des Titres et Conventions Miniers [CTRTCM]) se encargó de esta tarea e investigó las acusaciones de cohecho^d. En abril de 2014, el comité concluyó que había habido corrupción relacionada con la emisión de licencias sobre la mina Simandou obtenidas por VBG, sociedad en participación de BSGR y Vale, y recomendó la rescisión de los contratos^e. Siguiendo esa recomendación, el Gobierno guineano dejó sin efecto los derechos mineros sobre Simandou^f.

En respuesta, BSGR negó haber actuado de manera indebida e inició un procedimiento de arbitraje contra la República de Guinea ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)^g. En febrero de 2019, el Gobierno de Guinea y Beny Steinmetz resolvieron su controversia legal respecto de Simandou; BSGR renunció a sus reclamaciones sobre los dos bloques, y ambas partes renunciaron a continuar con los procedimientos pendientes^h.

a. Global Witness (2014), *Guinea's "Deal of the Century"* (El "negocio del siglo" de Guinea), informe, 13 de mayo de 2014, <https://www.globalwitness.org/en-gb/reports/guineas-deal-century/>. En 2010, BSGR vendió el 51 % de su participación en la mina Simandou a la compañía minera brasileña Vale por USD 2,5 millones.

b. En 2014, Estados Unidos inició procedimientos de decomiso respecto de tres inmuebles ubicados en Jacksonville (Florida) y de equipos gastronómicos. Véase Estados Unidos c. 4866 Yacht Basin Drive (caso n.º 3:14-cv-1428-TJC-PDB), demanda verificada enmendada para el decomiso *in rem* (Tribunal de Distrito de Estados Unidos, Distrito Medio de Florida, División de Jacksonville).

En febrero de 2016, Touré celebró un acuerdo de conciliación con autoridades estadounidenses, en el que reconocía que los inmuebles eran producto de conductas delictivas, específicamente de cohecho. Dos de esos inmuebles, así como los equipos gastronómicos, fueron decomisados, y Estados Unidos desistió de su reclamación respecto del tercer inmueble. Véase Estados Unidos c. 4866 Yacht Basin Drive (caso n.º 3:14-cv-01428) (M.D. Fla.), Acuerdo de Conciliación (1 de febrero de 2016) y Orden de Consentimiento para Sentencia de Decomiso (4 de abril de 2016).

c. Barbara Lewis (2019), "Steinmetz's BSGR Settles Guinea Row, Looks to Zogota Iron Ore" (La empresa BSGR de Steinmetz llega a un acuerdo en la pelea con Guinea con miras a obtener el hierro de Zogota), Reuters, 25 de febrero de 2019, <https://www.reuters.com/article/guinea-bsgr/update-3-steinmetz-bsgr-settles-guinea-row-looks-to-zogota-iron-ore-idUSL5N20K1QG>.

d. *Guinée Diversité*, "Le Comité de revue recommande la retrait de la convention de BSGR pour 'corruption'" (El Comité de Examen recomienda revocar el convenio con BSGR por "corrupción"), declaración del Comité Técnico para el Examen de Títulos y Contratos Mineros, 4 de abril de 2014, <https://guineediversite.com/index.php/2014/04/09/090414le-comite-de-revue-recommande-la-retrait-de-la-convention-de-bsgr-pour-corruption-declaration-2/>.

e. *Guinée Diversité*, "Le Comité de revue recommande la retrait de la convention de BSGR pour 'corruption'", 4 de abril de 2014. Véase también *Jeune Afrique*, "La Guinée retire les permis de BSGR" (Guinea retira permisos a BSGR), 21 de abril de 2014, <https://www.jeuneafrique.com/164220/economie/la-guin-e-retire-les-permis-de-bsgr/>.

f. Barbara Lewis, "Steinmetz's BSGR Settles", 25 de febrero de 2019.

g. BSG Resources Ltd. (bajo administración externa), BSG Resources (Guinea) Ltd. y BSG Resources (Guinea) SÀRL c. República de Guinea (caso CIADI n.º ARB/14/22), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3765/DS11530_En.pdf.

h. Simon Goodley (2019), "Beny Steinmetz Settles Dispute with Guinea over Iron Ore Project" (Beny Steinmetz llega a un acuerdo con Guinea en la controversia respecto de un proyecto sobre hierro), *The Guardian*, 25 de febrero de 2019, <https://www.theguardian.com/business/2019/feb/25/beny-steinmetz-settles-dispute-guinea-iron-ore-simandou>.

En las controversias derivadas de contratos de inversión internacional, debe tenerse en cuenta el principio de “responsabilidad de los Estados”, que obliga a los Gobiernos a asumir plena responsabilidad por las acciones de sus funcionarios (Raeschke-Kessler y Gottwald, 2008). Como resultado, los contratos pueden seguir siendo válidos a pesar de la ilegalidad o del vicio del consentimiento causados por la corrupción, y los recursos deben limitarse a los daños y perjuicios, la adaptación del contrato y la reducción de los precios (Davis, 2009). Por otro lado, se ha utilizado la “política pública internacional” (también conocida como “orden público internacional”) para apoyar la invalidación de contratos, tal como sucedió en un caso de Kenya que se presentó ante un panel de arbitraje del CIADI (recuadro 10.7)²⁸.

RECUADRO 10.7

World Duty Free Company Limited c. República de Kenya (2006)

En 1989, Kenya celebró inicialmente un acuerdo con World Duty Free Company Ltd. (WDF) para que esta última se encargara de la construcción, el mantenimiento y la operación de complejos libres de impuestos en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa. Para obtener el contrato, WDF pagó sobornos al entonces presidente de Kenya, Daniel Arap Moi. Posteriormente, en 1998, el Tribunal Superior de Kenya ordenó la intervención judicial de WDF; en 2001 se dictó una sentencia formal en virtud de la cual se transfería la titularidad efectiva al interventor.

En su objeción ante el CIADI, WDF alegó que, con la mencionada orden de intervención, Kenya había destruido ilegalmente sus derechos contractuales. El Gobierno de Kenya sostuvo que el contrato con WDF se había obtenido mediante sobornos, lo que violaba tanto las leyes inglesas como las kenianas aplicables al contrato, así como la política pública internacional, y que el Gobierno estaba facultado legalmente para no cumplir sus obligaciones contractuales.

El tribunal del CIADI determinó que Kenya estaba legalmente facultada para no cumplir sus obligaciones y que lo había hecho en el marco de la ley^a.

a. World Duty Free Co. Ltd. c. República de Kenya (caso CIADI n.º ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006).

Algunas organizaciones no gubernamentales, como Transparencia Internacional, han alentado el uso de los denominados “pactos de integridad”, en virtud de los cuales las entidades gubernamentales y los oferentes que participan en licitaciones públicas acuerdan sanciones preestablecidas ante la violación de los compromisos de no sobornar a funcionarios públicos²⁹. Según el acuerdo del que se trate, las sanciones aplicadas por los tribunales judiciales o arbitrales pueden incluir el rechazo o la pérdida del contrato, la responsabilidad por daños para con el mandante y los oferentes competidores, y la inhabilitación del infractor durante un período determinado. Para evitar discusiones

²⁸ No está claro si en un arbitraje comercial internacional se convalidaría este resultado si en la legislación nacional aplicable no existiera la regla de anulabilidad.

²⁹ Transparencia Internacional, *Integrity Pacts* (Los pactos de integridad), <https://www.transparency.org/en/tool-integrity-pacts>.

excesivamente complicadas sobre el nivel de los daños y perjuicios, se puede incluir en los contratos el valor de la indemnización pactada por daños derivados del incumplimiento, que podrían basarse en un porcentaje de los ingresos o de las ganancias del contrato (o la multiplicación del monto del soborno, por ejemplo, el 200 % o el 300 %).

Si bien no hay demasiados casos de jurisprudencia recientes, los pactos de integridad se han utilizado en Alemania, Argentina, China, Colombia, Ecuador, India, México, Pakistán y otros países. En algunos casos, pueden ayudar a los Gobiernos a recuperar pagos indebidos o ventajas otorgadas por pagos corruptos realizados a funcionarios públicos. Además, los profesionales intervinientes pueden considerar la posibilidad de incluir cláusulas anticorrupción en los contratos, lo que puede proporcionar medios eficientes para aplicar recursos contra la corrupción, como la anulación del contrato o daños y perjuicios contractuales.

Consecuencias de la nulidad contractual para las alianzas público-privadas

Los conceptos jurídicos relacionados con la anulación de los contratos contaminados por sobornos pueden variar según la jurisdicción. No obstante, en la mayor parte de las legislaciones se establecen condiciones para la validez de los contratos. El incumplimiento de estas condiciones puede dar lugar a la nulidad de los contratos. En caso de corrupción, el contrato generalmente puede anularse con efecto retroactivo o desde la fecha en que se declara la nulidad³⁰.

Sin embargo, la anulación de contratos como principal o único instrumento jurídico puede tener consecuencias económicas que constituyan una dificultad para los contratos de alianzas público-privadas. Específicamente, es posible que la nulidad invalide no solo el contrato principal entre el Estado y el contratista, sino también todas las relaciones contractuales vinculadas con él (De Michele, Prats y Revol, 2018). En algunos países, la anulación de contratos que ya habían sido adjudicados ha paralizado una importante cantidad de obras de infraestructura, interrumpido las respectivas cadenas de pago, llevado a la quiebra a algunos proveedores y provocado el despido de miles de trabajadores³¹.

En el caso brasileño *Lava Jato*, por ejemplo, la anulación de contratos de alianzas público-privadas habría provocado la paralización de obras públicas por valor de

³⁰ En el art. 34 de la UNCAC, se establece que “los Estados [p]arte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante”. Del mismo modo, en el art. 8 del Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, se dispone que “cada [p]arte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato...”.

³¹ Véanse Christiane Lucchesi, Felipe Marques y Aline Oyamada (2018), “Odebrecht to Miss Debt Payment as Loan Deal Proves Elusive” (Odebrecht a punto de incumplir pagos de deuda ante la dificultad de conseguir préstamos), *Bloomberg*, 24 de abril de 2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-23/odebrecht-is-said-likely-to-miss-payment-on-debt-due-this-week>; y Mac Margolis (2018), “Latin America’s Fight Against Corruption Isn’t Free” (La lucha de América Latina contra la corrupción no es gratuita), *Bloomberg*, 26 de marzo de 2018, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-03-26/latin-america-s-anti-corruption-fight-can-hurt-economic-growth>.

BRL 90 000 millones, lo que equivale a casi USD 27 000 millones³². Del mismo modo, en Perú, el escándalo Odebrecht afectó a 562 proveedores, de los cuales 175 se declararon en quiebra en 2017 y perdieron sus maquinarias, edificios y vehículos, y el resto se enfrentó a una situación similar en el primer trimestre de 2018. Además, a febrero de 2017, el conglomerado de la construcción Odebrecht había despedido a unos 60 000 trabajadores debido a que adeudaba USD 260 millones a varios proveedores³³. Estas consecuencias pueden desalentar las inversiones y provocar la paralización del sector.

RECUADRO 10.8

Ejemplos de medidas legislativas y administrativas que ofrecen recursos alternativos a la nulidad de los contratos

Colombia: En la Ley n.º 1882 del 15 de enero de 2018, art. 20, se dispone que, en caso de nulidad administrativa o judicial,

- se deberá pagar al contratista el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos realizados, con intereses^a;
- el concesionario responsable de la conducta ilegal debe pagar el monto especificado en la cláusula penal pactada, o bien, si este no se ha convenido, el 5 % del valor del contrato.

Panamá: Tras el escándalo de corrupción de Odebrecht^b, el Gobierno panameño inició un proceso que incluyó una serie de medidas:

- Se adoptaron las medidas necesarias para prohibir que se adjudicaran a Odebrecht nuevos contratos en futuros procesos de licitación pública del Estado o la ratificación de esos contratos.
- Se canceló el contrato de asociación entre el Estado y Odebrecht para la construcción de una planta hidroeléctrica, adjudicado por alrededor de USD 1000 millones, respecto del cual aún no se habían comenzado a realizar actividades importantes^c.
- Se garantizó el cumplimiento de las obras en curso en un intento por preservar su valor, mantener los empleos generados por ellas y garantizar el desarrollo económico y social que depende de que las obras se completen.
- El Estado negoció con Odebrecht un acuerdo de admisión de culpabilidad en virtud del cual la empresa constructora debía pagar una multa de USD 22 millones^d.

(continúa en la página siguiente)

³² Renée Pereira (2017), “Operação Lava Jato deixa mais de R\$ 90 bi em paradas” (La Operación *Lava Jato* paraliza obras por más de BRL 90 000 millones), *Estadão*, 18 de junio de 2017, <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operacao-lava-jato-deixa-mais-de-r-90-bi-em-obras-paradas,70001846435>.

³³ *La República* (2018), “Hay 60 mil trabajadores despedidos por causa Odebrecht”, 3 de marzo de 2018, <https://larepublica.pe/politica/1206155-hay-60-mil-trabajadores-despedidos-por-causa-odebrecht/>.

RECUADRO 10.8

Ejemplos de medidas legislativas y administrativas que ofrecen recursos alternativos a la nulidad de los contratos (*continuación*)

Perú: La Ley n.º 30737 “asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos” y establece un mecanismo que regula la transferencia de proyectos bajo control de empresas que hayan sido condenadas o que sean investigadas por actos de corrupción. Además, dispone cuatro medidas específicas:

- la suspensión de las transferencias al extranjero de capital obtenido a partir de inversiones en el país, o de utilidades o dividendos derivados de las inversiones;
- la creación de un procedimiento para exigir la autorización previa para disponer de activos, derechos, acciones u otros títulos valores representativos de derechos de la compañía, así como para exigir al comprador que deposite el 50 % del precio de venta de esos activos hasta cubrir el monto total de las reparaciones civiles y posibles deudas tributarias^e (y la creación de un procedimiento para realizar anotaciones preventivas en registros públicos relacionadas con los mencionados activos);
- la decisión de retener un margen neto de ganancia de hasta el 10 % de los pagos que deban efectuarse al Estado peruano a favor de los sujetos afectados y de las empresas o consorcios en los que participen^f.
- la posibilidad de celebrar acuerdos de colaboración eficaz en virtud de los cuales se puede eximir de las consecuencias jurídicas derivadas del delito o suspender o minimizar dichas consecuencias, o reducir el monto establecido judicialmente como reparación civil.

Asimismo, la ley crea la función de veedor de proceso, que está facultado para acceder a la documentación necesaria. Por último, establece que las personas jurídicas sujetas a sus disposiciones que no cumplan las obligaciones asumidas no podrán celebrar contratos con el Estado peruano.

a. Sin embargo, el valor no incluye la remuneración ni los pagos que el contratista haya recibido como contraprestación por cumplir el contrato ni las sanciones impuestas por terceros al contratista debido a la rescisión anticipada del contrato.

b. Odebrecht admitió ante las autoridades estadounidenses que la empresa había pagado sobornos para conseguir la adjudicación de contratos (Departamento de Justicia de Estados Unidos [2016], *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, comunicado de prensa n.º 16-1515, 21 de diciembre de 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>).

c. Reuters (2016), “Panama to Cancel Odebrecht Contract amid Corruption Scandal” (Panamá cancelará el contrato con Odebrecht en medio de un escándalo de corrupción), *Reuters World News*, 27 de diciembre de 2016, <https://www.reuters.com/article/us-panama-corruption-idUSKBN14H072>.

d. Según la Fiscalía, de conformidad con el acuerdo de admisión de culpabilidad y en relación con la presentación de un informe técnico de la Contraloría General de la República de Panamá, la empresa se comprometió a efectuar el pago mencionado y proporcionar toda la información relacionada con Panamá de la que cualquiera de sus empleados, ejecutivos o terceros externos pudiera tener conocimiento, así como cualquier hecho relacionado con la jurisdicción que pudiera haberse informado al Departamento de Justicia de Estados Unidos y a la Fiscalía de Brasil.

e. La ley establece determinadas excepciones; por ejemplo, las transferencias de fondos realizadas antes de la vigencia del Decreto de Urgencia n.º 003 de 2017, salvo cuando haya pruebas de que se obró con mala fe. Véase Mena y Bravo (2019), <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-edition-8/1210835/peru>.

f. Ley n.º 30737, art. 6, <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-asegura-el-pago-inmediato-de-la-reparacion-civil-a-f-ley-n-30737-1624757-1/>.

10.2.4 Acciones basadas en enriquecimiento ilícito o sin causa

Las reclamaciones de restitución o devolución de los beneficios obtenidos mediante actos ilegales o reñidos con la ética se basan en el principio legal y moral de que nadie debe beneficiarse de sus actos indebidos ni de un enriquecimiento ilícito o sin causa (recuadro 10.9). Los tribunales pueden exigir a los demandados que devuelvan las ganancias ilegales, incluso si la víctima no sufrió ninguna pérdida o ningún otro inconveniente³⁴.

RECUADRO 10.9

Restitución de beneficios: Práctica en Estados Unidos

En Estados Unidos, la Comisión de Bolsa y Valores y el Departamento de Justicia suelen pedir la restitución de los beneficios mediante acciones civiles y penales a fin de exigir el cumplimiento de la FCPA^a. Los acuerdos suelen incluir la recuperación de los beneficios de actos ilegales o del enriquecimiento ilícito.

En los casos en que se adjudicó un contrato gubernamental como resultado de un soborno, el enriquecimiento ilícito se calcula normalmente deduciendo los gastos directos y legítimos relacionados con el contrato de los ingresos brutos. Por lo general, el monto del soborno y los impuestos no se consideran gastos deducibles.

En otras acciones civiles presentadas por demandantes privados, los tribunales estadounidenses han determinado que un empleador o comprador tienen derecho a recuperar el monto del soborno recibido por un empleado, incluso si los bienes o servicios eran exactamente los que el empleador estaba buscando y el precio era razonable^b.

a. Si bien la Ley de Protección de Víctimas y Testigos (1982), la Ley de Restitución Obligatoria a las Víctimas (1996) y la Ley de Derechos de las Víctimas del Delito (2004) no abarcan violaciones de la FCPA, incluyen el delito de asociación ilícita para violar dicha ley, que es casi siempre una acusación que se plantea en los procesos basados en la FCPA, lo que proporciona fundamentos para la restitución. Los tribunales estadounidenses han reconocido que los países extranjeros tienen derecho a obtener restituciones en las acciones basadas en la FCPA (Messick, 2016). Véase, por ejemplo, la acción para exigir el cumplimiento de la FCPA iniciada contra la empresa de equipos de telecomunicaciones francesa Alcatel-Lucent SA (Alcatel), durante la cual el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), entidad del Estado, solicitó al Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida que lo reconociera como "víctima de un delito", alegando que Alcatel había conspirado para sobornar a funcionarios suyos. Si bien los tribunales concluyeron que el ICE no había sido víctima, sino copartícipe de la conspiración, no negaron el derecho que tienen los Estados extranjeros de obtener una restitución (Asner y Thompson, 2013).

b. *Sears, Roebuck & Co. v. American Plumbing & Supply Co.*, 19 F.R.D. 334, 339 (E.D. Wis., 1956) (Estados Unidos).

En algunas jurisdicciones, los tribunales han dictaminado que recibir sobornos genera responsabilidad basada en la deshonestidad o reclamaciones de restitución de beneficios, independientemente del daño causado³⁵. En consecuencia, quien paga el soborno debe responder por el monto en cuestión. Cualquier pérdida que supere ese monto debe recuperarse como daños y perjuicios.

³⁴ En principio, el derecho civil alemán defiende la idea de que no se debe permitir que un agente o infractor retenga el producto de un soborno.

³⁵ *Dubai Aluminum Company Ltd. v. Salaam* [2002], All ER (D) 60 (Dec) (Reino Unido).

Las ganancias ilícitas que un contratista haya recibido después de cometer cohecho en una jurisdicción pueden ser objeto de confiscación o restitución en virtud de una orden judicial o un acuerdo celebrado en otra jurisdicción en la que el contratista está registrado o constituido (OECD [OCDE] y World Bank [Banco Mundial], 2012). En este caso, el tema de la recuperación por parte de la jurisdicción afectada por el contrato corrupto o del reintegro a dicha jurisdicción de la ganancia devuelta puede resultar controvertido (Oduor y otros, 2014). En muchas jurisdicciones puede ser difícil establecer la propiedad o el título previos sobre los beneficios contractuales, y los procedimientos de restitución no se basan en los daños.

En consecuencia, es fundamental que el país de constitución informe a la jurisdicción afectada por el contrato corrupto que se ha iniciado un procedimiento de restitución. En el artículo 51 de la UNCAC, se establece que la recuperación de activos es “un principio fundamental de la presente Convención”, y en el artículo 56 se dispone que los Estados parte deben adoptar medidas para que sus autoridades pertinentes puedan remitir a otro Estado parte (sin que este la haya solicitado previamente) información que pueda ayudar al Estado destinatario a poner en marcha procesos judiciales para recuperar fondos provenientes de la corrupción. Ambos artículos proporcionan un fundamento jurídico sólido para establecer ese tipo de comunicación proactiva y para que la jurisdicción afectada pueda analizar las opciones de que dispone para reclamar una indemnización o la titularidad de los activos antes del final del procedimiento. Para consultar otras vías que puedan seguirse en casos de restitución, véase también la sección 11.1 del capítulo 11.

10.3 Interposición de una acción civil para recuperar activos

10.3.1 Inicio de una acción civil

Se puede entablar una acción civil para recuperar activos ante tribunales judiciales o mediante un procedimiento de arbitraje. Los tribunales de un país extranjero pueden ser competentes en los siguientes casos:

- el demandado tiene su residencia o domicilio (persona física) o está constituido u opera en el país (persona jurídica);
- los bienes se encuentran en la jurisdicción o han transitado por ella, o
- se ha cometido un acto de corrupción o de lavado de dinero en la jurisdicción (por ejemplo, una acción civil ante los tribunales ingleses, como se describe en el recuadro 10.10).

En general, las pruebas obtenidas en el curso de un procedimiento penal pueden utilizarse en un litigio civil.

En 2014, la Autoridad de Inversiones de Libia, el fondo soberano de inversión de ese país, demandó a Société Générale SA (SocGen) ante el Tribunal Superior de Londres para recuperar USD 1500 millones en pérdidas. Dicha autoridad afirmó que entre 2007 y 2009 SocGen había pagado sobornos por USD 58,5 millones a sus funcionarios para llevar a cabo cinco transacciones comerciales que superaban los USD 2100 millones antes del derrocamiento de Muamar al Gadafi^a. La demanda también se presentó contra Leinada Inc., empresa panameña a través de la cual se efectuaron los pagos, y contra Walid Al-Giahmi, empresario libio que controlaba la empresa.

En total, más de 50 personas físicas libias recibieron parte de esos pagos; sin embargo, sus identidades no se divulgaron a fin de protegerlas y proteger a sus familias de represalias violentas en Libia^b. En 2017, la Autoridad de Inversiones de Libia y SocGen llegaron a un acuerdo en virtud del cual SocGen aceptó pagar USD 963 millones. Los términos del acuerdo siguen siendo confidenciales^c.

Esta fue la segunda demanda que la Autoridad de Inversiones de Libia presentó contra un banco occidental. La primera había sido dirigida contra Goldman Sachs^d y fue desestimada por el Tribunal Superior de Londres en 2016.

a. Autoridad de Inversiones de Libia c. Société Générale SA [2016], EWHC 375 (Comm.), párr. 1.

b. Se consideró necesario que las partes llegaran a un acuerdo para mantener la confidencialidad a fin de proteger a las personas que presuntamente habían recibido sobornos, dado que Libia era descrita como “un lugar peligroso”. No obstante, la Autoridad de Inversiones de Libia había solicitado la desestimación del acuerdo alegando que este había interferido en su capacidad de preparar el caso (Autoridad de Inversiones de Libia c. SocGen [2016], párrs. 4 y 67).

c. SocGen expresó que lamentaba “la falta de prudencia de sus empleados” y pidió disculpas a la Autoridad de Inversiones de Libia (Société Générale [2017], *Société Générale SA and the Libyan Investment Authority* (LIA) (Société Générale SA y la Autoridad de Inversiones de Libia), comunicado de prensa, 4 de mayo de 2017. Véase también Michael Stothard y Jane Croft (2007), “SocGen Agrees €963m Settlement with Libyan Investment Authority” (SocGen acepta acuerdo por EUR 963 millones con la Autoridad de Inversiones de Libia), *Financial Times*, 4 de mayo de 2007, <https://www.ft.com/content/7dc88450-3094-11e7-9555-23ef563ecf9a>.

d. La Autoridad de Inversiones de Libia había presentado una demanda por USD 1200 millones contra Goldman Sachs, en la que alegaba que el banco de inversiones había ejercido influencia indebida para que realizara varias transacciones con instrumentos derivados. Véase Autoridad de Inversiones de Libia c. Goldman Sachs Int'l [2016], EWHC 2530 (Ch.).

En procedimientos de recuperación civil, una autoridad de aplicación puede solicitar que se dicte una orden de recuperación civil sobre la base de que los bienes en cuestión se obtuvieron de manera ilícita. En el Reino Unido, la Ley de Finanzas Delictivas (2017) ha incorporado nuevas facultades de recuperación de activos e investigación en la Ley sobre los Productos del Delito (POCA), de 2002, y ha modificado las facultades existentes. Las facultades para recuperar activos derivadas de la POCA incluyen, entre otras cosas, las órdenes de recuperación civil, es decir, aquellas que el Tribunal Superior dicta en procedimientos civiles respecto de bienes que, según puede demostrarse, son producto de un delito³⁶ (como se explica en el recuadro 10.11).

³⁶ “The Proceeds of Crime Act 2002 (POCA): Guidance under Section 2A” (La Ley sobre los Productos del Delito [POCA] de 2002: Orientación basada en el artículo 2A), enero de 2018, <https://www.gov.uk/government/publications/the-proceeds-of-crime-act-section-2a>.

Antecedentes: El caso se refirió a pagos ilegales efectuados entre 2007 y 2010, de forma directa o mediante agentes, por Oxford University Press East Africa y Oxford University Press Tanzania —filiales de propiedad exclusiva de Oxford Publishing Limited y parte de la División Internacional de Oxford University Press— con la intención de que se les adjudicaran licitaciones o contratos de publicación de libros de texto.

En 2011, Oxford University Press se enteró de las prácticas ilegales y ordenó de inmediato que se realizara una investigación del asunto, al tiempo que denunció una posible violación de las directrices sobre adquisiciones del Banco Mundial, dado que dos de los oferentes estaban financiados por dicha institución^a.

Justificación para la orden de recuperación civil: La Oficina de Fraudes Graves tuvo en cuenta los siguientes motivos para solicitar una orden de recuperación civil en lugar de entablar un procedimiento penal^b:

- Las pruebas obtenidas no serían suficientes para respaldar un enjuiciamiento penal.
- Obtener esas pruebas presentaba varias dificultades (por ejemplo, había testigos que vivían en el extranjero).
- La propia Oxford University Press denunció el asunto y colaboró con la Oficina de Fraudes Graves.
- No existían pruebas de que el órgano directivo tuviera conocimiento de las prácticas ilegales o de que las hubiera aprobado.
- Los productos proporcionados eran de calidad, y no el resultado de pagos excesivos, y en ningún momento se los consideró inadecuados o innecesarios.
- El Banco Mundial entabló procedimientos paralelos (inhabilitación) contra Oxford University Press East Africa y Oxford University Press Tanzania.

Sentencia de recuperación contra Oxford Publishing Limited: A través de la orden de recuperación civil, se obligó a Oxford Publishing Limited a pagar GBP 1 895 435 en concepto de sumas derivadas de conductas ilícitas y GBP 12 500 por el costo de obtención de la orden. Además, debía aportar GBP 2 millones a organizaciones sin fines de lucro para propósitos educativos en África subsahariana.

a. Oficina de Fraudes Graves (2012), *Oxford Publishing Ltd. to Pay Almost £1.9 Million as Settlement after Admitting Unlawful Conduct in Its East African Operations* (Oxford Publishing Ltd. acuerda pagar casi GBP 1,9 millones tras admitir conductas ilícitas en operaciones realizadas en el este de África), comunicado de prensa, 3 de julio de 2012, <https://www.sfo.gov.uk/2012/07/03/oxford-publishing-ltd-pay-almost-1-9-million-settlement-admitting-unlawful-conduct-east-african-operations/>.

b. Oficina de Fraudes Graves, *Oxford Publishing Ltd. to Pay Almost £1.9 Million as Settlement after Admitting Unlawful Conduct in Its East African Operations*, 3 de julio de 2012.

Se puede recurrir al arbitraje cuando un contrato internacional incluye una cláusula de arbitraje. Alternativamente, un tratado bilateral de inversiones puede ser la base para un arbitraje de inversiones. La mayoría de los tratados bilaterales de inversiones prevén un mecanismo de resolución de disputas obligatorio o permiten recurrir al arbitraje internacional con la ayuda del CIADI. La jurisdicción de este último se extiende a toda controversia jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo de un Estado contratante acreditado ante el CIADI por dicho Estado) y un ciudadano de otro Estado contratante, y que las partes de la controversia consientan por escrito en someter al CIADI.

10.3.2 Recolectar pruebas y garantizar activos

Como en el caso de los procedimientos penales, el demandante ante un tribunal civil deberá proporcionar pruebas directas o circunstanciales para establecer el fundamento de la acción. En el recuadro 10.12 se describe el uso de pruebas circunstanciales en procedimientos civiles privados.

RECUADRO 10.12

Prueba circunstancial analizada en la causa República Federal de Nigeria c. Santolina Investment Corp., Solomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha (2007)

El caso se resolvió en rebeldía; se cursó notificación de los procedimientos a los demandados^a. (Véase también la discusión del caso en el recuadro 10.1 y en el recuadro 1.5 del capítulo 1). El tribunal se basó en inferencias para concluir que los fondos depositados en cuentas bancarias en Londres y los bienes en poder de las dos empresas controladas por Alamieyeseigha eran sobornos y beneficios secretos que debían restituirse al Gobierno nigeriano. Para llegar a esta conclusión, mencionó varios elementos que sirvieron como prueba circunstancial:

- Había una enorme discrepancia entre los activos e ingresos oficialmente declarados por Alamieyeseigha y los fondos depositados en cuentas bancarias extranjeras.
- El demandado tenía esas cuentas bancarias extranjeras en violación de una prohibición constitucional.
- El demandado no pudo dar una explicación razonable y legítima de cómo había adquirido esa cantidad de activos fuera de Nigeria.
- Los contratistas estatales transfirieron fondos en operaciones por separado, y esos fondos estuvieron en manos de vehículos corporativos en el extranjero.
- Las propiedades residenciales se compraron con transferencias o préstamos de esos vehículos corporativos.

a. República Federal de Nigeria c. Santolina Inv. Corp., Solomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha [2007], EWHC 437 (Ch.) (Reino Unido).

Utilización de pruebas reunidas durante procedimientos penales

Si bien las pruebas reunidas en el curso de un procedimiento penal pueden utilizarse en una acción civil, es posible que ello no esté permitido en algunas jurisdicciones debido a las disposiciones sobre secreto y confidencialidad de las leyes que amparan las investigaciones³⁷. Del mismo modo, las pruebas reunidas inicialmente para respaldar investigaciones y procesos penales extranjeros pueden utilizarse en procedimientos civiles iniciados en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón³⁸. En otras jurisdicciones, el enfoque presenta mayor complejidad³⁹.

En consecuencia, puede suceder que, si se inicia un proceso penal para llevar adelante los esfuerzos orientados a la recuperación de activos, las autoridades no puedan utilizar las pruebas recabadas por los investigadores para poner en marcha procedimientos civiles paralelos. En algunas jurisdicciones, el caso penal tendrá prioridad legal respecto de la acción civil, que se suspenderá hasta que el primero finalice, al menos si ambas acciones se basan en los mismos hechos. Las autoridades pueden analizar cuidadosamente cómo plantearán la acción penal de manera tal que las acciones civiles puedan desarrollarse en paralelo sobre la base de hechos que no forman parte del caso penal.

Órdenes de divulgación y mordaza (o “bozal legal”)

Los documentos en poder de las partes y de terceros pueden divulgarse según el procedimiento civil que corresponde. En los casos de recuperación de activos, resulta especialmente útil solicitar la divulgación de documentos en poder de terceros (documentos bancarios y financieros, incluidos formularios de apertura de cuentas; la identidad de titulares reales de cuentas o de empresas y fideicomisos; extractos bancarios, e información referida al conocimiento de los clientes). También se podría ordenar al tercero que revele la identidad del infractor⁴⁰.

³⁷ En Francia, por ejemplo, constituye un delito revelar a terceros los elementos de procedimientos penales en curso. Sin embargo, una vez que el proceso penal ha terminado, las partes civiles en el procedimiento penal pueden utilizar y divulgar los documentos relacionados en el proceso civil.

³⁸ En República Federal de Nigeria c. Santolina Investment Corp., Salomon & Peters y Diepreye Alamieyeseigha, la Unidad de Productos de la Corrupción de la Policía Metropolitana reunió información sobre los activos y las actividades corruptas de Alamieyeseigha en apoyo de sus propias investigaciones penales y en el marco de las solicitudes de asistencia judicial recíproca del Gobierno federal de Nigeria. Alamieyeseigha huyó al Reino Unido antes de que se pudiera iniciar el juicio y gozó de inmunidad judicial en Nigeria mientras estaba en su cargo. Nigeria inició procedimientos civiles en Inglaterra para recuperar sus activos. El Tribunal Superior de Inglaterra ordenó a la Policía Metropolitana que revelara a Nigeria la información recopilada durante las investigaciones penales previa confirmación de la Policía de que esa revelación no afectaría sus investigaciones.

³⁹ Algunas jurisdicciones restringen el uso (en sede civil) de las pruebas obtenidas en el extranjero en el marco de juicios penales. En un caso del Reino Unido, el Tribunal de Apelación concluyó que el hecho de que el material obtenido en virtud de la Ley (para la Cooperación Internacional) en Materia de Delitos de 2003 hubiera sido aportado en un juicio penal no lo hacía admisible en procedimientos no especificados en las solicitudes (de asistencia judicial recíproca) (*Family Law Week*, “Crown Prosecution Service & Anor v Gohil [2012] EWCA Civ 1550” [Fiscalía de la Corona y otro c. Gohil [2012], EWCA Civ 1550], Sentencias, Archivos de 2012, <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed105368>).

⁴⁰ Norwich Pharmacal Co. c. Oficina de Aduanas e Impuestos Específicos al Consumo [1974], AC 133 (Reino Unido).

En algunas jurisdicciones de derecho civil, el juez ordena la divulgación, y la solicitud puede presentarse sin seguir ninguna formalidad⁴¹. En otras, cualquier parte interesada puede solicitar en sede civil *inaudita parte* que se dicten órdenes para obtener pruebas antes de iniciar una acción civil. En las jurisdicciones de derecho anglosajón, las partes normalmente deben proporcionar a sus contrapartes todos los documentos pertinentes que tengan en su poder, y se puede solicitar al tribunal que ordene la divulgación de documentos en poder de terceros.

En algunas jurisdicciones, los tribunales pueden ordenar la divulgación de activos en todo el mundo (como se analiza en el recuadro 9.5 del capítulo 9). Para que esas órdenes de alcance mundial sean verdaderamente eficaces en la jurisdicción extranjera, deben ser también ejecutadas por tribunales extranjeros. Por lo general, esas órdenes se dictan sin notificar a la otra parte.

Para evitar que terceros, incluidos los bancos, informen a un demandado la existencia de una orden de divulgación, el tribunal puede dictar una orden mordaza (o “bozal legal”)⁴². Cualquier violación de la confidencialidad puede considerarse desacato. Los tribunales también pueden ordenar la divulgación de cuentas bancarias y su inmovilización antes de notificar el procedimiento a los demandados⁴³.

Órdenes de inmovilización

Las medidas cautelares o las órdenes de inmovilización se utilizan con frecuencia para congelar activos que se sospecha que son producto de delitos⁴⁴. Las órdenes de inmovilización también pueden obtenerse durante los procedimientos (para garantizar que el demandado tenga activos suficientes para cumplir una sentencia) o después de la sentencia (para hacer cumplir la decisión judicial).

Para obtener la orden, el solicitante debe cumplir determinados requisitos, que varían según la jurisdicción. En general, debe demostrar que la orden está justificada (se trata de un caso plausible) y que existe riesgo de desaparición de los activos. En algunos casos, también se le puede requerir que se comprometa a compensar al demandado por las pérdidas que este pueda sufrir si los tribunales concluyen que no deberían haber dictado la orden, o que garantice formalmente que otorgará dicha compensación. (Para consultar ejemplos de esos requisitos, véase el recuadro 10.13).

⁴¹ Código de Procedimiento Civil (Francia), art. 139.

⁴² Este mecanismo suele estar disponible en sistemas de derecho anglosajón.

⁴³ En algunas jurisdicciones, estas medidas se llaman órdenes “Bankers Trust” (en referencia al caso *Bankers Trust Co. c. Shapira* [1980], 1 WLR 1274).

⁴⁴ Se conocen a menudo como “medidas cautelares Mareva” en referencia al caso *Mareva Compania Naviera SA c. Int'l Bulk Carriers SA* [1980], 1 All ER 213, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (CA) (Reino Unido).

En Francia, los tribunales (denominados *juges de l'exécution*) pueden ordenar la inmovilización de activos (muebles o inmuebles, tangibles o intangibles) mientras se espera el resultado de un juicio cuando el solicitante demuestra que existe riesgo de desaparición de los activos. En el caso de los fondos depositados en cuentas bancarias, el solicitante debe demostrar que la orden estaría “justificada en principio” y que hay “peligro con respecto a la recuperación de los fondos.”

En Panamá, el demandante debe cumplir los requisitos de presentación básicos y depositar una fianza suficiente que será establecida por el tribunal. Además, debe asegurarse de que luego de la orden de congelamiento se inicien acciones legales contra el demandado. La orden de inmovilización permanece en vigor, salvo que no se cumplan estos requisitos. Cuando se dicta una sentencia que lo favorece, el demandante tiene derecho a cobrar de los activos congelados si el demandado no cumple con el pago establecido en la sentencia. Si, en cambio, el fallo favorece al demandado, por haberse demostrado la mala fe del demandante, la parte cuyos activos fueron congelados puede cobrar de la fianza depositada por el demandante.

En el Reino Unido, el solicitante debe demostrar que se trata de un caso justificado y plausible, presentar pruebas suficientes para identificar y localizar los activos, y demostrar que existe un riesgo real de que desaparezcan los activos. Además, debe comprometerse a compensar al demandado por las pérdidas que este pueda sufrir si los tribunales concluyen que no deberían haber dictado la orden de inmovilización.

Tanto en las jurisdicciones de derecho civil como en las de derecho anglosajón, las partes pueden presentar solicitudes sin notificación a la contraparte (*inaudita parte*) a fin de evitar dar aviso al titular de los activos y que se corra el riesgo de que estos desaparezcan. En algunas jurisdicciones, esto exige que el solicitante revele de manera completa y franca todos los elementos fácticos y las pruebas que tenga en su poder⁴⁵. En otras se requiere demostrar que existe riesgo de desaparición de activos en caso de notificación.

En algunas jurisdicciones se permite que los tribunales emitan órdenes de inmovilización de alcance mundial que abarquen activos tanto en la propia jurisdicción como en jurisdicciones extranjeras, y que puedan afectar a demandados que no residan en la jurisdicción (como se analiza, en relación con el Reino Unido, en el recuadro 9.5 del capítulo 9)⁴⁶. Como ocurre con las órdenes de divulgación de alcance mundial antes mencionadas, para que las órdenes de inmovilización de alcance mundial sean verdaderamente eficaces en la jurisdicción extranjera deben ser ejecutadas por los

⁴⁵ Estos requisitos se aplican en el Reino Unido (Ministerio de Justicia del Reino Unido, normas de procedimiento civil, instrucciones prácticas, medidas cautelares de congelamiento, https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a).

⁴⁶ En el caso *Mareva Compania Naviera SA c. Int'l Bulk Carriers SA*, 1 All ER en 213, y 2 Lloyd's Rep. en 509, el tribunal incluyó los activos situados tanto en Inglaterra como en jurisdicciones extranjeras.

tribunales extranjeros. Puede determinarse que los demandados o los terceros (incluidos bancos o abogados) a los que se notifique cometen desacato al tribunal por no cumplir estas órdenes, y las posibles sanciones aplicables incluyen el encarcelamiento, multas o la incautación de activos.

Una víctima de corrupción también puede emplear la herramienta denominada “Mareva por carta”, mediante la cual se advierte a un tercero custodio o tenedor de activos que estos podrían ser producto de la corrupción⁴⁷. Dicha notificación da lugar a la inmediata inmovilización de los activos, y evita el largo y costoso proceso de solicitar al tribunal que los inmovilice. Funciona instando a que se cumplan los requisitos de diligencia debida y de presentación de informes con que cuentan las instituciones financieras y algunas empresas no financieras para detectar y prevenir el lavado del producto del delito. Recibir una notificación de que el titular formal o el titular real de una cuenta (que no es ni el custodio actual ni el tenedor de los activos) atesora fondos provenientes del delito suele ser suficiente para que la institución financiera o comercial emita un reporte de actividad sospechosa y congele los fondos; de lo contrario, se expondría a que la consideren responsable en calidad de cómplice del delito.

Una Mareva por carta puede realizarse enviando al custodio o titular actual de los activos una carta en la que se le notifique que los bienes del beneficiario efectivo o real son producto del delito, y se le advierta que puede ser responsable civil o penal (o ambos) en calidad de cómplice si los activos se enajenan o transfieren. La carta debe ir acompañada de pruebas suficientes del vínculo entre el beneficiario efectivo o real y la actividad delictiva a fin de proporcionar al tercero tenedor suficiente justificación para inmovilizar los activos.

En algunos casos, el demandante puede beneficiarse de la inmovilización de los activos que ha tenido lugar en el marco de lo dispuesto en la legislación penal (recuadro 10.14).

Órdenes de allanamiento e incautación

En algunos procesos civiles, el abogado del demandante está autorizado para ingresar en las dependencias con el fin de preservar pruebas que podrían ser destruidas (en las jurisdicciones de derecho anglosajón, esto también se conoce como “orden Anton Piller”). Si bien es posible que en algunas jurisdicciones de derecho civil se utilicen conceptos legales similares con distintas denominaciones y reglas, las jurisdicciones de derecho anglosajón ofrecen una mayor cantidad de instrumentos jurídicos para estas situaciones.

⁴⁷ Véase también Martin S. Kenney (2006), “‘Mareva by Letter’—Preserving Assets Extra-Judicially—Destroying a Bank’s Defense of Good Faith by Exposing It to Actual Knowledge of a Fraud” (“Mareva por carta”: La preservación extrajudicial de activos. Frustrar la defensa de buena fe de una entidad bancaria demostrando que esta conocía efectivamente la existencia de fraude), biblioteca jurídica de *Martindale*, 27 de noviembre de 2006, http://www.martindale.com/international-law/article_Martin-Kenney-Co._258798.htm.

RECUADRO 10.14

Región Administrativa Especial de Macao (China): El caso Ao Man Long

En 2008, Ao Man Long, exministro de Transporte y Obras Públicas de la Región Administrativa Especial de Macao (China), fue declarado culpable de delitos de corrupción que ascendían a unos HKD 800 millones (800 millones de dólares de Hong Kong) (aproximadamente USD 103 millones). Se lo condenó a 27 años de prisión y se emitió una orden de confiscación de alrededor de HKD 250 millones (unos USD 32 millones).

Un monto considerable del producto de los sobornos se había depositado en cuentas radicadas en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China). Aunque no hubo acuerdo de asistencia judicial recíproca entre las jurisdicciones, las autoridades de la Región Administrativa Especial de Macao (China) se valieron de canales informales (la Comisión Independiente contra la Corrupción de la Región Administrativa Especial de Hong Kong [China]) para inmovilizar los fondos y obtener órdenes de allanamiento.

Dado que los canales de asistencia judicial recíproca no estaban disponibles para recuperar los fondos, posteriormente la Región Administrativa Especial de Macao (China) entabló una demanda civil por más de HKD 230 millones (alrededor de USD 30 millones). La orden de inmovilización original, obtenida en el marco de la legislación antisoborno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China), siguió vigente a pesar de que no se había iniciado un proceso penal en dicha jurisdicción.

Fuente: Young, 2009.

En algunas jurisdicciones, los tribunales pueden otorgar ese tipo de órdenes si existen pruebas claras *prima facie* de que los documentos incriminatorios se encuentran en poder del demandado y de que existe la posibilidad real de que ese material sea destruido. También pueden dictarlas si se determina que las actividades del demandado causan o pueden causar daños graves a los intereses del demandante⁴⁸.

10.4 Últimos procedimientos

En muchos casos, las partes en conflicto deciden resolver el asunto antes o después de que comiencen los procedimientos judiciales. Ambos lados suelen tener un fuerte

⁴⁸ Las solicitudes de órdenes de allanamiento (así como de órdenes de congelamiento) que se presentan a los jueces competentes deben estar respaldadas por declaraciones juradas. Las solicitudes urgentes pueden realizarse sin previo aviso e incluso antes de que se haya emitido un formulario de reclamación. Cuando no sea posible organizar una audiencia, las solicitudes también pueden realizarse por teléfono o enviando un fax a un juez de turno. Véase Ministerio de Justicia del Reino Unido, *Civil Procedure Rules, Freezing and Search Orders and Practice Direction 25A (Supplements)* (Reglas de procedimiento civil, órdenes de congelamiento y allanamiento, e instrucción práctica 25A [suplementos]), párr. 4.5. Para obtener información adicional, véase *Practice Direction 25A – Interim Injunctions* (Instrucción práctica 25A: Medidas cautelares) (consultado en diciembre de 2018), https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a.

incentivo para resolver el tema a fin de evitar los costos (como los honorarios de abogados y peritos), el tiempo y el estrés relacionados con un juicio, y de mantener cierto control sobre el monto final. Las autoridades deben verificar que los acuerdos no incluyan una renuncia a futuras reclamaciones relacionadas con los activos que no se revelaron totalmente en el momento de la celebración.

De lo contrario, las partes deberán esperar a que el tribunal dicte sentencia, lo que puede suceder al final del juicio. Se puede solicitar al tribunal que dicte una sentencia sumaria si la jurisdicción que busca obtener una reparación ofrece pruebas contundentes y los demandados no presentan una defensa razonable. Del mismo modo, pueden obtenerse sentencias en rebeldía cuando los demandados no cumplan con las órdenes judiciales en las que se piden explicaciones detalladas sobre los hechos y documentos. Tanto las sentencias sumarias como las dictadas en rebeldía permiten a los tribunales acortar el proceso y tomar decisiones sin necesidad de un juicio completo.

En las acciones civiles, es mucho menos probable que la ausencia del demandado sea un obstáculo para la resolución de un caso que en una acción penal. Sin embargo, puede complicar la ejecución en jurisdicciones extranjeras (recuadro 10.15).

RECUADRO 10.15

Ejecución de resoluciones judiciales cuando el demandado no está presente en el procedimiento

En el caso *Oficina del Procurador General de Zambia c. Meer Care & Desai y otros* (2007)^a, se interpuso una acción civil en el Reino Unido contra el expresidente de Zambia Frederick Chiluba y sus asociados en ese país. (Para consultar más detalles sobre este caso, véanse el recuadro 10.3 y el recuadro 1.4 del capítulo 1). Dado que las condiciones de la fianza obligaban a los demandados a permanecer en Zambia, el tribunal tomó medidas especiales para abordar la situación, como, por ejemplo, designar a un examinador especial en Zambia para analizar las pruebas y, para los procedimientos en Londres, disponer un enlace de video en directo entre Londres y Zambia, y el registro diario de las transcripciones.

El Tribunal Superior de Londres se presentó en favor del procurador general de Zambia, que posteriormente registró la sentencia ante el Tribunal Superior de Lusaka, en Zambia. El expresidente de Zambia solicitó que se desestimara la sentencia, alegando que no había podido participar de las audiencias en Londres y que no se le había dado la oportunidad de ser escuchado por la Asamblea Nacional de Zambia (que lo había despojado de su inmunidad contra el enjuiciamiento penal en ese país). En 2010, la Corte Suprema de Zambia rechazó la solicitud de Chiluba sobre la base de que se habían adoptado suficientes medidas.

a. *Oficina del Procurador General de Zambia c. Meer Care & Desai y otros* [2007], EWHC 952 (Ch.) (Reino Unido).

10.5 Procesos de insolvencia formales

Los procesos de insolvencia son recursos colectivos. Por lo tanto, no se dispone la recuperación de activos a favor de un único acreedor (o víctima). Pese a ello, el hecho de que los regímenes de insolvencia formales proporcionen herramientas poderosas para la investigación, la conservación y la recuperación de activos a menudo compensa la índole colectiva de estos procedimientos (Brun y Silver, 2019).

El proceso suele seguir un patrón estándar, aunque este puede variar según la jurisdicción. Cuando un juez declara el estado de insolvencia, se designa a un representante del proceso de insolvencia para que tome control del deudor y de sus activos. En casos de corrupción, el deudor es el funcionario corrupto o autor del delito, o el vehículo corporativo utilizado para poder llevar a cabo la actividad corrupta (por ejemplo, una sociedad fantasma). En muchos procesos de insolvencia formales, cuando se ha designado un representante del proceso de insolvencia se aplica una moratoria automática respecto de la desaparición de los activos. En consecuencia, si el autor de un delito tiene activos dentro de la jurisdicción en la que se ha declarado la quiebra, los regímenes de insolvencia evitarán que sigan desapareciendo activos. Los profesionales que participan en la recuperación de activos pueden adoptar las medidas legales que se exijan en su jurisdicción para reclamar activos en calidad de legítimos propietarios y evitar que se los liquide en beneficio de otros acreedores.

El efecto de la moratoria a nivel internacional es a menudo complejo, pero la existencia de regímenes internacionales, como el reglamento del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia⁴⁹ y la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL [CNUDMI], 2014), suele permitir esta paralización de los procesos con efecto extraterritorial. Los profesionales intervinientes también deben leer esta sección teniendo en mente la sección 5.8 del capítulo 5, relativa a los intereses de terceros en el caso de medidas provisionales.

Una vez declarada la insolvencia, el representante del proceso puede acceder a las cuentas bancarias, los expedientes judiciales y los registros contables del deudor, lo que le permite detectar dónde se encuentran los fondos robados, realizar las reclamaciones legales apropiadas y liquidar activos según lo considere adecuado a fin de devolver el dinero al patrimonio del cual fue sustraído. Es probable que los esfuerzos de dicho funcionario para recuperar los activos deban coordinarse con los que realicen los fiscales penales.

Las atribuciones de investigación suelen incluir la posibilidad de contrainterrogar a la parte en quiebra y a los directores de la entidad insolvente, así como a cualquier persona que posea información relacionada con la persona o entidad (incluidos contadores y

⁴⁹ *Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (para procesos iniciados antes del 26 de junio de 2017), y Reglamento (UE) n.º 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.*

abogados). Se trata de atribuciones muy amplias que normalmente se otorgan a través de órdenes judiciales. En muchos casos, también están respaldadas por la capacidad de arrestar o encarcelar a aquellos deudores que se resistan a la autoridad. Asimismo, suelen comprender la facultad de exigir la exhibición de libros y registros, incluidos los de abogados y bancos. Los privilegios legales de la persona declarada en quiebra o de la entidad insolvente se suelen anular, lo que impide que el autor de un delito pueda utilizar a sus asesores legales para ocultarse tras ellos.

Por lo general, la definición de propiedad de una persona declarada en quiebra o de una entidad insolvente se interpreta de manera amplia, de forma que no solo incluya bienes tangibles, sino también bienes intangibles y cualquier activo que sea producto rastreable de esa propiedad. Los funcionarios que intervienen en el proceso de insolvencia⁵⁰ y los acreedores o socios comerciales también pueden plantear reclamaciones específicas para recuperar activos, algunas de las cuales revisten carácter exclusivo. Algunos ejemplos de tales reclamaciones pueden ser reclamaciones por tratos preferenciales, transacciones realizadas por debajo de su valor y comercio ilícito o fraudulento. Por caso, puede ocurrir que un deudor, sabiendo que su estado de insolvencia era inminente, haya pagado a algunos acreedores, dándoles así un trato preferencial, o haya realizado transacciones por un menor precio a fin de garantizar beneficios a algunos de sus socios comerciales en perjuicio de otros acreedores. Las vías de acción para tales reclamaciones suelen incluir la capacidad de deshacer transacciones, revertir transferencias de bienes efectuadas a terceros y anular derechos de garantía.

En 2015, se recurrió con éxito a los procesos de insolvencia para perseguir activos robados en una trama de corrupción oficial en Brasil. El exalcalde de São Paulo fue condenado por fraude a los contribuyentes luego de que las autoridades determinaron que había desviado aproximadamente el 20 % de los fondos destinados a la construcción de una carretera alrededor de la ciudad. Gran parte del efectivo se había lavado mediante intermediarios de divisas no habilitados, se había depositado en cuentas bancarias en varios estados de Estados Unidos y se había transferido a dos empresas privadas constituidas en las Islas Vírgenes Británicas para que lo controlaran. Luego de descubrir la trama, los Gobiernos de Brasil y São Paulo demandaron exitosamente a las dos empresas. Posteriormente, solicitaron derechos de acreedores ante un tribunal de las Islas Vírgenes Británicas para que se designaran representantes del proceso de insolvencia. El tribunal estuvo de acuerdo y designó representantes para que asumieran el control de las empresas. Dichos funcionarios pudieron acceder de inmediato a los registros y testigos, lo que les permitió reconstruir los activos a partir de lo robado para poder restituirlos a los contribuyentes en Brasil.

En el caso de la insolvencia de Banco Santos, en Brasil, se estableció un importante precedente al aplicar el derecho brasileño a los conflictos entre los derechos de los

⁵⁰ Dichas reclamaciones podrían ser presentadas por fiduciarios, administradores, liquidadores, representantes del proceso de insolvencia o funcionarios similares que hacen que muchos sistemas de insolvencia funcionen adecuadamente en los casos de insolvencia.

acreedores y el interés del Estado en la confiscación. En algunos casos, hay conflicto entre los intereses de a) las víctimas de delitos penales cometidos durante la administración de la entidad en quiebra, y b) los acreedores de esta entidad. Según la legislación brasileña, los fondos o activos deben beneficiar, en primer lugar, a las víctimas, y solo se satisface a los acreedores con los activos restantes. El tribunal penal y el tribunal de concursos y quiebras concluyeron y ejecutaron un acuerdo sobre cómo coordinar ambas acciones de los tribunales para garantizar que se reembolsara en primer lugar a las víctimas de delitos penales.

Bibliografía

- Asner, Marcus A., and Gillian L. Thompson. 2013. “Restitution from the Victim’s Perspective: Recent Developments and Future Trends.” *Federal Sentencing Reporter* 26 (1): 59–66. https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2013/10/restitution-from-the-victims-perspectiverecent-d__.
- Brun, Jean-Pierre, Pascale Helene Dubois, Emile van der Does de Willebois, Jeanne Hauch, Sarah Jaïs, Yannis Mekki, Anastasia Sotiropoulou, Katherine Rose Sylvester, and Mahesh Uttamchandani. 2015. *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank and United Nations Office on Drugs and Crime. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/964411468127796449/pdf/Public-wrongs-private-actions-civil-lawsuits-to-recover-stolen-assets.pdf>.
- Brun, Jean-Pierre, and Molly Silver. 2019. *Going for Broke: Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/publications/going-broke>.
- Civil Law Convention on Corruption. Council of Europe Treaty No. 174 (opened April 11, 1999; entered into force January 11, 2003), Strasbourg, France. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f6>.
- CRS (Congressional Research Service). 2018. “The Alien Tort Statute (ATS): A Primer.” Report No. R44947, CRS, Washington, DC. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44947/4>.
- Davis, Kevin E. 2009. “Civil Remedies for Corruption in Government Contracting: Zero Tolerance versus Proportional Liability.” International Law and Justice Working Paper 2009/4, New York University of Law. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1393326.
- De Michele, Roberto, Joan Prats, and Isaías Losada Revol. 2018. “Effects of Corruption on Public-Private Partnership Contracts: Consequence of a Zero-Tolerance Approach.” Discussion Paper No. IDB DP 625, Inter-American Development Bank, Washington, DC. <https://publications.iadb.org/en/effects-corruption-public-private-partnership-contracts-consequences-zero-tolerance-approach>.
- Deming, Stuart H. 2010. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*. 2nd ed. Chicago: American Bar Association.

- Mena, Teresa Tovar, and Viviana Chávez Bravo. 2019. "Peru." In *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review, 8th ed.*, edited by Mark F. Mendelsohn, 245–57. London: Law Business Research Ltd. <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-edition-8/1210835/peru>.
- Messick, Richard E. 2016. "Legal Remedies for Victims of Bribery under U.S. Law." Paper, Legal Remedies for Grand Corruption series, Open Society Foundations, New York. https://www.justiceinitiative.org/uploads/58dc15ea-f2c9-4bfa-894f-0d007145b230/legal-remedies-5-messick-20160601_1.pdf.
- Meyer, Olaf, ed. 2009. *The Civil Law Consequences of Corruption*. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlag.
- Ministry of Justice (UK). 2011. "The Bribery Act of 2010: Guidance about Procedures which Relevant Commercial Organisations Can Put into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing." Guidance document, UK Ministry of Justice, London. <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.
- Oduor, Jacinta Anyango, Francisca M. U. Fernando, Agustin Flah, Dorothee Gottwald, Jeanne M. Hauch, Marianne Mathias, Ji Won Park, and Oliver Stolpe. 2014. *Left Out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/9781464800863.pdf>.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) and World Bank. 2012. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A Joint OECD–StAR Analysis*. Rev. ed. Paris: OECD. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174801-en.pdf?expires=1600641659&id=id&accname=guest&checksum=337609114C09DBA4A84487B212880DF3>.
- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD Anti-Bribery Convention) (adopted 1997; entered into force 1999), Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris. http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.
- Raeschke-Kessler, Hilmar, and Dorothee Gottwald. 2008. "Corruption." In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, 584–616. Oxford: Oxford University Press.
- Spalding, Andrew B. 2014. "Corruption, Corporations, and the New Human Right." *Washington University Law Review* 91 (6): 1365–1428. https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6100&context=law_lawreview.
- UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). 2014. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*. New York: United Nations. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.
- United Nations Convention against Corruption (UNCAC), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.

- Vega, Matt A. 2010. "Balancing Judicial Cognizance and Caution: Whether Transnational Corporations Are Liable for Foreign Bribery under the Alien Tort Statute." *Michigan Journal of International Law* 31 (2): 385–447. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol31/iss2/4/>.
- Young, Simon N. M. 2009. "Why Civil Actions against Corruption?" *Journal of Financial Crime* 16 (2): 144–59. https://www.researchgate.net/profile/Simon_Young7/publication/235310574_Why_civil_actions_against_corruption/links/57e3101e08aedde5f3659fe8/Why-civil-actions-against-corruption.pdf.

11. Procedimientos de confiscación nacionales iniciados en jurisdicciones extranjeras

11.1 Observaciones preliminares

Es posible que, en algunas circunstancias, los profesionales intervinientes no puedan obtener una orden de confiscación penal interna o sin condena, o la ejecución en el extranjero de conformidad con una solicitud de asistencia judicial recíproca y un proceso civil. Pueden surgir problemas en el marco jurídico; obstáculos jurídicos (como inmunidades, plazos de prescripción o rechazo de la extradición), o falta de recursos o de voluntad política¹. (Para obtener una descripción de estos obstáculos, véase la sección 2.8 del capítulo 2).

En esos casos —y cuando los delitos involucren a otras jurisdicciones (como ocurre en el caso del cohecho o del lavado del producto de la corrupción)—, los profesionales intervinientes pueden decidir apoyar los esfuerzos que una autoridad extranjera realice por perseguir los activos, sea presentando acusaciones penales o mediante una confiscación sin condena o iniciando procedimientos civiles contra aquellas personas o activos sobre los que tengan jurisdicción. Como alternativa, una autoridad extranjera podría decidir iniciar independientemente una confiscación penal o sin condena o un procedimiento civil.

En especial, la confiscación o la “restitución” de beneficios derivados de contratos gubernamentales adjudicados en virtud de actos de corrupción suelen ser solicitadas por la jurisdicción donde la sociedad beneficiaria está inscrita o constituida, o donde tiene sus operaciones comerciales principales, más que por la jurisdicción que adjudicó el contrato. En este contexto, es posible que a la jurisdicción requirente (es decir, la que adjudicó el contrato) le resulte muy difícil demostrar que tiene título o derechos de propiedad previos sobre estos beneficios, ya que estos nunca fueron propiedad del Gobierno. En este caso, el Gobierno que pretende una reparación puede considerar la posibilidad de reclamar una indemnización o restitución incorporándose a procesos iniciados en la jurisdicción que lleva adelante las acciones legales².

¹ Por ejemplo, en el caso del vicepresidente de Guinea Ecuatorial Teodoro Obiang (véase el recuadro 2.10 del capítulo 2), Guinea Ecuatorial inició una acción contra Francia ante la Corte Internacional de Justicia por violación de la inmunidad diplomática concedida a Obiang.

² Desde luego, en este caso, la jurisdicción requirente también puede decidir iniciar sus propios procedimientos de confiscación o restitución y enviar solicitudes de asistencia judicial recíproca para que se ejecuten sus órdenes judiciales.

Cuando una jurisdicción extranjera impulsa un procedimiento civil o de confiscación contra una persona investigada o activos ubicados en su territorio, la autoridad en la jurisdicción donde los delitos de corrupción se cometieron efectivamente “pierde control” sobre el caso, salvo que su Estado intervenga como parte civil o demandante privado (como también se analiza en los recuadros 11.4 y 11.5). Dado que el caso es un procedimiento nacional que se lleva adelante en una jurisdicción extranjera, la jurisdicción perjudicada por la corrupción carece de autoridad para decidir el curso del procedimiento o cómo se debe dirigir el caso. Posee una legitimación limitada (si fuera el caso) y cuenta con menos opciones para la recuperación de activos. Por ello, los profesionales intervinientes suelen elegir este método solo cuando han analizado o intentado todos los demás mecanismos, incluidos la confiscación penal o sin condena local (y su ejecución tras una solicitud de asistencia judicial recíproca) o procedimientos civiles.

La elección proactiva de este enfoque dependerá de una serie de factores que deberán verificarse desde el principio (véase el capítulo 2, referido a la elaboración de una estrategia) utilizando mecanismos de cooperación formal e informal. Entre los factores que deben abordarse se incluyen los siguientes:

- la capacidad y disposición de la jurisdicción extranjera para llevar adelante procedimientos de investigación y confiscación;
- el compromiso de la jurisdicción perjudicada por los delitos de corrupción de proporcionar la asistencia judicial recíproca solicitada en los procedimientos extranjeros;
- un acuerdo de restitución de activos.

11.2 Jurisdicción

La autoridad extranjera debe tener jurisdicción para investigar y juzgar el delito. Los tratados internacionales exigen a los Estados parte la adopción de medidas que establezcan una jurisdicción amplia sobre los delitos de corrupción, o los alientan a adoptar ese tipo de medidas³. Los Estados parte de la UNCAC, por ejemplo, deben tener competencia sobre los delitos de corrupción que cometan dentro de su territorio alguno de sus ciudadanos o personas apátridas que tengan residencia habitual allí, o que se cometan dentro de su territorio contra alguno de sus ciudadanos o dichas personas apátridas⁴. Cuando se aplique el principio de “extradición o procesamiento”

³ UNCAC (art. 42), UNTOC (art. 15) y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 4). Véanse también la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (“Convención Anticohecho de la OCDE”), art. 4; y la recomendación 3 (“Delito de lavado de activos”) del GAFI (FATF [GAFI], 2019).

⁴ UNCAC, art. 42. Los delitos contemplados en la UNCAC incluyen el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (arts. 15 y 16); la malversación, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario público (art. 17), y la adquisición, posesión o utilización, a sabiendas, de bienes producto del delito y del blanqueo de dinero (art. 23). Entre los posibles delitos sobre los cuales la UNCAC recomienda legislar a los Estados parte se encuentran el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito y los sobornos o la malversación en el sector privado.

(que se describe en el recuadro 11.4), la jurisdicción se establecerá mediante la delegación de los procedimientos legales.

En los casos que no involucran a ciudadanos y en que solo alguno de los elementos del delito se cometa en perjuicio de una jurisdicción extranjera, aún sería posible establecer la competencia (véase también el recuadro 2.10 del capítulo 2). Algunas autoridades reclamarán la competencia incluso cuando solo existan actos periféricos relacionados con un delito que hayan tenido puntos de contacto con sus territorios. (En el recuadro 11.1 se analizan diversas formas innovadoras de establecer la competencia).

RECUADRO 11.1

Establecer jurisdicción cuando se han producido pocos actos en el territorio

Establecer jurisdicción puede resultar difícil en los casos que no involucran a ciudadanos y en que solo algunos de los elementos de un delito se han cometido en una determinada jurisdicción o contra ella. Sin embargo, muchos países han encontrado formas innovadoras de hacerlo. Aquí presentamos algunos de los factores que han tenido en cuenta:

- *Operaciones financieras en el territorio.* La Corte Suprema de Estados Unidos ha mantenido las condenas de demandados que utilizaron transferencias entre países para ejecutar un esquema cuyo fin era defraudar a un Gobierno extranjero en materia de ingresos tributarios^a.
- *Origen de las actividades.* En Brasil, una llamada telefónica, un fax o un correo electrónico enviado desde Brasil sería suficiente para establecer su jurisdicción sobre un acto de cohecho de un funcionario público extranjero.
- *Vínculos con otros delitos cometidos en el territorio.* En Francia, se puede establecer la jurisdicción sobre delitos cometidos en una jurisdicción extranjera si los delitos en cuestión pueden relacionarse con delitos cometidos en Francia^b.
- *Delitos de lavado de dinero.* Los países pueden establecer jurisdicción sobre delitos de lavado de dinero si los activos o sustitutos de activos que se sospeche que proceden de un delito se encuentran en su jurisdicción (recuadro 11.3).
- *Transferencias de moneda nacional (incluso fuera del territorio).* En 2009, el Departamento de Justicia de Estados Unidos inició una acción de confiscación contra el producto del soborno que una empresa extranjera pagó (en Singapur, con moneda estadounidense) al hijo del ex primer ministro de Bangladesh^c. Argumentó con éxito que la transferencia de moneda estadounidense entre instituciones financieras fuera de Estados Unidos se había realizado a través de bancos corresponsales de ese país. Otro elemento que también permitió establecer jurisdicción fue el hecho de que la empresa extranjera que pagó el soborno estaba registrada

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.1**Establecer jurisdicción cuando se han producido pocos actos en el territorio (continuación)**

en la Bolsa de Nueva York y se regía por las leyes y regulaciones de Estados Unidos.

- *Delitos contra los intereses nacionales.* Los extranjeros son responsables penales por los delitos cometidos fuera de Ucrania si cometen delitos graves contra los derechos y libertades de los ciudadanos ucranianos o contra los intereses de ese país.

a. Pasquantino c. Estados Unidos, 544 U.S. 349 (2005). Además, el Departamento de Justicia de Estados Unidos reivindicó su competencia sobre Bridgestone, empresa cuya sede principal se encuentra en Japón, por violaciones a la FCPA y a la Ley Sherman, sobre la base de mensajes de correo electrónico intercambiados entre Japón y Estados Unidos en relación con una trama de sobornos. Véase Estados Unidos c. Bridgestone Corp., n.º 11-651, Información (S.D. Tex., 2011), <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/10/18/09-15-11bridgestone-information.pdf>.

b. Tribunal de Casación, 23 de abril de 1981.

c. Título 18 del Código de Estados Unidos, art. 981a) 1) C): cualquier bien, mueble o inmueble, que sea producto rastreado de una violación o que derive de ese producto [...].

La mayoría de las leyes extienden la jurisdicción más allá de sus ciudadanos para incluir a las empresas constituidas (o simplemente activas) en la jurisdicción por actos de cohecho cometidos en otra jurisdicción. En el recuadro 11.2 se presentan fundamentos en favor de esa jurisdicción en el Reino Unido y Estados Unidos⁵.

RECUADRO 11.2**Establecimiento de jurisdicción sobre ciudadanos en el Reino Unido y en Estados Unidos****Reino Unido**

En el Reino Unido, la Ley de Sobornos de 2010 impone sanciones penales a organizaciones o empresas cuyos empleados, filiales, agentes o consultores paguen sobornos en el contexto de las actividades comerciales de esa organización o empresa en cualquier lugar del mundo. Un banco extranjero que opera a través de una pequeña sucursal en Londres será penalmente responsable si un empleado, un agente o una filial paga un soborno en cualquier país, aun cuando el soborno no sea aprobado por la sucursal del Reino Unido ni se pague a través de ella. La mera existencia de la sucursal dará competencia a los fiscales y tribunales del Reino Unido. En el artículo 7 de la mencionada ley se establece lo que ocurre en caso de que las organizaciones comerciales no eviten los sobornos: el delito es cometido por una "organización comercial relevante" si una persona relacionada con ella paga a otra un soborno con el objeto de obtener o conservar un negocio o una ventaja en la realización del negocio a favor de la organización.

(continúa en la página siguiente)

⁵ De los 38 Estados parte de la OCDE, 37 tienen jurisdicción sobre ciudadanos y empresas.

La Oficina de Fraudes Graves acusó y condenó a Sweett Group por un delito en virtud del artículo 7 de la Ley de Sobornos. Se determinó que la empresa era responsable, ya que su filial en Chipre (Cyril Sweett International) había efectuado pagos corruptos a un ciudadano no inglés (Khaled Al Badie, vicepresidente de la Junta Directiva y presidente del Comité de Inmuebles e Inversiones de Al Ain Ahlia Insurance) para obtener un contrato de construcción de un hotel en Dubái^a.

Estados Unidos

En Estados Unidos, la FCPA establece jurisdicción en tres situaciones:

- En los casos relativos a emisores, sobre funcionarios, directores, empleados o agentes o cualquier accionista de los antedichos que actúe en nombre [revisado según el artículo 30A de la Ley de Bolsa y Valores de 1934 (título 15 del Código de Estados Unidos, art. 78dd-1)] de una sociedad que emita títulos valores registrados en Estados Unidos.
- En los casos que generen inquietud en el ámbito nacional, sobre cualquier persona jurídica establecida de acuerdo con las leyes de Estados Unidos o cuya sede central se encuentre en ese país, y sobre cualquier ciudadano estadounidense, por actos relacionados con un pago corrupto, incluso si esos actos se realizaron fuera de Estados Unidos.
- Con respecto a la jurisdicción territorial, sobre empresas o ciudadanos extranjeros que sean funcionales a la realización de un pago corrupto mientras se encuentren dentro del territorio de Estados Unidos.

En una acción en virtud de la FCPA iniciada contra Alcatel-Lucent, la empresa de telecomunicaciones con casa matriz en París y tres de sus filiales acordaron pagar más de USD 137 millones para resolver los cargos presentados por la Comisión de Bolsa y Valores y el Departamento de Justicia de Estados Unidos^b. Según la demanda de la Comisión de Bolsa y Valores, Alcatel pagó sobornos directa o indirectamente a funcionarios gubernamentales extranjeros para obtener contratos en Costa Rica, Honduras, Malasia y Taiwán (China) utilizando el correo y otros medios y vehículos del comercio interestatal de Estados Unidos y realizando pagos ilegales a través de bancos estadounidenses^c.

En virtud de la FCPA, los funcionarios extranjeros que reciben pagos corruptos están exentos de ser procesados. Sin embargo, sí se los puede procesar por lavado de dinero en relación con el pago si de alguna manera Estados Unidos tiene jurisdicción sobre el delito de lavado de dinero.

Además, se puede procesar a un funcionario extranjero que recibe un pago corrupto en virtud de la Ley de Viajes de 1961 (título 18 del Código de Estados Unidos, art. 1952) o por fraude cablegráfico o postal (título 18 del Código

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.2**Establecimiento de jurisdicción sobre ciudadanos en el Reino Unido y en Estados Unidos (continuación)**

de Estados Unidos, arts. 1341 y 1343) y leyes relacionadas, aun cuando no se lo pueda juzgar en virtud de la FCPA.

La legislación también puede utilizar delitos de lavado de dinero definidos en sentido amplio para establecer jurisdicción; por ejemplo, leyes que permitan que el delito subyacente de lavado de dinero se haya cometido en otra jurisdicción, como lo disponen los estándares del GAFI. (En el recuadro 11.3 se presentan los fundamentos de esa jurisdicción en cinco países). En algunas jurisdicciones, las autoridades procesarán los delitos secundarios cometidos en el propio país con el objetivo de preparar o promover actos de corrupción cometidos en otra jurisdicción (por ejemplo, asociación ilícita, recepción de activos derivados de actividades delictivas y complicidad)^d. Por último, en algunas jurisdicciones se permite entablar procedimientos de confiscación sin condena contra cuentas corresponsales de bancos extranjeros en las que se mantengan fondos ilícitos en una cuenta de un cliente en el extranjero^e.

a. Véanse Oficina de Fraudes Graves (2016), *Sweett Group PLC Sentenced and Ordered to Pay £2.25 Million after Bribery Act Conviction* (Sentencia contra Sweett Group PLC, condenada a pagar GBP 2,25 millones por violar la Ley de Sobornos), comunicado de prensa, 19 de febrero de 2016, <https://www.sfo.gov.uk/2016/02/19/sweett-group-plc-sentenced-and-ordered-to-pay-2-3-million-after-bribery-act-conviction/>; y Oficina de Fraudes Graves, "Sweett Group", Información de casos (modificado por última vez el 12 de mayo de 2016), <https://www.sfo.gov.uk/cases/sweett-group/>.

b. Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (2010), *SEC Charges Alcatel-Lucent with FCPA Violations* (La SEC acusa a Alcatel-Lucent de violar la FCPA), comunicado de prensa, 27 de diciembre de 2010, <https://www.sec.gov/news/press/2010/2010-258.htm>.

c. Véase Comisión de Bolsa y Valores c. Alcatel-Lucent, SA, caso n.º 10-cv-24620 (S.D. Florida, 2010), Demanda (párr. 64), <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21795.pdf>.

d. Por ejemplo, las autoridades francesas pueden presentar cargos contra una persona extranjera por participar en una asociación ilícita con la intención de llevar adelante una operación de lavado de dinero en Francia aunque la persona no haya cometido el acto delictivo efectivo en Francia (Tribunal de Casación, 20 de febrero de 1990).

e. En virtud del título 18 del Código de Estados Unidos, artículo 981 k), los tribunales estadounidenses son competentes para ordenar la confiscación de fondos ubicados en una cuenta corresponsal de un banco extranjero en Estados Unidos que sean equivalentes al monto del producto ilícito depositado por un cliente en el banco extranjero. La disposición suele utilizarse solo cuando la jurisdicción extranjera no puede proporcionar asistencia judicial recíproca para inmovilizar y confiscar esos activos, o no está dispuesta a hacerlo.

En el recuadro 11.3 se ofrecen ejemplos de cómo se establece la jurisdicción para juzgar delitos de lavado de dinero en varios países.

RECUADRO 11.3**Jurisdicción para juzgar los delitos de lavado de dinero en Brasil, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza*****Brasil***

En Brasil, la Ley Federal n.º 9613 del 3 de marzo de 1998 fue modificada por la Ley Federal n.º 12683 de 2012, que adoptó un concepto amplio de lavado de dinero al eliminar la lista de delitos subyacentes. Gracias a este cambio legislativo, Brasil cuenta con una jurisdicción de un mayor alcance para poder asistir a las víctimas extranjeras.

(continúa en la página siguiente)

Francia

En Francia, los tribunales han condenado a demandados de recibir fondos procedentes de delitos cometidos en el extranjero cuando las pruebas circunstanciales demostraron que sabían o debían haber sabido que el activo era de origen ilegal^a. El Código Penal francés, en su artículo 321-1, tipifica como delito el *recel*, es decir, recibir, conservar, ocultar o transferir artículos mal habidos o actuar como intermediario en esas operaciones, a sabiendas de que los artículos se obtuvieron mediante un delito grave o un delito menor.

De manera similar, tipifica como delito el lavado de fondos provenientes de delitos subyacentes cometidos en el extranjero. Por ejemplo, los tribunales franceses condenaron a un exministro nigeriano que utilizaba los sobornos cobrados en Nigeria para comprar residencias en Francia. Todos los elementos del delito de corrupción se cometieron en Nigeria, pero los tribunales franceses ejercieron su competencia sobre las actividades de lavado de dinero^b.

Suiza

Suiza, valiéndose de pruebas circunstanciales y, con frecuencia, de acuerdos de admisión de culpabilidad, también procesa a los titulares de cuentas, titulares reales e intermediarios que no actúan de buena fe y que controlan las cuentas bancarias en las que se sospecha que se han depositado fondos o instrumentos de actividades delictivas. Los activos correspondientes suelen confiscarse mediante procedimientos sin condena.

Reino Unido

En el Reino Unido, las autoridades pueden juzgar el ocultamiento, el encubrimiento, la conversión o la transferencia de activos de origen delictivo derivados de delitos cometidos en el extranjero si el delito subyacente también está tipificado en las leyes del Reino Unido^c. Los fiscales pueden basarse en pruebas circunstanciales para demostrar que el activo deriva, en términos generales, de una "conducta delictiva"; no están obligados a demostrar que el activo se adquirió por medio de un acto delictivo específico^d.

Estados Unidos

En Estados Unidos, los delitos de lavado de dinero subyacentes incluyen el soborno de funcionarios extranjeros, la malversación de fondos públicos, el fraude por parte de un banco extranjero o contra este, y cualquier delito en virtud del cual el país esté obligado a conceder la extradición según un tratado internacional^e. Pueden utilizarse acciones de confiscación sin condena para confiscar fondos procedentes de esos mismos delitos penales extranjeros, así como activos involucrados en las operaciones de lavado de dinero. En

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.3

Jurisdicción para juzgar los delitos de lavado de dinero en Brasil, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Suiza *(continuación)*

esos casos, Estados Unidos puede solicitar la confiscación de fondos provenientes de la corrupción que se encuentren dentro de su territorio y de productos del delito fuera de él si el delito subyacente se cometió en el país.

En el procesamiento del ex primer ministro de Ucrania Pavlo Lazarenko por lavado de dinero, los fiscales establecieron su jurisdicción demostrando que los fondos recibidos a través de bancos en San Francisco fueron producto de actos de extorsión y cohecho cometidos en Ucrania^f.

a. Véase el caso “Angolagate” (Tribunal de París, Sala 11, 3.ª Sección, 29 de octubre de 2009), en el que se procesó a varios sospechosos y exfuncionarios en Francia por tráfico de armas, sobornos y lavado de dinero, aunque algunos de los delitos subyacentes se habían cometido en Angola.

b. Tribunal de Apelación de París, Sala Penal, Sección A, 8 de marzo de 2009 (Francia), https://shellandentriat.org/wp-content/uploads/2018/07/France-Court-Doc-2-ETETE-translation-20091215093409518-ETETE-Appeal_English.pdf.

c. Ley sobre los Productos del Delito de 2002 (Reino Unido), arts. 327 y 340 (2).

d. Fiscalía de la Corona, Ley sobre los Productos del Delito de 2002, Lavado de dinero (Reino Unido), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/part/7>.

e. Título 18 del Código de Estados Unidos, arts. 956c) 7) B), 981.

f. Estados Unidos c. Pavel Ivanovich Lazarenko, 564 F.3d 1026 (9th Cir. 2009).

11.3 Procedimiento para iniciar una acción

Es importante que los profesionales intervinientes reconozcan que los procedimientos de confiscación penal nacionales en jurisdicciones extranjeras no dependen exclusivamente de la solicitud de la jurisdicción donde se cometió el delito de corrupción. Las autoridades extranjeras pueden iniciar un caso independiente sobre la base de información obtenida por distintos medios. (En el recuadro 11.4 se presentan varias de estas fuentes de información). En última instancia, las autoridades extranjeras deciden si avanzan con el caso y de qué manera lo llevan adelante.

RECUADRO 11.4

Ejemplos de fuentes de información para procedimientos de confiscación iniciados por una jurisdicción extranjera

1. Una jurisdicción perjudicada por delitos de corrupción presenta una demanda o comparte pruebas y expedientes con autoridades en una jurisdicción extranjera

Esta fuente se usa mayormente cuando la jurisdicción perjudicada por delitos de corrupción pretende que el caso avance en una jurisdicción extranjera. En las jurisdicciones de derecho civil, estas jurisdicciones que pretenden la restitución de activos adquiridos mediante actos de corrupción en algunos casos están facultadas para iniciar (como partes civiles) investigaciones o procedimientos

(continúa en la página siguiente)

penales en relación con esos activos, como investigaciones sobre el lavado de esos activos o procedimientos en contra de ese delito.

2. Una jurisdicción perjudicada por la corrupción presenta una solicitud de asistencia judicial recíproca

Por lo general, una solicitud de asistencia judicial recíproca incluye información detallada sobre objetivos, supuestos delitos y flujos de dinero. Esta información puede llevar a que la jurisdicción requerida inicie su propia investigación de lavado de dinero, cohecho de funcionarios extranjeros u otros delitos que puedan haberse cometido en su territorio o en el que estén involucrados sus ciudadanos. Así sucede casi sistemáticamente en Suiza y con bastante frecuencia en otras jurisdicciones.

En Suiza, las autoridades suelen estar facultadas para realizar investigaciones más amplias y exhaustivas que las enmarcadas en una solicitud de asistencia judicial recíproca, lo que incluye el examen de cuentas bancarias no mencionadas en la solicitud. En la mayoría de los casos, se llevan adelante dos procedimientos distintos en la jurisdicción extranjera: el primero para responder a la solicitud de asistencia judicial recíproca y el segundo para formular acusaciones de lavado de dinero internas.

3. Informes de noticias o de los medios que cubren casos de corrupción o de lavado de dinero

Los casos de corrupción (en especial aquellos en los que están involucradas personas expuestas políticamente) suelen generar una gran cobertura mediática. Esa cobertura puede revelar vínculos con jurisdicciones extranjeras, y esos vínculos pueden ser aprovechados por profesionales extranjeros que decidan iniciar un caso o por funcionarios de bancos encargados del cumplimiento normativo que presenten un reporte de operaciones sospechosas que, en última instancia, conduzca a una investigación.

En los últimos años, la investigación de “consorcios” de periodistas^a y las filtraciones mediáticas han puesto en marcha varios casos, como los papeles de Panamá (recuadro 8.8 del capítulo 8), las filtraciones de Luanda, los papeles de los paraísos fiscales y la lavandería rusa.

4. Instituciones financieras que presentan reportes de operaciones sospechosas

Cuando las instituciones financieras sospechan que alguna actividad o transacción está relacionada con el lavado de dinero o con el financiamiento del terrorismo, deben informar sus sospechas a las UIF presentando reportes de operaciones sospechosas. Dichas unidades deben analizar los reportes y comunicarlos a los

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.4

Ejemplos de fuentes de información para procedimientos de confiscación iniciados por una jurisdicción extranjera (*continuación*)

organismos encargados de hacer cumplir la ley o, a través del Grupo Egmont, a otras UIF. Posteriormente, los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden abrir una investigación basada en la información proporcionada por la UIF.

5. Se aplica el principio de “extraditar o juzgar”

Las jurisdicciones que se niegan a extraditar a ciudadanos en virtud del artículo 44 11) de la UNCAC tienen la obligación de someter el caso a sus autoridades nacionales para su procesamiento si la jurisdicción requirente así lo solicita^a.

En Francia, los delitos punibles con una pena de al menos cinco años de cárcel se juzgarán en el ámbito local cuando se rechace una extradición sobre la base del derecho al debido proceso o si la pena en el país requirente no es compatible con el orden público francés (Código Penal [Francia], art. 113-8-1).

6. Las partes deciden sobre la remisión de actuaciones

Conforme a lo establecido en el artículo 47 de la UNCAC, los Estados parte deben considerar la posibilidad de remitir las actuaciones para el procesamiento por un delito tipificado en el marco de la convención cuando se estime que ello contribuirá a la debida administración de justicia. Cuando hay varias partes involucradas, esta medida resulta útil para concentrar el procesamiento de esos casos.

a. Entre las organizaciones periodísticas más destacadas en este sentido se encuentran el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ) (<https://www.icij.org/>) y el Proyecto de Denuncia de la Corrupción y el Crimen Organizado (OCCRP) (<https://www.occrp.org/>).

b. Véanse también el artículo 16 12) de la UNTOC y el artículo 6 9) 2) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

11.4 Papel de la jurisdicción perjudicada por los delitos de corrupción en las investigaciones y el procesamiento en el extranjero

Una vez que se inicia una investigación extranjera, los profesionales intervinientes de esa jurisdicción deberán reunir pruebas en la jurisdicción perjudicada por el acto de corrupción a fin de demostrar la existencia de corrupción o de delitos subyacentes de lavado de dinero. En algunas jurisdicciones, como Bélgica, la autonomía del delito de lavado de dinero puede dar lugar a un proceso (incluso si no existen pruebas de la existencia del delito subyacente) si una operación se realizó en circunstancias tales que es claro que el demandado no podía ignorar que la transacción implicaba ganancias mal habidas.

Incluso si la jurisdicción perjudicada por delitos de corrupción ha proporcionado el expediente del caso desde el principio, es probable que la jurisdicción extranjera necesite más información y asistencia judicial (incluidos declaraciones de testigos,

registros financieros y documentos bancarios o societarios). Esta información puede procurarse a través de asistencia informal o de una solicitud de asistencia judicial recíproca. Sin embargo, es imprescindible que, una vez solicitada la información, se brinde la respuesta correspondiente. Si el caso no recibe atención constante y las solicitudes extranjeras no se responden, las posibilidades de que el caso tenga éxito serán limitadas o nulas. (En el recuadro 11.5 se analiza la importancia de este tipo de cooperación en un caso haitiano). En cualquier caso, es fundamental crear un canal de comunicación que permita el intercambio de información.

RECUADRO 11.5

Haití: Importante papel de la jurisdicción perjudicada por la corrupción

Antecedentes: Desde mayo de 2001 hasta abril de 2003, Robert Antoine, el exdirector de Asuntos Internacionales de la empresa estatal nacional de telecomunicaciones de Haití, Telecommunications D’Haïti (Haiti Teleco), aceptó sobornos de tres empresas de telecomunicaciones de Estados Unidos y los blanqueó a través de intermediarios.

Cooperación entre Haití y Estados Unidos: Haití no podía accionar en contra de Antoine ni de cualquiera de los intermediarios que habían participado, debido a que no contaba con suficientes disposiciones legales, por ejemplo, leyes anticorrupción o herramientas de investigación necesarias para determinar la existencia de un delito. Las autoridades haitianas examinaron el caso con las autoridades estadounidenses y finalmente decidieron que lo mejor era apoyar un caso iniciado por Estados Unidos.

Ese país inició una causa contra Antoine por asociación ilícita para cometer lavado de dinero en relación con una trama de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, y otras causas contra quienes habían pagado los sobornos y los intermediarios por asociarse de manera ilícita para violar la FCPA y cometer lavado de dinero. Las autoridades haitianas colaboraron buscando activamente y proporcionando todas las pruebas y los conocimientos especializados solicitados por los fiscales de Estados Unidos. Se pidió ayuda a diversas autoridades, como la UIF, la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Haití, que brindaron la asistencia solicitada. Sin esa colaboración específica, habría sido imposible seguir adelante en Estados Unidos.

Sentencia, condena y confiscación: Antoine se declaró culpable de los delitos y, en junio de 2010, fue condenado inicialmente a 48 meses de prisión. Su condena se redujo luego a 18 meses porque había prestado “asistencia significativa a las autoridades de aplicación de la ley.” Se le ordenó pagar USD 1 852 209 en concepto de restitución y se confiscaron más de USD 1 500 000^a.

a. Departamento de Justicia de Estados Unidos (2010), *Former Haitian Government Official Sentenced to Prison for His Role in Money Laundering Conspiracy Related to Foreign Bribery Scheme* (Exfuncionario del Gobierno de Haití condenado a prisión por su participación en una asociación ilícita para lavar dinero relacionado con una trama de sobornos en el extranjero), comunicado de prensa n.º 10-639, 2 de junio de 2010, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-haitian-government-official-sentenced-prison-his-role-money-laundering-conspiracy>; Estados Unidos c. Robert Antoine (S.D. Fla., 2010), sentencia modificada en un caso penal.

En la mayoría de los países de derecho civil, una jurisdicción extranjera que se ha visto perjudicada por delitos de corrupción puede, en cierta medida, participar en calidad de denunciante o de víctima (en algunas jurisdicciones, “demandante”) en la investigación, el juicio, la condena o los procedimientos de confiscación. Los denunciantes y las víctimas pueden asistir al desarrollo del juicio y consultar con los profesionales intervinientes sobre los avances de la investigación y del proceso judicial. Muchos Estados incentivan a dichos profesionales a hacer participar a las víctimas en todas las etapas, sobre todo en la condena o en los procedimientos de confiscación, para facilitar la recuperación directa desde el tribunal. Se puede consultar a las víctimas sobre las órdenes que se deben solicitar al tribunal o se les puede dar la oportunidad de prestar testimonio. A pesar de ello, en última instancia, las decisiones sobre cómo proceder, a qué personas entrevistar, qué registros obtener y qué indemnización o daños y perjuicios reclamar al tribunal corresponden a los profesionales intervinientes.

En las jurisdicciones de derecho civil o en los sistemas mixtos, las víctimas (incluidos Estados o Gobiernos) pueden iniciar investigaciones o procedimientos penales en la jurisdicción extranjera en calidad de partes civiles. En algunos casos, las partes civiles pueden presentar pruebas o reclamaciones ante el fiscal o el juez de instrucción, participar en las entrevistas de testigos y personas investigadas, y acceder al expediente del caso. El fiscal o el juez de instrucción deciden, en última instancia, si las pruebas del caso son suficientes para avanzar a la etapa del juicio. Si se llega a esa instancia, las partes civiles pueden solicitar al tribunal que dicte una sentencia en la que ordene el pago de daños y perjuicios a su favor como si estuvieran ante un tribunal civil (como se explica en el capítulo 10). La acción por daños y perjuicios se desarrolla junto con el caso penal, sobre la misma base y con las mismas pruebas.

En algunas jurisdicciones, los denunciantes y las partes civiles pueden acceder a la información del caso, incluso a una copia del expediente. Por ejemplo, si se nombra a un fiscal o a un juez de instrucción, se proporcionará una copia del expediente del caso, previa solicitud, a los abogados que representen a las víctimas que se hayan incorporado al proceso en calidad de partes civiles⁶.

11.5 Garantizar la recuperación de activos procedentes de la jurisdicción extranjera

En algunas jurisdicciones, los tribunales u otras autoridades competentes ordenan la restitución de los bienes incautados o inmovilizados como parte del proceso penal. Parte de esta restitución puede realizarse antes de que la confiscación sea definitiva si los activos se devuelven mientras el caso aún se encuentra pendiente de resolución cuando la propiedad no se encuentra realmente en discusión, o en calidad de instrumentos o

⁶ Por ejemplo, véase el Código de Procedimiento Penal (Francia), art. 114, R.155, R.165.

productos del delito o como pruebas⁷. Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la UNCAC, los Estados parte deben facultar a otros Estados parte a reclamar compensaciones, indemnizaciones o el legítimo derecho de propiedad antes de que se produzca la confiscación en la jurisdicción que lleva adelante las acciones legales.

Es probable que los activos que no se restituyan en virtud de una orden de ese tipo pasen a ser propiedad de la jurisdicción extranjera. Como resultado, la jurisdicción que procura recuperar los activos debe analizar desde el principio si será posible recuperar o distribuir el producto confiscado. Dependiendo de la jurisdicción y de los procedimientos, la recuperación puede lograrse a través de convenios internacionales, tratados de asistencia judicial recíproca, acuerdos de reparto de activos o leyes. Aunque una jurisdicción extranjera inicie un caso de forma independiente, la jurisdicción perjudicada por los delitos de corrupción puede llegar a obtener la restitución de los activos.

11.5.1 Reclamaciones de propiedad de activos robados planteadas durante investigaciones penales

En algunas jurisdicciones, la propiedad de activos robados puede reclamarse en las primeras etapas de la investigación⁸. Cuando los activos se encuentran y la persona imputada sigue siendo desconocida, el fiscal o el juez de instrucción tratarán de determinar si los activos son el producto del supuesto delito o un instrumento para cometerlo. Si se establece una conexión, se puede ordenar la restitución de los activos inmovilizados. Estas órdenes pueden ser objeto de apelación.

11.5.2 Recuperación directa de activos a través de tribunales extranjeros

Muchos tribunales ordenan la recuperación directa de los activos a favor de las jurisdicciones extranjeras que puedan demostrar su condición de víctimas de un ilícito civil o de propietarias legítimas del activo. En virtud del artículo 53 de la UNCAC, un Estado parte debe a) facultar a sus tribunales que decidan procedimientos de confiscación para ordenar una compensación o indemnización por daños y perjuicios a otra jurisdicción que haya resultado perjudicada por delitos de corrupción, o b) facultar a sus tribunales o autoridades competentes para que reconozcan el legítimo derecho de propiedad de una jurisdicción respecto de un activo en el procedimiento de confiscación. En la práctica, esto suele incluirse en los acuerdos internacionales que se celebran entre jurisdicciones.

La recuperación directa a menudo se facilita con la participación de la jurisdicción perjudicada por delitos de corrupción, ya sea como demandante en una acción civil o como denunciante o víctima (demandante) en un proceso penal, o como parte civil en una acción penal. En las jurisdicciones que permiten que la parte lesionada

⁷ Túnez recibió ese tipo de activos, incluido un avión incautado en Suiza y perteneciente a una empresa controlada previamente por los demandados y sometida a intervención judicial. De manera similar, Italia y España devolvieron dos yates antes de que finalizaran sus propias investigaciones, y Francia envió de regreso un avión que había sido confiscado en París.

⁸ Francia y Suiza permiten este procedimiento.

participe en un caso penal como parte civil, la jurisdicción perjudicada por la corrupción puede recurrir a los tribunales para solicitar una indemnización por daños y perjuicios. De lo contrario, deberá discutir la posible compensación por daños y perjuicios con el fiscal de la jurisdicción extranjera, quien puede luego solicitar la orden al tribunal. En el recuadro 11.6 se ofrecen ejemplos de la recuperación directa en la práctica.

RECUADRO 11.6

Recuperación directa en la práctica

Parte civil en procedimientos penales

En Francia, el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal establece que una víctima puede recibir una compensación civil de un tribunal penal si el demandante puede demostrar que el acto de corrupción le ocasionó un perjuicio directo y personal. En un caso de corrupción que involucraba al exalcalde de Cannes, la ciudad de Cannes (que se presentó en el juicio penal como parte civil) logró obtener una orden judicial por daños y perjuicios, pero no se le concedió compensación material. Los daños y perjuicios se otorgaron con base en la pérdida de reputación; sin embargo, la orden de compensación fue denegada en razón de que el daño sufrido fue producto de una decisión ministerial de revocar y rechazar una licencia, y no de un acto de corrupción.

Compensación en virtud de un acuerdo de admisión de culpabilidad penal

En el Reino Unido, una compañía constructora de puentes, Mabey & Johnson, se declaró culpable de asociación ilícita vinculada con el pago de sobornos a funcionarios públicos en Ghana y en Jamaica, y de “viabilizar fondos” relacionados con comisiones ilegales al régimen de Sadam Huseín en Iraq a través de contratos adjudicados en el marco del programa de las Naciones Unidas Petróleo por Alimentos. La empresa admitió que, si no hubiera existido el soborno, el contrato habría sido más barato y que el pueblo iraquí perdió fondos que se desviaron al pago de comisiones ilegales^a.

La sentencia incluyó sanciones penales por GBP 4,6 millones (aproximadamente USD 7,2 millones) y otros GBP 2 millones (aproximadamente USD 3,1 millones) en concepto de reparaciones y gastos que debían pagarse a los Gobiernos de Ghana, Iraq y Jamaica. Con respecto al caso iraquí, se determinó que la confiscación fuera por el valor del contrato —EUR 4,22 millones más intereses (alrededor de USD 5,41 millones)—, y que se pagara una compensación de GBP 618 484 (alrededor de USD 969 100) al pueblo iraquí (Fondo de Desarrollo para Iraq).

Restitución o compensación a través de una acción civil

En un caso sobre fondos y propiedades inmobiliarias en Londres que estaban a nombre de un funcionario nigeriano corrupto (el exgobernador del estado de Plateau, Joshua Dariye), las investigaciones realizadas por la Policía Metropolitana

(continúa en la página siguiente)

de Londres derivaron en la condena penal de un administrador de propiedades por lavado de dinero. Luego de esta condena, en el marco de una acción civil iniciada ante el Tribunal Superior de Londres, se logró recuperar en favor de Nigeria los activos robados. (Para consultar más detalles sobre el caso de Dariye, véase el recuadro 3.4 del capítulo 3).

a. Rob Evans y David Leigh (2009), "Mabey and Johnson Admits Bribing Officials Abroad to Secure Contracts" (Mabey and Johnson admite el pago de sobornos a funcionarios extranjeros para obtener contratos), *The Guardian*, 10 de julio de 2009, <https://www.theguardian.com/business/2009/jul/10/mabey-johnson-guilty-plea-compensation>.

El tratamiento de una reclamación por daños y perjuicios en caso de absolución varía según la jurisdicción. En algunas, tal reclamación no puede considerarse, y la parte afectada debe entablar una acción civil por daños y perjuicios. En otras, el tribunal puede adoptar una decisión sobre daños y perjuicios a pesar de la absolución si los hechos están suficientemente demostrados.

11.5.3 La restitución de activos en virtud de tratados, acuerdos, memorandos de entendimiento o autoridades reglamentarias

En varios convenios y convenciones internacionales se incorporan obligaciones de restitución de activos⁹. Para aplicar estas convenciones internacionales (o cuando no se aplican dichos instrumentos), se suele recurrir a tratados multilaterales o bilaterales (como los tratados de asistencia judicial recíproca), acuerdos, memorandos de entendimiento y autoridades reglamentarias para posibilitar la restitución de los activos.

Si no hay obligación de restituir los activos confiscados, es posible que en los acuerdos multilaterales o bilaterales de reparto de activos o en los memorandos de entendimiento entre jurisdicciones se establezcan procedimientos específicos para estos mecanismos¹⁰. Estos acuerdos pueden negociarse caso por caso o, de forma más expeditiva, mediante un acuerdo de reparto de activos diseñado para abarcar todos los casos de reparto que vayan surgiendo¹¹.

⁹ UNCAC (art. 57), UNTOC (art. 14) y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 5). Nótese que en la UNCAC se establecen requisitos obligatorios para la restitución de activos, a diferencia de la UNTOC o de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que establecen requisitos voluntarios.

¹⁰ Los acuerdos para la disposición de bienes confiscados también se encuadran en el ámbito de las convenciones internacionales: la UNCAC (art. 57), la UNTOC (art. 14) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (art. 5).

¹¹ En Estados Unidos, los acuerdos formales de reparto de activos no se confirman hasta que el caso concluye, y se basan en el grado de cooperación proporcionada por cada jurisdicción: entre el 50 % y el 80 % de los activos confiscados si la jurisdicción extranjera brindó asistencia "esencial"; entre el 40 % y el 50 % en caso de asistencia "significativa", y hasta el 40 % si la jurisdicción extranjera "facilitó" asistencia.

Algunas jurisdicciones prefieren negociar un acuerdo de reparto antes de disponer la inmovilización solicitada o después de la inmovilización, pero antes de que se dicte el orden final de confiscación. En 2017, el GFAR dictó 10 principios que deben aplicarse para celebrar acuerdos de reparto (GFAR, 2017). Estos principios se explican con más detalle en el recuadro 9.8 del capítulo 9.

Al final del capítulo se analizan ejemplos de opciones exitosas para la devolución de activos; por ejemplo, un memorando de entendimiento en virtud del cual se estableció la Fundación BOTA (recuadro 11.7), un acuerdo específico con la jurisdicción requirente en el caso Sani Abacha (recuadro 11.8) y un memorando de entendimiento en el caso Abacha relativo a un conjunto distinto de fondos repatriados desde una jurisdicción requerida distinta (recuadro 11.9).

RECUADRO 11.7

Kazajstán: Un memorando de entendimiento como fundamento jurídico para establecer la Fundación BOTA

Antecedentes: En 1999, jueces suizos ordenaron el congelamiento de USD 84 millones que estaban depositados en una cuenta bancaria en Suiza y de los cuales el Gobierno de Kazajstán alegaba ser el único beneficiario. En 2003, tras una investigación penal realizada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, los fiscales acusaron a ciudadanos estadounidenses de fraude electrónico, lavado de dinero y violaciones de la FCPA por haber sobornado a funcionarios kazajos a cambio de obtener derechos de prospección de petróleo en Kazajstán.

Memorando de entendimiento sobre la restitución de activos: Las negociaciones entre Estados Unidos y Suiza sobre el congelamiento y la posterior disposición de los montos en la cuenta bancaria suiza se iniciaron en 1999. El Banco Mundial comenzó a participar en las conversaciones en 2005 en carácter de intermediario y asesor técnico. En 2007, los tres Gobiernos —Estados Unidos, Kazajstán y Suiza— lograron llegar a un acuerdo y suscribieron un memorando de entendimiento en el que se establecieron los términos y condiciones para transferir los fondos de Suiza a la Fundación BOTA (Bornstein, 2016, pág. 2). Estados Unidos interpuso una acción civil ante el Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York para que este dictara el decomiso de los fondos a favor de Estados Unidos. Se acordó que los fondos se liberarían una vez que se establecieran e implementaran tres programas (que se especifican a continuación) dentro del “Programa de BOTA” general. En el memorando de entendimiento, con sus modificaciones y suscrito nuevamente por los Gobiernos en abril de 2008, se exigía que BOTA fuera una organización kazaja local, con fundadores locales y un órgano directivo formado por ciudadanos de Kazajstán (Bornstein, 2016, pág. 14).

(continúa en la página siguiente)

La fundación y su misión: El “Programa de BOTA” disponía que se establecieran y administraran proyectos en beneficio de los niños pobres de Kazajstán. Se acordó que se implementaría a través de una fundación no gubernamental sin fines de lucro —la Fundación BOTA—, establecida en virtud de las leyes de Kazajstán bajo la supervisión del Banco Mundial, que sería la encargada de recibir y desembolsar los fondos (Bornstein, 2016).

La Fundación BOTA fue creada en 2008 por los Gobiernos de Estados Unidos, Kazajstán y Suiza, y cinco personas kazajas, con la misión de restituir más de USD 115 millones en activos en disputa relacionados con la corrupción (IREX y Save the Children, 2015, pág. 4). Los activos se utilizaron para mejorar las vidas de los ciudadanos pobres de Kazajstán y, en especial, ayudar a los niños pobres, a los jóvenes y a sus familias invirtiendo en su salud, su educación y su bienestar social mediante transferencias monetarias condicionadas, becas y donaciones^a. La Fundación BOTA tenía tres departamentos de programas: un programa de transferencias monetarias condicionadas, un programa de servicio social y un programa de asistencia para el pago de matrículas.

Supervisión: El Banco Mundial contrató a una organización no gubernamental internacional (International Research & Exchanges Board [IREX]) para supervisar las operaciones de la fundación, ofrecer apoyo administrativo y asegurarse de que las metas de la fundación se cumplieran (IREX y Save the Children, 2015, págs. 7, 9). Además, el funcionario de gestión financiera local del Banco Mundial controlaba periódicamente los registros contables de la fundación.

El legado: Desde que empezó a funcionar en 2009 hasta que dejó de hacerlo en diciembre de 2014, la fundación logró mejorar la situación sanitaria y de pobreza de más de 208 000 niños y jóvenes (IREX y Save the Children, pág. 49). Ha dejado un importante legado por haber sido un modelo para la recuperación de activos y la gestión de casos de activos en todo el mundo, y ha demostrado cómo los activos que se recuperan de la corrupción pueden utilizarse para mejorar las condiciones de vida de miles de personas. Además del impacto positivo que tuvo en las vidas de los beneficiarios de sus programas, contrató y capacitó a más de 100 miembros locales del personal que hoy comparten su experiencia en diversos organismos internacionales (IREX y Save the Children, 2015, pág. 50). La repatriación de más de USD 115 millones a través de la Fundación BOTA también demostró que se puede realizar una repatriación responsable a través de la sociedad civil y que esta puede desempeñar un papel importante en cada paso del proceso de recuperación de activos (IREX y Save the Children, 2015, pág. 51).

a. Fundación BOTA (2015), *BOTA Foundation Completed Its Mission* (La Fundación BOTA completó su misión), anuncios de la Fundación BOTA, 27 de enero de 2015 (consultado el 31 de julio de 2020), https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/Kazakh_Oil_BOTA%20Fdn_End_Announcement_Dec_2014.pdf.

RECUADRO 11.8

Nigeria: Acuerdo de restitución de activos entre Estados Unidos, Nigeria y Jersey para repatriar activos robados por el exdictador nigeriano, el general Sani Abacha

Antecedentes: El general Sani Abacha (presidente de Nigeria entre 1993 y 1998) y sus cómplices malversaron, sustrajeron indebidamente y obtuvieron de manera extorsiva miles de millones de dólares del Gobierno de Nigeria y de otros, y luego blanquearon sus fondos provenientes de la corrupción a través de instituciones financieras estadounidenses (este caso también se analizó en el recuadro 4.4 del capítulo 4).

En 2014, tras una demanda de decomiso civil entablada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, el Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia dictó una sentencia de decomiso aplicable a unos USD 500 millones depositados en cuentas de todo el mundo que se relacionaban con fondos provenientes de actos de corrupción de Abacha.

El acuerdo trilateral: Jersey, dependencia de la Corona británica, exigió el cumplimiento de la sentencia estadounidense con respecto a los más de USD 308 millones ubicados en su jurisdicción. El 3 de febrero de 2020, el Departamento de Justicia de Estados Unidos suscribió un acuerdo trilateral con Nigeria y Jersey para repatriar estos fondos a Nigeria.

En virtud de dicho acuerdo, Estados Unidos y Jersey se comprometieron a transferir el 100 % de los activos decomisados netos a Nigeria para financiar la construcción de tres proyectos críticos de infraestructura en ese país: el Segundo Puente del Níger, la carretera Lagos-Ibadan y la ruta Abuya-Kano, inversiones que beneficiarán a los ciudadanos de cada una de esas importantes regiones de Nigeria.

El acuerdo incluye medidas clave para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, entre ellas, poner la administración de los fondos y los proyectos en manos de la Autoridad Soberana de Inversiones de Nigeria, contratar a un auditor independiente para que lleve a cabo un examen financiero y encargar el seguimiento a una organización de la sociedad civil independiente con experiencia en ingeniería y otras áreas.

En el acuerdo se plasman los principios para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas que se adoptaron en el GFAR, celebrado en diciembre de 2017 en la ciudad de Washington y organizado por Estados Unidos y el Reino Unido, con el apoyo de la Iniciativa StAR del Banco Mundial y la UNODC (GFAR, 2017).

RECUADRO 11.9

Opciones de devolución de los activos disponibles en Suiza: Uso de un memorando de entendimiento en el caso Abacha

Antecedentes: En Suiza, los activos se restituyen a su propietario legítimo si el juez está “plenamente convencido” de que están vinculados con el delito y que

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.9**Opciones de devolución de los activos disponibles en Suiza: Uso de un memorando de entendimiento en el caso Abacha (continuación)**

la propiedad está claramente demostrada. Si la propiedad es incierta o no puede demostrarse (como en el caso de fondos transferidos, extraídos o combinados con otras sumas de dinero), el juez ordenará la confiscación del producto del delito o de los activos, y los activos confiscados pasarán a ser propiedad del Gobierno suizo. La jurisdicción que pretenda recuperar activos robados podrá negociar con las autoridades políticas suizas para conseguir la devolución de los activos confiscados en virtud de acuerdos específicos o de decisiones discrecionales. Alternativamente, el tribunal penal puede ordenar el equivalente a los daños contractuales o extracontractuales para la jurisdicción que busca compensación.

En el caso Abacha, Nigeria registró una recuperación exitosa de activos de USD 752 millones de Suiza en 2005 y 2006^a. En 2017, las autoridades suizas también devolvieron a Nigeria aproximadamente USD 300 millones del saqueo de Abacha. Con respecto a estos fondos, en 2017, en el contexto del GFAR de diciembre de 2017, el Banco Mundial, Nigeria y Suiza suscribieron un memorando de entendimiento relativo a los fondos equivalentes a unos USD 300 millones que Suiza restituiría a Nigeria. Según los términos de ese memorando, el Banco Mundial monitorea el desembolso de los fondos, que se están utilizando para un programa de transferencias monetarias directas en el marco del Proyecto de Redes Nacionales de Protección Social^b.

Proyecto de Redes Nacionales de Protección Social: A través del proyecto, se está implementado un sistema de transferencias monetarias con el que se busca brindar protección social a determinados hogares pobres y vulnerables^c. Hasta mayo de 2019, los fondos habían llegado a 300 000 hogares pobres específicamente seleccionados, ya se habían desembolsado USD 37 millones de los fondos robados y se había solicitado el desembolso de otros USD 50 millones en activos robados^d.

Supervisión: Las organizaciones de la sociedad civil nigerianas desempeñaron un papel destacado en las negociaciones del memorando de entendimiento y en el seguimiento de los fondos desembolsados. La Red Africana para la Justicia Ambiental y Económica, con el apoyo financiero del Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido, realizó un seguimiento del desembolso y el uso final de los activos restituidos^e. En el marco de la primera ronda de seguimiento, un grupo de 35 organizaciones asociadas de la sociedad civil enviaron a 500 observadores al campo para verificar los datos informados, encuestar a los beneficiarios y observar de primera mano los desembolsos de efectivo. Las verificaciones al azar confirmaron que se habían inscrito participantes en los 11 estados y que más del 90 % de los beneficiarios monitoreados informaron que habían recibido al menos la transferencia básica de NGN 5000 por hogar, por mes (alrededor de USD 16).

(continúa en la página siguiente)

RECUADRO 11.9

Opciones de devolución de los activos disponibles en Suiza: Uso de un memorando de entendimiento en el caso Abacha (*continuación*)

El marco de este memorando de entendimiento se ajusta a los principios 4 y 10 del GFAR, que exigen, respectivamente, transparencia y rendición de cuentas en la restitución y disposición de los activos recuperados, así como la inclusión de la sociedad civil, de organizaciones no gubernamentales y de organizaciones comunitarias en el proceso de restitución de activos (GFAR, 2017).

Legado: El proyecto ha establecido las propias bases de un sistema nacional de redes de seguridad en el ámbito nacional y estatal de Nigeria a fin de proporcionar apoyo específico a los hogares pobres^f. En sentido más amplio, incluye el desarrollo de los componentes esenciales de un sistema nacional estructural de redes de seguridad y el financiamiento de inversiones, incluida la creación de un sólido mecanismo de orientación de recursos y un registro nacional de hogares pobres y vulnerables.

a. <https://star.worldbank.org/blog/gfar-principles-action-mantra-projects-monitoring-disbursement-abacha-ii-funds-nigeria>.

b. Banco Mundial y UNODC, "GFAR Principles in Action: the MANTRA Project's Monitoring of the Disbursement of Abacha II Funds in Nigeria" (Principios del GFAR en acción: Seguimiento del desembolso de los fondos de Abacha II en el marco del proyecto MANTRA en Nigeria), *The STAR Quarterly*, octubre de 2019 (consultado el 13 de abril de 2020), <https://star.worldbank.org/blog/gfar-principles-action-mantra-projects-monitoring-disbursement-abacha-ii-funds-nigeria>.

c. Banco Mundial (2016), *World Bank Commits Half a Billion Dollars to Provide Social Assistance to Nigeria's Poorest* (El Banco Mundial compromete 500 millones para brindar asistencia social a las personas más pobres de Nigeria), comunicado de prensa, 7 de junio de 2016, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2016/06/07/world-bank-commits-half-a-billion-dollars-to-provide-social-assistance-to-nigerias-poorest>.

d. Banco Mundial y UNODC, "GFAR Principles in Action", octubre de 2019.

e. Banco Mundial y UNODC, "GFAR Principles in Action", octubre de 2019.

f. Banco Mundial, "National Social Safety Nets Project" (Proyecto de Redes Nacionales de Seguridad Social), resumen (consultado el 11 de julio de 2020), <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P151488?lang=enP151488>.

Bibliografía

- Bornstein, Aaron. 2016. "The BOTA Foundation: A Model for the Safe Return of Stolen Assets?" Case Study No. 1, Philanthropication thru Privatisation (PtP) project of the East-West Management Institute, New York. http://p-t-p.org/wp-content/uploads/PtP_Bota-Foundation-Case-Study_Bornstein.pdf.
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations." Recommendations adopted by the FATF Plenary in February 2012, updated June 2019, FATF, Paris. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.
- GFAR (Global Forum on Asset Recovery). 2017. "GFAR Principles for Disposition and Transfer of Confiscated Stolen Assets in Corruption Cases." Statement of principles adopted at inaugural GFAR meeting, December 4–6, Washington, DC. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/the-gfar-principles.pdf>.
- IREX (International Research & Exchanges Board) and Save the Children. 2015. "The BOTA Foundation: Final Summative Report." Report, IREX, Washington, DC; Save

the Children, London. <https://www.irex.org/sites/default/files/node/resource/bota-foundation-final-report.pdf>.

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD Anti-Bribery Convention) (adopted 1997; entered into force 1999), OECD, Paris. http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.

UNCAC (United Nations Convention against Corruption, UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.

United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (December 20, 1988), United Nations, Vienna. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

UNTOC (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UN General Assembly Resolution 55/25 (November 15, 2000), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/55/25>.

Acción civil. Véase **acción de derecho privado**.

Acción de derecho privado. Proceso o acción de naturaleza no penal en que una persona inicia los procedimientos como parte privada. Son ejemplos típicos las acciones motivadas por un acto ilícito civil o el incumplimiento de un contrato. Véase también el capítulo 10.

Activos mezclados. Productos o instrumentos de un delito que se han mezclado con otros activos que podrían no ser producto del delito¹.

Activos sustitutivos. Activos que no pueden vincularse a un delito que dé lugar a una confiscación, pero que pueden ser confiscados en sustitución de dichos activos si los activos directamente sujetos a decomiso no pueden localizarse o no están disponibles.

Activos. Activos de todo tipo, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten el título sobre dichos activos o el interés en ellos². El término se utiliza de manera intercambiable con **bienes y propiedad**.

Asistencia informal. Toda ayuda que se brinde en el marco de la cooperación internacional sin la necesidad de una solicitud de asistencia judicial recíproca formal. Es posible que haya legislaciones que permitan este tipo de asistencia entre los profesionales intervinientes, entre ellas la legislación sobre asistencia judicial recíproca.

Asistencia judicial recíproca. Proceso por el cual las jurisdicciones buscan y brindan asistencia en la recopilación de información, inteligencia y pruebas para las investigaciones (a través de canales formales), la ejecución de medidas provisionales y el cumplimiento de órdenes y sentencias extranjeras. En este manual se hace una distinción entre la asistencia que puede proporcionarse de manera informal (véase **asistencia informal**) y formal (véase **solicitud de asistencia judicial recíproca**). Véanse los capítulos 8 y 9.

Bienes contaminados. Véase **confiscación basada en la propiedad**.

¹ Los activos mezclados se analizan en la sección 7.3.1 del capítulo 7.

² UNCAC, art. 2 e).

Captura del Estado. Forma de corrupción política sistémica a través de la cual los actores privados y los funcionarios públicos influyen significativamente en los procesos gubernamentales de toma de decisiones para beneficio propio y quitan eficacia a los mecanismos de rendición de cuentas.

Carta rogatoria. Petición formal realizada por un tribunal de un país a un tribunal extranjero en relación con algún tipo de asistencia judicial. Permite la comunicación formal entre miembros del Poder Judicial, un fiscal o un funcionario encargado de hacer cumplir la ley de una jurisdicción y sus homólogos en otra jurisdicción. Es una forma particular de **asistencia judicial recíproca**.

Comprador de buena fe. Véase **propietario inocente**.

Confiscación administrativa. Medida no judicial destinada a confiscar el producto del delito o de los activos utilizados o involucrados en la comisión de un delito.

Confiscación basada en el valor. Acción de decomiso para recuperar el valor de los beneficios obtenidos a través de conductas delictivas o para recuperar el valor equivalente aplicando una sanción pecuniaria.

Confiscación basada en la propiedad. Procedimiento de confiscación centrado en un bien o activo específico que, según se ha determinado, es el producto o el instrumento del delito. Se conoce también como “confiscación *in rem*” o de “bienes contaminados”.

Confiscación con condena. Describe todas las formas de confiscación que exigen que el demandado sea condenado por un delito antes de que se pueda iniciar un procedimiento de decomiso y este pueda tener lugar.

Confiscación penal. Véase **confiscación con condena**.

Confiscación sin condena. Confiscación que no exige una condena penal (FATF [GAFI], 2010).

Confiscación. Privación permanente de activos por orden de un tribunal o de otra autoridad competente³. El término se utiliza de manera intercambiable con **decomiso**. Las personas o entidades que tienen un interés en los fondos u otros activos en el momento de la confiscación pierden todos los derechos, en principio, a los fondos u otros activos confiscados (FATF [GAFI], 2019).

Congelamiento. Véase **medidas provisionales**. Véase también el capítulo 5.

Conocimiento del cliente. La diligencia debida y la regulación bancaria que las instituciones financieras y otras entidades reguladas deben aplicar para identificar a sus

³ UNCAC, art. 2 g). Véase también FATF (GAFI) (2010).

clientes y determinar la información relevante y pertinente para hacer negocios financieros con ellos.

Decomiso. Véase **confiscación**.

Demandado/acusado. La parte que debe responder a la demanda interpuesta por el demandante ante un tribunal en un proceso civil (demandado), o que ha sido acusada formalmente de violar una ley penal (acusado).

Guardián. Profesional que puede facilitar la comisión de operaciones de lavado de dinero. Esta categoría suele referirse a contadores, abogados, consultores financieros, prestadores de servicios financieros u otros profesionales que poseen cuentas en una institución financiera y actúan en nombre de sus clientes, ya sea a sabiendas o no, para movilizar u ocultar el producto de actividades ilegales. En algunos casos, los delincuentes recurren a los guardianes para acceder al sistema financiero manteniendo el anonimato (FATF [GAFI], 2001, 2007). Los guardianes suelen llamarse “facilitadores”.

In personam. Expresión latina que significa “dirigido a una persona en particular”. En el contexto de la confiscación o de un juicio, se trata de una acción legal contra una persona específica.

In rem. Expresión latina que significa “contra una cosa”. En el contexto de la confiscación, se trata de una acción legal contra una cosa o un activo específicos. Véase **confiscación basada en la propiedad**.

Incautación. Véase **medidas provisionales**. Véase también el capítulo 5.

Inmovilización. Véase **medidas provisionales**. Véase también el capítulo 5.

Instrumento o instrumentos. Activo utilizado para facilitar la comisión de un delito, como un automóvil o un barco en el que se transportan estupefacientes o dinero en efectivo.

Inteligencia de fuentes abiertas. Suele definirse como toda información disponible públicamente que se puede recopilar por cualquier medio lícito; incluye la información obtenida a través de los medios sociales o en internet de forma gratuita, con costo o por suscripción.

Jurisdicción requerida. Jurisdicción a la que se solicita que preste asistencia a otra jurisdicción para restituir activos, llevar a cabo una investigación o un procesamiento en el extranjero, o ejecutar una sentencia.

Jurisdicción requirente. Jurisdicción que solicita la asistencia de otra jurisdicción para llevar a cabo una investigación o un procesamiento internos, ejecutar una sentencia o restituir activos.

Medidas provisionales. Prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover activos, o de custodiar o controlar temporalmente los activos en virtud de una orden dictada por un tribunal u otra autoridad competente⁴. El término se utiliza de manera intercambiable con **congelamiento, inmovilización, incautación**, secuestro y bloqueo.

Persona investigada. Persona sospechosa en el marco de una investigación.

Personas expuestas políticamente. “Las personas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas, así como sus familiares y colaboradores cercanos” (Greenberg y otros, 2010).

Procedimiento *inaudita parte*. Procedimiento judicial iniciado por una persona en ausencia de otras partes y sin representación ni notificación de ellas.

Producto del delito. Bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito⁵. En la mayoría de las jurisdicciones, se incluyen los activos mezclados.

Profesional. Se refiere a los investigadores policiales, jueces de instrucción, abogados privados, contadores forenses, analistas financieros y fiscales. Una de estas funciones o todas ellas pueden estar involucradas en una investigación, según las leyes de la jurisdicción.

Propiedad. Véase **activos**.

Propietario inocente. Toda persona con un interés en un activo sujeto a confiscación que no conocía la conducta que dio lugar a dicho procedimiento y es un comprador de buena fe a título oneroso. El término se utiliza de manera intercambiable con **comprador de buena fe**.

Reclamante. La parte que afirma tener interés en el activo o en una controversia. Puede tratarse de un tercero, un propietario inocente, una persona demandada, una persona investigada o el presunto delincuente.

Reporte de actividades sospechosas (RAS). Véase **reporte de operaciones sospechosas**.

Reporte de operaciones sospechosas (ROS). Informe presentado por una entidad financiera sobre operaciones o actividades sospechosas o potencialmente sospechosas. El informe se presenta ante la unidad de inteligencia financiera de la jurisdicción. El término se utiliza de manera intercambiable con **reporte de actividades sospechosas**.

⁴ Adaptado de la UNCAC, art. 2 f). Véase un análisis de las medidas provisionales en la sección 5.3 del capítulo 5.

⁵ UNCAC, art. 2 e).

Solicitud de asistencia judicial recíproca. Se trata, por lo general, de una solicitud por escrito que debe ajustarse a determinados procedimientos, protocolos y condiciones establecidos en los acuerdos multilaterales o bilaterales o en la legislación nacional. Se utiliza normalmente para recopilar pruebas (incluso a través de técnicas de investigación coercitivas), obtener medidas provisionales y solicitar la ejecución de órdenes nacionales en una jurisdicción extranjera.

Técnicas de investigación coercitivas. Las técnicas de investigación coercitivas suelen incluir medidas que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley pueden adoptar sin el consentimiento del demandado/acusado o de un tercero involucrado en virtud de una autorización legal, judicial o de otro tipo. Esto suele ocurrir en el caso de técnicas más intrusivas, como allanamientos, vigilancia electrónica, análisis de registros financieros, o pedido de orden de exhibición o acceso a documentos en poder de terceros. Para obtener pruebas a través de dichas técnicas, en general se requiere una solicitud de asistencia judicial recíproca.

Técnicas especiales de investigación. Técnicas utilizadas específicamente para investigar los delitos más graves, como la participación en una organización delictiva o la dirección de una organización de ese tipo, el tráfico ilegal de personas o cosas, la asociación ilícita, la corrupción y el lavado de dinero. Implican un mayor grado de intromisión e incluyen, entre otras cosas, las escuchas telefónicas, la vigilancia electrónica, las investigaciones encubiertas, los allanamientos, los arrestos y las negociaciones de acuerdos de admisión de culpabilidad. Por lo general, requieren autorización judicial, y para recopilar pruebas a través de ellas en países extranjeros suele ser necesario solicitar asistencia judicial recíproca.

Testimonio de oídas. Declaración extrajudicial que se efectúa ante un tribunal para probar la verdad del asunto en cuestión. Mientras que las jurisdicciones de derecho civil no suelen excluir los testimonios de oídas de los procedimientos, dichos testimonios son inadmisibles (con algunas excepciones) en el derecho anglosajón. Cuando sean admitidos, el tribunal también deberá considerar el peso que dará a la prueba.

Unidad de inteligencia financiera (UIF). “Organismo central nacional responsable de recibir (y, si corresponde, solicitar), analizar y difundir a las autoridades competentes publicaciones de información financiera: i) relacionada con fondos que podrían ser producto del delito y el posible financiamiento del terrorismo, o ii) exigida por la legislación o reglamentación nacional para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo”⁶.

Vendedor de buena fe. Vendedor de un activo que no sabía o no tenía un motivo razonable para creer que el bien estaba sujeto a decomiso o podría ser un producto o un instrumento del delito.

⁶ Definición aprobada en la reunión plenaria del Grupo Egmont celebrada en Roma en noviembre de 1996, y modificada en la reunión plenaria celebrada en Guernsey en junio de 2004.

Bibliografía

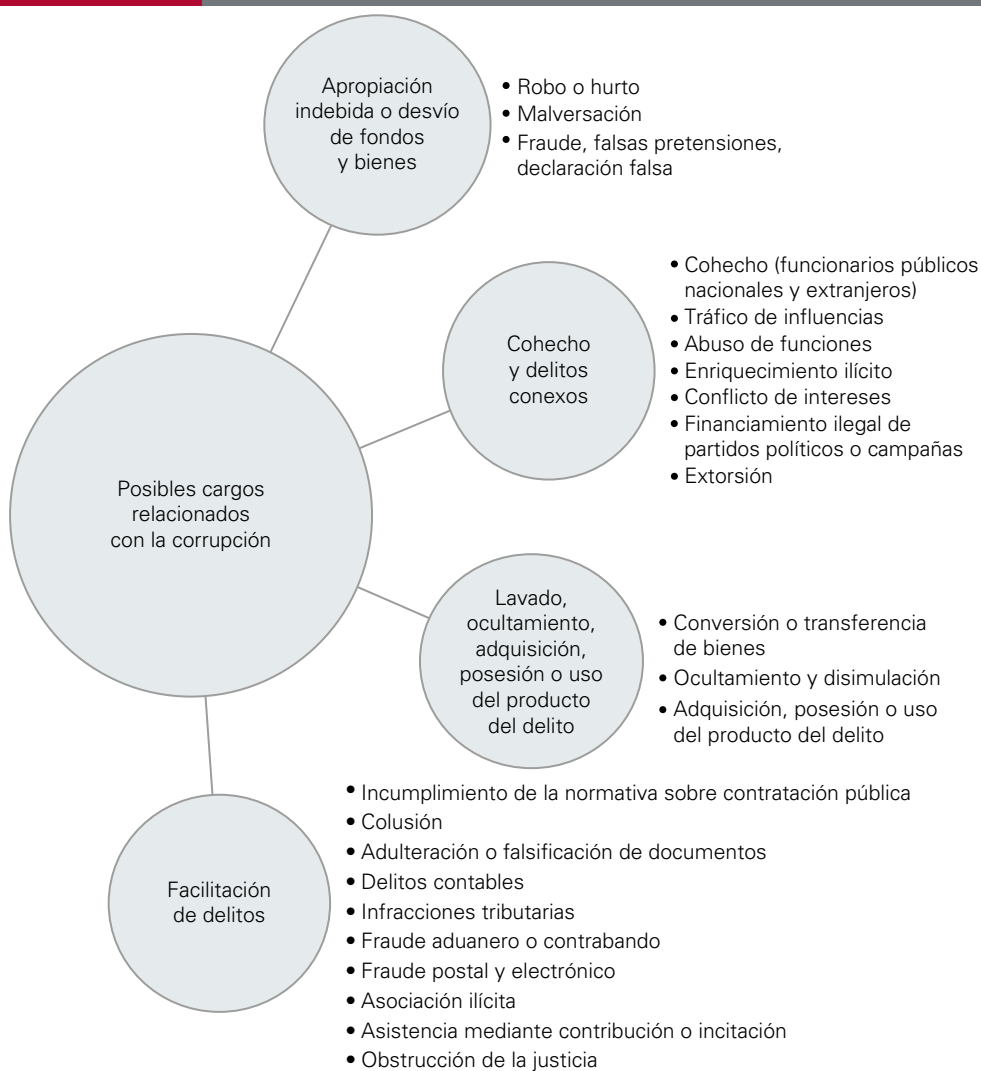
- FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering). 2001. “Report on Money Laundering Typologies, 2000–2001.” Report of the FATF Secretariat, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris. <http://www.apgml.org/includes/handlers/get-document.ashx?d=3d225555-d45d-44b8-8b32-a0ceeb781978>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2007. “Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing: High Level Principles and Procedures.” Guidance document, FATF Secretariat, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/High%20Level%20Principles%20and%20Procedures.pdf>.
- FATF (Financial Action Task Force). 2010. “Best Practices: Confiscation (Recommendations 3 and 38).” Guidance document adopted by FATF plenary, February 19, 2010. FATF Secretariat, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris. [http://www.fmu.gov.pk/docs/FATF%20Guidance%20Documents/BPP_Confiscation_R3_&_R38_\(February_2010\).pdf](http://www.fmu.gov.pk/docs/FATF%20Guidance%20Documents/BPP_Confiscation_R3_&_R38_(February_2010).pdf).
- FATF (Financial Action Task Force). 2019. “Interpretive Note to Special Recommendation III: Freezing and Confiscating Terrorist Assets.” <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/01/EK-13.pdf>.
- Greenberg, Theodore S., Larissa Gray, Delphine Schantz, Carolin Gardner, and Michael Latham. 2010. *Politically Exposed Persons: Preventive Measures for the Banking Sector*. Stolen Asset Recovery (StAR) Series. Washington, DC: World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2441/542500PUB0Expo101Public.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- United Nations Convention against Corruption (UNCAC), UN General Assembly Resolution 58/4 (October 31, 2003), United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna. <https://undocs.org/en/A/RES/58/4>.

Apéndice A. Delitos que deben considerarse en los procesos penales

Los profesionales intervinientes pueden acusar a una persona de diversos delitos penales, que se enumeran y clasifican en la siguiente figura.

FIGURA A.1

Cargos penales que deben considerarse en la recuperación de activos



Fuente: Banco Mundial.

Apropiación indebida o desvío de fondos y bienes

La categoría de “apropiación indebida o desvío de fondos y bienes”¹ comprende los delitos que se describen a continuación.

Robo o hurto. Estos delitos se definen generalmente como la apropiación indebida de bienes personales y materiales con la intención de privar de la propiedad al propietario legítimo. En este caso, los activos simplemente se toman sin el consentimiento del propietario legítimo (o, en algunas jurisdicciones, con el consentimiento obtenido mediante fraude). La extracción no autorizada en zonas protegidas o bosques públicos, o el saqueo de dinero en efectivo, cheques y otros instrumentos financieros de un banco central son ejemplos bien conocidos de robos cometidos por funcionarios públicos. En muchas jurisdicciones, los bienes raíces, los servicios o los activos intangibles no están incluidos en la definición de robo.

Malversación. Este delito penal suele definirse como la transferencia fraudulenta de propiedad que una persona física o jurídica en posesión legítima de bienes pertenecientes a otra persona física o jurídica realiza para su propio beneficio. Se aplica a funcionarios públicos o ejecutivos que cometan apropiación indebida, desvío o malversación de fondos o bienes que deben administrar para una entidad gubernamental (Gobierno central, local o municipal; organismo público, o empresa estatal). Implica la violación de los términos de un contrato de fideicomiso por el que se autoriza al delincuente a mantener los activos y administrarlos en beneficio del propietario legítimo. En varias jurisdicciones, la malversación de fondos no se aplica a la apropiación indebida de bienes inmuebles o servicios.

Son ejemplos de malversación la contratación y el pago a empleados que no cumplen con sus deberes (empleos ficticios), la compra de bienes o servicios a precios superiores a los del mercado (sobrefacturación) y el pago de honorarios por bienes o servicios inexistentes que no corresponden a una contraparte real (facturación ficticia).

Fraude, falsas pretensiones y declaración falsa. Por lo general, estos delitos se definen como a) la adquisición de un título o la posesión de bienes pertenecientes a otra persona mediante engaño intencional, o b) declaraciones falsas de hechos presentes o pasados. En algunas jurisdicciones, se considera que, cuando solo se obtiene la posesión del bien, se aplica el delito de robo o hurto por engaño. En otras jurisdicciones, el delito abarca la obtención de la posesión del bien incluso en ausencia del título.

Si bien la definición de este delito siempre se basa en un engaño intencional, la definición legal específica de las acciones engañosas puede variar. El siguiente es un ejemplo típico: un funcionario público ordena a sus subordinados pagar dinero u otorgar préstamos a empresas ficticias que no tienen actividad comercial real y son administradas por testaferros o familiares del funcionario.

¹ El artículo 17 de la UNCAC hace referencia a la malversación, la apropiación indebida u otras formas de desvío de bienes cometidas por un funcionario público.

Cohecho y delitos conexos

La categoría de “cohecho, tráfico de influencias, abuso de funciones y delitos conexos” comprende los delitos que se describen a continuación.

Soborno de funcionarios públicos nacionales (UNCAC, art. 15): Cuando se comete intencionalmente, consiste en

- “[l]a promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, o
- “[l]a solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (UNCAC, art. 16): Cuando se comete intencionalmente, consiste en

- “la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”, o
- “la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Tráfico de influencias (UNCAC, art. 18): Cuando se comete intencionalmente, consiste en

- “[l]a promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona”, o

- “[l]a solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”.

Abuso de funciones (UNCAC, art. 19): Consiste en “la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”.

Enriquecimiento ilícito (UNCAC, art. 20): Se define generalmente como “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Las autoridades que llevan adelante el procesamiento por enriquecimiento ilícito no están obligadas a demostrar el origen ilegal de los bienes para obtener condenas u órdenes de confiscación. Basta con demostrar que los ingresos legítimos de un funcionario público no pueden justificar el aumento de los activos o de los gastos. El funcionario público debe explicar de qué manera los bienes en cuestión provienen de fuentes lícitas. (Véase en el recuadro A.1 un ejemplo de Francia).

Conflicto de intereses. En algunas jurisdicciones, se considera delito que los funcionarios públicos participen de manera directa o indirecta en donaciones, contratos o decisiones que deban someterse a su opinión, supervisión, control o administración. En muchas jurisdicciones, constituye un delito que los funcionarios públicos encargados de supervisar las actividades de particulares o de empresas tengan un interés financiero en dichas actividades o empresas. Un ejemplo típico de conflicto de intereses se presenta cuando un funcionario público adjudica un contrato público a una empresa de la que es propietario directo o indirecto, o cuyo control ejerce de manera directa o indirecta.

Financiamiento ilegal de partidos políticos o campañas. Estos esquemas, que se encuentran abarcados por leyes que prohíben el financiamiento ilícito de actividades políticas y de actividades relacionadas con la corrupción, suelen involucrar a contratistas que inflan el precio de los contratos públicos. Dichos contratistas reasignan fondos derivados de la sobrefacturación a empresas “taxi” (llamadas así porque reciben el equivalente de los pagos ilícitos) que presentan facturas falsas. A cambio de ello, estas empresas financian actividades políticas. Estos esquemas también se encuadran en leyes sobre asociación ilícita o extorsión cuando es evidente que los contratistas reacios perderán sus negocios con el Estado si se niegan a participar en ellos.

Extorsión. En algunas jurisdicciones, este delito se define como el cobro de comisiones ilegales realizado por un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales valiéndose de amenazas orales o escritas, el temor, la coerción y la intimidación.

En Francia, hay dos disposiciones del Código Penal que revisten importancia en el contexto del enriquecimiento ilícito.

Procedimientos de condena

El artículo 321-6 establece que una persona puede ser condenada debido a su “incapacidad para justificar la relación entre sus ingresos y su estilo de vida, o el origen de un bien, mientras mantiene relaciones regulares con una o más personas involucradas en delitos graves o menores punibles con al menos cinco años de prisión y de las cuales obtiene un beneficio directo o indirecto, o que son víctimas de estos delitos”. Este delito se castiga con prisión de tres a siete años y permite la confiscación de todos los activos de la persona condenada.

Procedimientos de confiscación

El artículo 131-21 establece que se podrán confiscar todos los bienes del acusado, a menos que este pueda demostrar que dichos bienes son de origen legítimo. El delito debe ser castigado con al menos cinco años de prisión y debe haber generado un beneficio directo o indirecto.

Lavado, ocultamiento, adquisición, posesión o uso del producto del delito

Estos delitos están definidos en los artículos 23 y 24 de la UNCAC como:

- “[l]a conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos”;
- “[l]a ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito”;
- “[l]a adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito”;
- “[l]a participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión”;
- “el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Los delitos de lavado de dinero suelen aplicarse a todas las entidades financieras o no financieras, las empresas, las personas físicas y los intermediarios que, a sabiendas, realizan operaciones destinadas a ocultar el origen ilícito de los bienes. Los cargos por lavado de dinero deben tenerse en cuenta al planificar una estrategia de recuperación de activos, dado que los funcionarios corruptos deben invertir o gastar bienes obtenidos ilegalmente en centros financieros.

En muchos casos de corrupción, los planes de lavado de dinero facilitan la comisión del delito. En particular, una empresa puede pagar facturas falsas, y los fondos se destinan a cuentas extraterritoriales de contratistas o consultores. Estos intermediarios utilizan así los fondos para sobornar a funcionarios públicos corruptos en nombre de la empresa. En la mayoría de las jurisdicciones, la organización de dichos fondos destinados a fines ilícitos está comprendida en las leyes contra el lavado de dinero.

Facilitación de delitos

La facilitación de delitos incluye una amplia gama de delitos que se describen a continuación.

Incumplimiento de la normativa sobre contratación pública. Cuando los funcionarios públicos incumplen las normas de adquisiciones, con frecuencia lo hacen con el propósito de otorgar una ventaja indebida a determinados contratistas del Estado. A modo de ejemplo, un funcionario estatal responsable de las operaciones de contratación pública puede proporcionar información confidencial (como estimaciones de costos del Gobierno) a un licitante para garantizar que este posible contratista cuente con una ventaja significativa. Del mismo modo, los grandes contratos de adquisiciones pueden dividirse artificialmente en “tramos” más pequeños para evitar un proceso de licitación pública que sería obligatorio dado el costo total del proyecto. Alternativamente, durante la ejecución de un contrato, los funcionarios administrativos podrían convenir en pagar por bienes que no se entregan, servicios que no se prestan, o una cantidad o calidad de bienes que no se corresponde con las disposiciones del contrato.

Los contratos públicos adjudicados o ejecutados con costos considerablemente inflados benefician de manera ilícita al contratista. A cambio, el funcionario público puede verse recompensado con sobornos u otras ventajas recibidas de dicho contratista.

Colusión. Este delito penaliza los acuerdos (normalmente secretos) concertados entre dos o más personas para engañar a otros, inducirlos a error o defraudarlos privándolos de sus derechos legales; para alcanzar un objetivo prohibido por la ley, o para obtener una ventaja injusta. En particular, en los casos de corrupción suelen tener lugar acuerdos secretos entre empresas o entre una empresa y un funcionario público para limitar u organizar la competencia o fijar precios en las adquisiciones públicas. Un funcionario público que redacta las declaraciones de trabajo o los términos de referencia de un proceso de licitación pública basándose en la información proporcionada por un posible oferente comete colusión.

Adulteración o falsificación de documentos. Este delito implica la falsificación o alteración del contenido, de la fecha o de las firmas de las partes o los testigos en cualquier documento privado o público que genere una obligación, una liberación o una transferencia de derechos.

Delitos contables. Son una herramienta común para organizar o facilitar la corrupción o la apropiación indebida de bienes, e incluyen la falsificación de cuentas, libros, registros o estados financieros. En particular, las empresas emiten o registran facturas ficticias o falsas para justificar y ocultar pagos indebidos a intermediarios, administrar fondos destinados a fines ilícitos y pagar sobornos.

Un esquema común consiste en empresas privadas que pagan facturas falsas presentadas por intermediarios que se hacen pasar por consultores y que utilizan los fondos para sobornar a funcionarios. En este caso, la contabilidad tanto de la empresa como del “consultor” registra transacciones ficticias.

Infracciones tributarias. Los esquemas que implican la tergiversación de las transacciones en la contabilidad o en los registros financieros de una empresa darán como resultado la sobreestimación o subestimación de los activos, los ingresos o los gastos, por lo que se modificarán ilegalmente los ingresos imponibles o los gastos deducibles. Este es el caso típico de las facturas falsas o ficticias que incrementan las cuentas de compras, lo que reduce los beneficios imponibles de la entidad en cuestión.

Fraude aduanero o contrabando. La corrupción, la apropiación indebida de bienes y el lavado de dinero suelen implicar el transporte ilegal de dinero o la transferencia de bienes al país afectado o hacia fuera de este. El fraude aduanero también puede implicar la importación libre de derechos de bienes que supuestamente transitarán por el país, pero que, en realidad, se venden ilegalmente en dicho territorio.

Fraude postal y electrónico. Algunas jurisdicciones penalizan el fraude postal y electrónico. Por ejemplo, en Estados Unidos constituye un delito idear un plan para estafar u obtener dinero o bienes mediante pretensiones falsas o fraudulentas, y utilizar la infraestructura de correo postal o de telecomunicaciones (teléfono, fax y correo electrónico) para ejecutar el plan. Este delito penal también se aplica a los funcionarios públicos que obtienen dinero de formas que no suelen definirse como ilícitas.

Asociación ilícita. Este delito consiste en acuerdos entre dos o más personas para violar la ley en algún momento en el futuro. Las medidas acordadas suelen incluir fraude, corrupción, apropiación indebida de bienes y lavado de dinero. En algunas jurisdicciones, solo pueden presentarse cargos por asociación ilícita cuando los delinquentes cometen al menos un acto manifiesto como parte del acuerdo en cuestión.

Asistencia mediante contribución o incitación. Un cómplice no comete un delito penal, pero participa ayudando al autor principal. Cuando es procesado por el mismo delito, se enfrenta a las mismas sanciones penales.

La **obstrucción de la justicia** (UNCAC, art. 25) incluye lo siguiente:

- “[e]l uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”;
- “[e]l uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

En algunos países o sistemas, la obstrucción de la justicia también incluye el ocultamiento de pruebas importantes para la investigación o los procedimientos.

Apéndice B. Explicación de determinados vehículos corporativos y condiciones comerciales

“Vehículo corporativo” es un concepto amplio que hace referencia a todas las formas de personas jurídicas y de mecanismos jurídicos a través de los cuales se realiza una amplia variedad de actividades comerciales y se mantienen activos. A continuación, se presentan las definiciones, descripciones y ejemplos de diversos vehículos y términos empresariales relacionados.

Acción al portador: Este instrumento negociable otorga la propiedad de una empresa a la persona que posee el certificado de acciones al portador. Se considera que la persona que tiene la posesión física del certificado de acciones al portador es el accionista legal de la sociedad que emite dichas acciones y puede ejercer todos los derechos de un accionista. Muchas jurisdicciones han introducido salvaguardas —por ejemplo, exigiendo la inmovilización o la desmaterialización— para garantizar que no se abuse de estos instrumentos. La inmovilización exige que las acciones estén en manos de una institución financiera regulada o un intermediario profesional. Las acciones al portador se desmaterializan cuando las acciones deben convertirse en acciones registradas o en títulos que dan derecho a la suscripción de acciones a un precio determinado. Además, los países pueden exigir a los titulares de acciones al portador que informen sus identidades a la empresa, y a la empresa que registre dichas identidades cuando los accionistas quieran ejercer el derecho de voto que les confieren sus acciones, cobrar dividendos o mantener cierto nivel de participación dominante.

Accionista nominal: Se trata de una persona física o jurídica que aparece como accionista registrado en una sociedad, pero que mantiene las acciones en nombre de otra persona (normalmente no revelada), que recibe el nombre de “titular real”. En ocasiones, en un acuerdo de accionista nominal, este emite un documento legal confidencial (como una declaración de confianza, una escritura de transferencia, un acuerdo de servicios nominales o un instrumento similar) que queda en poder del titular real. Con respecto a las acciones que cotizan en bolsa, los accionistas nominales que, por ejemplo, registran acciones a nombre de corredores de bolsa están normalmente legitimados para facilitar la compensación y la liquidación de las operaciones.

Actividades y profesiones no financieras designadas: Este término abarca casinos (incluidos los casinos en línea), agentes inmobiliarios, comerciantes de metales y piedras preciosas, abogados, notarios, otros profesionales del derecho independientes y contadores, y proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos.

Agencia: En el marco de una relación de agencia, el mandante (normalmente, el cliente) contrata a un agente para que desempeñe tareas sobre la base de un acuerdo. Son ejemplos de la relación mandante-agente la que existe entre un abogado o un contador y sus respectivos clientes, o entre el empleador y el empleado. Un agente puede crear un vehículo corporativo, abrir una cuenta bancaria o prestar servicios de gestión en nombre del mandante, pero tal vez no lo haga en nombre propio. A diferencia de lo que sucede en el caso de los fideicomisos, cuando se establece la relación de agencia, no se transmite el título de propiedad a la cuenta donde se depositan los activos, de modo que el mandante sigue siendo el propietario legal.

Asociación: Se trata de una organización afiliada cuyos miembros (personas físicas o jurídicas) o sus representantes electos constituyen el máximo órgano de gobierno. Se puede crear una asociación para beneficiar al público en general o atender los intereses mutuos de sus miembros. El carácter de persona jurídica de una asociación suele depender de que dicha asociación esté o no registrada. Las asociaciones registradas pueden gozar de los mismos beneficios que otras personas jurídicas.

Cadena de vehículos corporativos: Este término generalmente se refiere a grupos de dos o más vehículos corporativos conectados a través de la propiedad legal, los intereses o el control.

Carta de deseos: En esta carta, que a menudo acompaña a los fideicomisos discrecionales, se establecen los deseos del fideicomitente sobre cómo espera que el fideicomisario lleve a cabo los deberes fiduciarios, de quién debe aceptar instrucciones este último y quiénes deben ser los beneficiarios (el propio fideicomitente podría ser uno de ellos). Si bien una carta de deseos no es jurídicamente vinculante para los depositarios, el fideicomisario suele seguir los deseos allí expresados.

Control: El término se refiere a la facultad directa o indirecta de dirigir o incidir en la dirección de la gestión y las políticas de un vehículo corporativo, o a la capacidad de ejercer una influencia significativa en él.

Director corporativo: Se trata de una entidad corporativa, no de una persona física, que se desempeña como director de otra entidad corporativa y desempeña las funciones correspondientes.

Director nominal: Esta persona figura como el director registrado en una empresa en nombre de otra persona (normalmente no revelada) que recibe el nombre de “titular real”. En algunos acuerdos de director nominal, este emite un documento legal confidencial (un acuerdo de mandato, un acuerdo de servicios nominales o un instrumento similar) que queda en poder del titular real. Cuando el director nominal es una empresa, se denomina “director corporativo”. Algunas jurisdicciones no reconocen a los directores nominales. En consecuencia, la persona que acepta la dirección está sujeta a todos los requisitos y obligaciones de un director (incluidas las obligaciones fiduciarias), aun cuando actúa de forma nominal. En ciertas jurisdicciones, los directores nominales no pueden ser indemnizados por el titular real.

Ejecutor: A los efectos de un fideicomiso o de una fundación, el ejecutor es la persona facultada para exigir el cumplimiento del fideicomiso y, si fuera necesario, acudir a los tribunales para lograrlo. En el caso de las organizaciones benéficas, el ejecutor suele ser el funcionario judicial superior de la jurisdicción: el procurador general o alguna autoridad equivalente. Sin embargo, en el caso de las organizaciones con fines no benéficos, se designa a una persona independiente que es responsable de garantizar que se cumpla el propósito del fideicomiso, que tiene la facultad de entablar una acción judicial a tales efectos y que puede ser obligada a rendir cuentas en sede judicial por el incumplimiento de sus funciones¹.

Empresa: Las empresas mantienen una personería jurídica independiente de sus accionistas, los propietarios. El control de una empresa normalmente recae en la junta directiva o el directorio, y los accionistas tienen un poder limitado para administrarla. Las facultades otorgadas a los accionistas a menudo incluyen el derecho a elegir directores, a participar y votar en las asambleas generales de accionistas y a aprobar operaciones extraordinarias que den lugar a la venta de la empresa. Por lo general, las empresas se constituyen con una duración ilimitada. En la mayoría de los casos, los accionistas están protegidos por un régimen de responsabilidad limitada, lo que significa que su responsabilidad frente a la empresa y a los acreedores de la empresa se limita a su inversión. Muchas jurisdicciones extraterritoriales brindan la posibilidad de registrar empresas extranjeras o extraterritoriales, y empresas comerciales internacionales o empresas exentas. Las empresas extranjeras o extraterritoriales son sociedades constituidas en una jurisdicción diferente, pero registradas para operar en la jurisdicción anfitriona. Las empresas comerciales internacionales o las empresas exentas son sociedades constituidas en la jurisdicción anfitriona, pero no están autorizadas para operar en el mercado local. Por lo general, estas últimas están exentas del pago de impuestos locales.

Empresa comercial internacional: Este vehículo, a veces denominado “empresa exenta”, es la principal forma corporativa empleada por no residentes en centros financieros extraterritoriales. La empresa comercial internacional tiene las características de una empresa, pero no está autorizada a operar dentro de la jurisdicción donde se ha constituido y suele estar exenta del pago de los impuestos locales sobre la renta. En la mayoría de las jurisdicciones, las empresas de este tipo no están autorizadas a prestar servicios bancarios, de seguros ni otros servicios financieros.

Empresa extranjera o extraterritorial: Estas empresas están constituidas en una jurisdicción diferente, pero están registradas para operar en la jurisdicción anfitriona.

¹ Marks Paneth (2017), “Use a Noncharitable Purpose Trust to Achieve a Variety of Goals” (Valerse de una organización con fines no benéficos para alcanzar diversos objetivos), sitio web de Marks Paneth (blog), 3 de agosto de 2017, <https://www.markspaneth.com/blog/2017/use-a-noncharitable-purpose-trust-to-achieve-a-variety-of-goals>.

Empresa fiduciaria privada: Se trata de una sociedad constituida con el único objetivo, establecido expresamente, de actuar como administrador de un fideicomiso específico o de un grupo de fideicomisos, donde cada beneficiario es una persona vinculada al fideicomitente y cada fideicomitente de dicho fideicomiso es una persona vinculada al fideicomitente de cualquier otro fideicomiso al que dicha empresa preste servicios comerciales. La expresión “persona vinculada” incluye todas las relaciones establecidas por lazos de sangre, matrimonio y adopción. Las empresas fiduciarias privadas no deben solicitar ni prestar servicios de fideicomiso al público. Normalmente, están administradas por su junta directiva, integrada por una combinación de miembros o representantes de la familia y profesionales con experiencia en derecho fiduciario y administración fiduciaria.

Fideicomiso: Este vehículo permite la separación de la propiedad legal de la titularidad efectiva. Se trata de un mecanismo por el cual una persona administra bienes (reales, tangibles e intangibles) en beneficio de otras. Un fideicomiso es creado por uno o más fideicomitentes que confían bienes a uno o más fideicomisarios. Estos últimos son propietarios legales de los bienes fiduciarios, pero están obligados a actuar en provecho de los beneficiarios (normalmente especificados por los fideicomitentes, que poseen lo que se denomina “título equitativo”). Los fideicomisarios tienen una obligación fiduciaria con los beneficiarios, que son los titulares reales de los bienes fiduciarios. El fideicomiso no es en sí mismo una entidad con personería jurídica. Todas las operaciones fiduciarias se llevan a cabo en nombre de los fideicomisarios. Si bien estos últimos son los propietarios legales, los bienes fiduciarios constituyen un fondo separado que no forma parte de su patrimonio personal. Por lo tanto, ni los bienes personales ni las responsabilidades personales de los fideicomisarios están vinculados al fideicomiso, por lo que los bienes del fideicomiso están fuera del alcance de los acreedores personales de los fideicomisarios.

Fideicomiso para fines específicos: En este fideicomiso, el fondo fiduciario se pone en manos de los fideicomisarios para cumplir determinados fines y no para beneficio de los beneficiarios. El fideicomiso puede establecerse con fines benéficos o no benéficos, dependiendo de la jurisdicción. Los fideicomisos de protección de activos son un tipo de fideicomiso para fines específicos.

Fundación: Una fundación es un tipo de persona jurídica cuyo patrimonio está destinado al cumplimiento de un fin específico, y que carece de propietarios o accionistas. Por lo general, las fundaciones son administradas por una junta directiva de acuerdo con lo establecido en un documento constitutivo. Algunas jurisdicciones restringen las fundaciones a fines públicos (fundaciones públicas); otras permiten establecer fundaciones con fines privados (fundaciones privadas). Las jurisdicciones de derecho anglosajón suelen permitir la creación de sociedades de responsabilidad limitada por garantía (esencialmente equivalentes a una fundación de derecho civil), pero reguladas por el derecho societario. En algunas de estas jurisdicciones también se permite que haya sociedades de responsabilidad limitada por garantía con acciones (empresas híbridas). Una entidad híbrida funciona como una fundación, pero emite acciones como una empresa.

Mecanismo jurídico: Un mecanismo jurídico se refiere a los fideicomisos expresos u otros mecanismos similares, como el *fiducie* (término francés) y el *Treuhand* (término alemán).

Persona jurídica: El término se refiere a entidades corporativas, fundaciones, instituciones, sociedades colectivas, asociaciones u organismos similares que puedan establecer una relación proveedor-cliente estable con una institución financiera o poseer bienes.

Poder: Un poder o una carta poder en los sistemas de derecho anglosajón, o un mandato en los sistemas de derecho civil, es una autorización para actuar en nombre de otra persona en un asunto legal o comercial. La persona que autoriza a la otra persona a actuar es el mandante u otorgante del poder, y la persona que está autorizada para actuar es el mandatario, el apoderado o (en muchas jurisdicciones de derecho anglosajón) simplemente el abogado.

Prestador de servicios fiduciarios y empresariales: El término se refiere a cualquier persona o empresa que preste cualquiera de los siguientes servicios a terceros: actuar como agente encargado de la creación de personas jurídicas o mecanismos jurídicos; desempeñar (o arbitrar los medios para que otra persona desempeñe) el cargo de director o secretario de una empresa, socio de una sociedad colectiva o un cargo similar en relación con otras personas jurídicas; proporcionar una oficina registrada, una dirección u oficina comercial, una dirección de correspondencia o una dirección administrativa para una empresa, una sociedad colectiva o cualquier otra persona jurídica o mecanismo jurídico; desempeñarse (o arbitrar los medios para que otra persona se desempeñe) como fideicomisario de un fideicomiso expreso, o desempeñarse (o arbitrar los medios para que otra persona se desempeñe) como accionista nominal por otra persona.

Propietario legal: El propietario legal de un vehículo corporativo se define como la persona física, la entidad jurídica o la combinación de ambas reconocida por ley como propietaria de dicho vehículo corporativo.

Protector: El protector de una empresa, un fideicomiso o una fundación es la persona que tiene poder de supervisión sobre dicha empresa, fideicomiso o fundación. El poder de supervisión concedido al protector está determinado por el encargado de la constitución de la empresa, el fideicomitente o el fundador, según el caso. Si bien el protector no es un fideicomisario, un director ni un miembro del consejo de la fundación, tiene derecho a obtener información completa, lo que incluye el derecho de asistir a las reuniones organizativas. Asimismo, puede tener facultades de veto en ciertas áreas clave (como los honorarios, los cronogramas y los receptores de las distribuciones, y la designación de beneficiarios) y puede estar facultado para contratar y despedir fideicomisarios y directores.

Sociedad colectiva: Una sociedad colectiva es la asociación de dos o más personas o entidades constituida para llevar a cabo actividades comerciales. A diferencia de las sociedades por acciones, las sociedades colectivas tradicionales son entidades en las que al menos uno de los socios (en el caso de las sociedades comanditarias) o todos ellos (en el caso de las sociedades colectivas en general) son solidariamente responsables. En una sociedad comanditaria, los socios comanditarios responden de forma limitada, siempre que no participen activamente en las decisiones de administración ni obliguen a la sociedad. En los últimos años, algunas jurisdicciones han habilitado la creación de sociedades de responsabilidad limitada, en las que todos los socios, independientemente de su participación en la administración de la entidad, tienen responsabilidad limitada. A los efectos tributarios, se considera que las sociedades colectivas son vehículos que permiten que las ganancias y las pérdidas, así como los impuestos correspondientes, se distribuyan entre los socios.

Sociedad de responsabilidad limitada (en inglés, *limited liability partnership* [LLP] y *limited liability company* [LLC]): Se trata de una entidad comercial cuyos propietarios (conocidos como miembros) tienen responsabilidad limitada. A diferencia de las empresas que tienen una personería jurídica distinta de sus propietarios, este tipo de sociedad se caracteriza por su carácter indisociable a los efectos fiscales. Por lo tanto, las ganancias y las pérdidas, así como los impuestos correspondientes, se distribuyen entre los miembros. Una sociedad de responsabilidad limitada puede ser administrada por sus propios miembros o por uno o más gerentes contratados en virtud de los términos contenidos en el instrumento constitutivo.

Sociedad fantasma: Esta clase de empresa no realiza operaciones independientes, carece de activos importantes, no lleva a cabo actividades comerciales y no tiene empleados. Las sociedades fantasma no son ilegales y pueden tener fines comerciales legítimos.

Sociedad preconstituida: Por lo general, este término se emplea para describir una modalidad por la cual se constituye una empresa (mediante un acta constitutiva estándar o un convenio constitutivo, y con accionistas, directores y secretarios inactivos) y se la mantiene inactiva para su posterior venta. Cuando la empresa se vende, los accionistas inactivos transfieren sus acciones al comprador, y los directores y secretarios presentan sus renunciaciones. En el momento de la transferencia, el comprador también recibe los antecedentes crediticios y tributarios de la empresa.

Titular real: El titular real es la persona física que, en última instancia, ostenta la propiedad o el control del vehículo corporativo o se beneficia de sus activos, la persona en cuyo nombre se realiza una transacción, o ambas. El término también abarca a aquellas personas que, en última instancia, ejercen el control efectivo de una persona jurídica o un mecanismo jurídico. Dicha propiedad o control podría mantenerse o ejercerse de manera directa o indirecta.

Apéndice C. Modelo de informe de la unidad de inteligencia financiera

Unidad de Inteligencia Financiera

Para: Jefe de Policía, Fiscalía u otra autoridad competente

De: Director de la Unidad de Inteligencia Financiera

Fecha: 1 de marzo de 2020

Asunto: **Fondo Benéfico John Smith**

Estrictamente confidencial

Este documento es confidencial y debe ser considerado como información financiera sensible en materia de aplicación de la ley. Los datos que en él figuran deben utilizarse únicamente con fines de inteligencia; no deben difundirse ni darse a conocer, total o parcialmente, a ninguna persona, organismo u organización, y no podrán utilizarse en ningún procedimiento judicial o administrativo sin el consentimiento previo por escrito de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

La presente causa fue iniciada por la UIF luego de que esta recibió un reporte de operaciones sospechosas en el que se señalaba la existencia de irregularidades en una cuenta relacionada con el **Fondo Benéfico John Smith**. Entre las presuntas irregularidades figura la posibilidad de que dicho fondo esté involucrado en delitos relacionados con el lavado de dinero o en la violación de otras disposiciones de la Ley contra el Lavado de Dinero.

El 25 de enero de 2020, la UIF recibió un reporte de operaciones sospechosas sobre el **Fondo Benéfico John Smith**. Descubrió que el número de cuenta **17026557** estaba involucrado en aproximadamente **48** transacciones sospechosas de **USD 9000** cada una. Dicho número pertenece a una organización no gubernamental (ONG) denominada **Fondo Benéfico John Smith**. El 23 de marzo de 2017, dicha entidad se registró con el número **5110282** como **Fondo Benéfico John Smith**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del reglamento de 1985 sobre el registro y el funcionamiento de las ONG. El certificado de registro lleva el número de serie **99951**. La dirección de contacto de la ONG es **100 Palm Street, Smithville, Smith Islands**,

teléfono celular: 255-401-050, fax: 251-401-202. Su actividad general, según lo estipulado en los documentos de registro, es “[f]omentar las donaciones de los ciudadanos de Smith Islands, y de instituciones, organizaciones no gubernamentales y organizaciones benéficas, y organizar conciertos, obras de teatro y encuentros deportivos”. Los fundadores de la entidad son tres:

1. **Robert FRANK**, nacido el 1 de mayo de 1980 en Jonesville, Smith Islands; **documento de identidad n.º 1000718145**; dirección: 195 Palm Street, Smithville; teléfono celular: 255-505-233; actual ministro de Deportes y Juegos; miembro del partido político de la Alianza para Smith Islands (ASI); primo del actual primer ministro, Thomas MARK.
2. **Betty FRANK**, nacida el 17 de mayo de 1985 en Jonesville, Smith Islands; **documento de identidad n.º 1009875847**; dirección: 195 Palm Street, Smithville; teléfono celular: 255-211-440; correo electrónico: betty.frank@gmail.com; cónyuge de Robert FRANK.
3. **Anthony SMITH**, nacido el 14 de junio de 1975 en Marksville, Smith Islands; **documento de identidad n.º 1000719109**; dirección: 8097 Yankee Way, Marksville; teléfono celular: 255-540-050; correo electrónico: tony.smith@gmail.com; persona autorizada para abrir y operar las cuentas bancarias del **Fondo Benéfico John Smith** en Peoples Bank, Mountain Bank y River Bank; empresario, copropietario de Smithville Brewery; primo segundo de Robert FRANK; asesor actual del primer ministro MARK, y tesorero del partido político ASI.

La cuenta n.º 17026557 fue abierta en Peoples Bank. En dicho banco está radicada la citada cuenta, n.º 17026557, que entre el 31 de marzo de 2018 y el 3 de enero de 2019 registró un flujo de caja total de USD 733 987,52. **Anthony SMITH** firmó las órdenes de depósito de los depósitos sospechosos descritos anteriormente. En al menos tres ocasiones, acudió a Peoples Bank con varios cientos de miles de dólares en billetes nuevos de USD 100 repartidos en paquetes de 100 billetes. Manifestó a los empleados del banco que el dinero provenía de donaciones realizadas por varias personas al **Fondo Benéfico John Smith** y que se encontraba allí para depositar el dinero en la cuenta del fondo. En cada ocasión, completó varias órdenes de depósito, la mayoría por la suma de USD 9000 (algunas fueron por montos menores), firmando cada orden de depósito con su propio nombre. En la actualidad, no se dispone de información sobre el origen real del dinero depositado.

Entre agosto de 2018 y octubre de 2018, se depositó un monto total de USD 492 000 en la cuenta mencionada. La mayor parte de este dinero ingresó mediante 48 depósitos de USD 9000. El dinero fue depositado de la siguiente manera:

En la **cuenta del fondo** figuraban alrededor de 59 operaciones. La mayor parte de los aproximadamente **48 depósitos en efectivo** fueron de USD 9000, realizados por una sola persona. La ONG **Fondo Benéfico John Smith** abrió cuentas en todos los bancos que operan en las Smith Islands, y **Anthony SMITH** figura como persona autorizada en

todas las cuentas. Al **1 de enero de 2018**, el valor total de estas es de aproximadamente USD 1 766 039,47.

Fecha	Número de depósitos	Monto del depósito (USD)
19 de agosto de 2018	5	9000
5 de septiembre de 2018	20	9000
5 de septiembre de 2018	1	10 000
5 de septiembre de 2018	3	5000
6 de septiembre de 2018	20	9000
6 de septiembre de 2018	7	5000
20 de septiembre de 2018	2	9000
3 de octubre de 2018	1	9000

Apéndice D. Planificación de la ejecución de una orden de allanamiento e incautación

- Identificar los activos en las cuentas bancarias y adoptar las medidas necesarias para protegerlos, ya sea antes del allanamiento o simultáneamente (por ejemplo, mediante órdenes de congelamiento).
- Identificar el tipo de lugar que se registrará (por ejemplo, una residencia o una empresa).
- Determinar la probabilidad de que estén presentes civiles o personas ajenas a la investigación, y planificar en consecuencia. Evitar, si fuese posible, los horarios pico de actividad.
- Considerar, si corresponde, la posibilidad de cerrar la empresa durante la ejecución de la orden.
- Determinar el número de oficiales necesarios para llevar a cabo un allanamiento seguro y exhaustivo.
- Tomar las precauciones necesarias para mantener la integridad de la operación. No permitir que las personas investigadas sean advertidas de que se llevará a cabo el allanamiento.
- Ejecutar la orden de conformidad con la autorización, es decir, durante el horario habitual de trabajo.
- Si la ley lo permite y resulta beneficioso para la investigación, considerar la posibilidad de ejecutar la orden de allanamiento después del horario habitual de trabajo.
- Averiguar si el lugar está equipado con un sistema de alarma o cuenta con personal de seguridad armado, cámaras, patrullaje canino, etc. Planificar la operación en consecuencia.
- Brindar una completa sesión informativa a todos los funcionarios involucrados en la ejecución de la orden.
- Incluir en la sesión informativa toda información pertinente sobre los objetivos y los lugares que serán allanados.
- Proporcionar, si estuvieran disponibles, mapas, planos esquemáticos u otra información pertinente sobre las residencias o las empresas.
- Asignar una función a cada agente involucrado en la ejecución de la orden. Las asignaciones deberán ser realizadas por el investigador principal. Algunas de estas funciones son las siguientes:
 - Un *equipo de entrada* ingresa primero y se cerciora de que el lugar sea seguro para que los demás agentes puedan llevar a cabo un allanamiento seguro y exhaustivo. Al ingresar en el edificio, el equipo debe desconectar las líneas telefónicas.

- Un *equipo de perímetro* puede resultar útil cuando el allanamiento tiene lugar en un entorno hostil. Estos oficiales brindan seguridad en la zona y permiten al equipo de búsqueda llevar a cabo un allanamiento seguro y exhaustivo.
- Los *oficiales de búsqueda* trabajan en equipos de dos, si es posible, para ayudar a evitar o refutar las acusaciones de manipulación de pruebas. El investigador principal puede determinar los lugares específicos que serán registrados por cada equipo.
- Un *camarógrafo o fotógrafo* registra la ejecución de la orden y documenta el hallazgo de las pruebas. Al tomar las fotos, cuando corresponda, se deberán dimensionar las imágenes colocando una regla u otro objeto que indique el tamaño junto a los objetos fotografiados.
- Un *custodio de las pruebas* recibe y registra todas las pruebas halladas e incautadas por los oficiales de búsqueda, con lo que se mantiene un registro de cadena de custodia.
- Durante la etapa de planificación, se debe conformar un *equipo de entrevistas*, del que forme parte el investigador principal. Si las personas investigadas están presentes y acceden a ser entrevistadas, las preguntas deben formularse en un área adecuada que no obstaculice el allanamiento en curso.
- Un *especialista en informática forense* puede ser útil a la hora de recopilar y salvaguardar las pruebas. Los datos electrónicos e informáticos deben recopilarse de manera tal de evitar su pérdida, destrucción o daño, y posibles reclamos de la persona investigada en el sentido de que los datos fueron manipulados posteriormente por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (por ejemplo, preparando una copia espejo de los datos). Si la unidad de investigación u otras unidades relacionadas no cuentan con expertos en informática forense capacitados, el investigador deberá considerar la posibilidad de recurrir al sector privado o solicitar asistencia a otras jurisdicciones.

Apéndice E. Modelo de orden de exhibición de documentos para instituciones financieras

Orden de exhibición de documentos dirigida al BANCO ABC que se enviará a un funcionario autorizado de dicha entidad

Asunto: Investigación de

- La cuenta número 12345678 radicada en el BANCO ABC a nombre de John Doe.
- La empresa XYZ, constituida en Delaware (Estados Unidos), con un agente registrado en Douglas (Isla de Man) y una oficina en Londres (Inglaterra).
- Los titulares reales (desconocidos) de cuentas o fondos relacionados con las personas y entidades mencionadas.

La orden de exhibición de documentos

De conformidad con [*la ley aplicable*], se ordena al representante autorizado del BANCO ABC presentar los documentos indicados a continuación ante la Fiscalía de [*juez, juez de instrucción u otra autoridad pertinente*] a más tardar el [*fecha*]. El incumplimiento intencional de la presente orden constituye un delito penal castigado con multa, con prisión o con ambos.

[*Si lo autoriza la ley*] Se ordena al BANCO ABC no divulgar a ninguna persona ajena a dicha entidad la existencia de la presente orden, la identidad de las personas que figuran en ella ni los documentos que deben presentarse. Tampoco podrá divulgar la información que se presente a la Fiscalía de [*juez, juez de instrucción u otra autoridad pertinente*] hasta que se dicte una nueva orden.

La presente orden abarcará el período comprendido entre [*fecha*] y [*fecha*] o entrará en vigor a partir de la fecha en que sea recibida por el BANCO ABC.

Deberá incluir todos los documentos relacionados con las personas físicas, las personas jurídicas y los titulares reales mencionados anteriormente, ya sea de forma individual o junto con otras personas físicas o jurídicas, y los documentos correspondientes a las cuentas respecto de las cuales dichas personas son o fueron fideicomisarios, cuentan o

contaban con autorización de firma, tenían un poder o estaban autorizadas a realizar operaciones comerciales. Esto incluye, entre otras cosas, lo siguiente:

Apertura de cuentas, identificación de clientes e instrucciones

1. Los documentos de apertura de cuentas de los servicios o líneas de actividad proporcionados por el BANCO ABC, incluidas, entre otras, las instituciones subsidiarias y corresponsales, y, si corresponde, los documentos de cierre de todas las cuentas relacionadas con las personas físicas y jurídicas mencionadas anteriormente. En el caso de la empresa XYZ, los documentos deben incluir escrituras de constitución, resoluciones y actas institucionales, acuerdos de asociación, poderes y tarjetas de firma (frente y dorso) que guarden relación con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
2. Extractos bancarios, estados de cuenta periódicos y resúmenes de cuenta de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
3. La identidad del titular real de las cuentas relacionadas con las personas mencionadas anteriormente y los documentos en los que figura esta información. Esto incluirá, entre otras cosas, toda la documentación justificativa presentada por la parte contratante o el titular real, o preparada por una institución financiera, un empleado o un tercero en nombre de la parte contratante o el titular real.
4. La información obtenida por el BANCO ABC sobre la identificación y la verificación de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
5. Números de identidad nacionales, números tributarios, números de identificación de clientes, fecha y lugar de nacimiento, y los números o métodos de referencia (distintos del número de cuenta) que el BANCO ABC utilice para identificar a las personas o los titulares reales mencionados.
6. En el caso de las personas mencionadas anteriormente, los contratos de caja de seguridad, la identidad de todas las personas con acceso a la caja, los documentos que indiquen las fechas de acceso y cualquier video u otro medio electrónico que muestre a las personas autorizadas que visitaron el área correspondiente.
7. Las instrucciones para el cliente sobre cuándo y cómo deben entregarse los estados de cuenta, y las relativas a la información de contacto electrónico, por voz o por correo postal del BANCO ABC.
8. La identidad de los empleados del BANCO ABC que tengan o hayan tenido alguna responsabilidad vinculada al manejo de las cuentas de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
9. Todos los registros de cargos por llamadas telefónicas locales y de larga distancia, incluidas las facturas telefónicas, y todos los registros de cargos por otros servicios de comunicación, télex, mensajería urgente y servicios de correo en los que hayan incurrido las personas o los titulares reales mencionados anteriormente, o en los que se haya incurrido en su nombre. En cada caso en que haya mediado contacto, deberá identificarse al funcionario del banco que intervino, y deberán presentarse las notas, los documentos y la información que se hayan entregado o recibido durante el contacto, o la información referida al envío o la recepción de paquetes, cartas, faxes y correos electrónicos.

Documentación relativa a la diligencia debida

10. Los documentos de diligencia debida con respecto a los clientes que haya elaborado el BANCO ABC sobre las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
11. Cuando una persona relacionada con una transacción, una cuenta, una transferencia electrónica, un mensaje SWIFT o cualquier otra acción identificada por esta orden haya sido identificada por el BANCO ABC como el titular real o una persona expuesta políticamente (según se define en las políticas y los procedimientos de dicha entidad), se deberá proporcionar lo siguiente:
 - a. todos los archivos de diligencia debida y diligencia debida mejorada;
 - b. los documentos en los que se identifican las normas y las alertas de los sistemas de tramitación y cumplimiento del BANCO ABC para identificar y separar las operaciones relacionadas con los clientes, las cuentas, las personas expuestas políticamente identificadas, otros funcionarios públicos, los que hayan abandonado recientemente la función pública y los titulares reales, y los documentos relacionados con las transacciones o dudas que hayan activado una alerta;
 - c. la identidad de los empleados del BANCO ABC que manejan los expedientes de diligencia debida y los sistemas de alerta relacionados con la presente orden.

Transferencias electrónicas entrantes y salientes, y documentos relacionados

12. Los documentos relacionados con las transferencias de fondos entrantes y salientes, nacionales o transfronterizas (por ejemplo, por Fedwire, CHIPS o CHAPS) a favor o en nombre de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente, incluidos, entre otras cosas, los formularios de solicitud de transferencia electrónica, los detalles de las operaciones, las confirmaciones, las notas de débito, los asientos de diario y los registros internos.
13. Los documentos relacionados con los mensajes SWIFT cuya entidad originante, destinataria o intermediaria sea el BANCO ABC, y las instituciones intermediarias o corresponsales relacionadas, a favor o en nombre de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente, lo que incluye, entre otras cosas:
 - a. mensajes SWIFT, entre ellos los mensajes SWIFT MT 100, MT 103, MT 202, MT 202 COV, MT 199 y MT 299, y otros mensajes SWIFT (incluidos los relacionados con operaciones comerciales y con valores);
 - b. instrucciones por fax, correo postal, correo electrónico o teléfono; formularios de solicitud de transferencia electrónica; detalles de operaciones; confirmaciones; notas de débito; asientos de diario, o registros internos;
 - c. los “elementos de reparación” o los rechazos de transferencias de fondos o mensajes SWIFT, así como cualquier otro documento vinculado a la reparación y la retransmisión de la transferencia de fondos o del mensaje SWIFT que guarde relación con las personas físicas y jurídicas, y con los titulares reales mencionados anteriormente.

14. Los códigos de identificación de entidad mercantil SWIFT (BIC) del BANCO ABC, incluidas sus líneas de negocio (por ejemplo, la banca privada), filiales y sucursales cuyos códigos difieren del código BIC principal.
15. Todos los nombres con los que se identifica al BANCO ABC y sus filiales.

Operaciones de cuentas

16. Documentos relacionados con los fondos que entraron o salieron de las cuentas del BANCO ABC relacionadas con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente, lo que incluye órdenes de clientes, comprobantes de depósito, documentos de depósito (frente y dorso), comprobantes de retiro de fondos y cheques cancelados (frente y dorso), notas de débito y de crédito, transferencias contables y comprobantes de transferencias interbancarias que guarden relación con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
17. Documentos enviados o recibidos por cualquier institución financiera intermediaria o corresponsal relacionada con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.

Otras operaciones

18. Copias de los certificados de depósito, incluidos los pagos de intereses, los registros de amortizaciones y la disposición de los fondos de las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
19. Registros de la compra o venta de bonos al portador u otros valores y productos de inversión realizada por las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
20. Documentos de la compra de cheques de gerencia, cheques de caja y giros bancarios, junto con los cheques que fueron adquiridos por las personas o los titulares reales mencionados anteriormente, o en su nombre.

Presentación de informes del BANCO ABC a las unidades de inteligencia financiera (cuando esté autorizada)

21. Declaraciones de transacciones monetarias relacionadas de algún modo con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
22. Informes sobre monedas e instrumentos monetarios relacionados de algún modo con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.
23. Reportes de actividades o de operaciones sospechosas presentados que se relacionen de algún modo con las personas o los titulares reales mencionados anteriormente.

Se debe incluir cualquier otro documento que pueda guardar relación con el delito cometido.

Definiciones e instrucciones

- A. Por “BANCO ABC” y “empresa XYZ” se entiende las entidades comerciales a las que se refiere la presente orden. Se incluyen todas las filiales, empresas conjuntas, subsidiarias, subdivisiones y derechohabientes, así como todos sus directores, oficiales, socios, empleados, agentes y otras personas que manifiesten actuar en nombre de cualquiera de las anteriores, tanto actuales como pasados.
- B. El término “documento(s)” se refiere a todo material escrito o impreso de cualquier tipo, formal o informal, incluidos los originales y todas las copias no idénticas de estos (ya sea que la diferencia se deba a que contienen anotaciones o a alguna otra razón) en posesión, custodia o control de la empresa, dondequiera que se encuentren. Incluye, entre otras cosas, papeles; correspondencia; memorandos; notas; diarios; materiales estadísticos; cartas; telegramas; actas; contratos; informes; estudios; cheques; declaraciones; recibos; detalles; resúmenes; folletos; libros; comunicaciones entre oficinas y dentro de la oficina; ofertas; anotaciones de cualquier tipo de conversación, llamadas telefónicas, reuniones u otras comunicaciones; boletines; asuntos crediticios; impresión de computadoras; discos duros; memorias USB; discos duros extraíbles; disquetes; bases de datos de computadoras centrales y personales; teletipos; materiales de télex; facturas; fichas de trabajo, y todos los borradores, las alteraciones, las modificaciones, los cambios y las enmiendas de cualquier tipo o naturaleza de lo anterior. También se incluyen todas las representaciones y registros gráficos y auditivos de cualquier tipo, como videos, grabaciones de sonido y películas, y cualquier grabación electrónica, mecánica o eléctrica, como cintas, casetes, discos, grabaciones y películas.
- C. El término “documento(s)” también se refiere a cualquier contenedor, carpeta de archivo u otro artículo de almacenamiento que lleve alguna marca o identificación donde se guarden otros “documentos”, pero no incluye archivadores. En todos los casos en que la persona jurídica a la que se dirige esta orden de exhibición no tenga la posesión, la custodia ni el control de los originales o las copias no idénticas de estos, el término “documento(s)” incluirá cualquier copia del original y cualquier copia no idéntica de este.
- D. La palabra “y” debe interpretarse de modo que incluya “o”, y viceversa.
- E. Por “persona” se entiende cualquier persona física, persona jurídica, empresa unipersonal, sociedad anónima, sociedad colectiva, sociedad en participación, asociación no constituida y organismo gubernamental, o sus respectivas subdivisiones, filiales, oficiales, directores, empleados, agentes u otros representantes.
- F. El término “titular real” se refiere a la persona física que, en última instancia, es propietaria de un cliente o lo controla, o a la persona en cuyo nombre se lleva a cabo la operación. Incluye también a las personas que, en última instancia, ejercen el control efectivo de una persona jurídica o un mecanismo jurídico, así como a terceros pertinentes.
- G. Por “identidad” se entiende el nombre completo (incluido el segundo nombre), la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, el número del documento nacional de identidad o pasaporte, todos los cargos ocupados durante el empleo, las fechas de servicio, los deberes y responsabilidades en cada cargo, la fecha de rescisión (si la hubiere) y las razones de dicha rescisión.

- H. Por “funcionario público” se entiende 1) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado o no, sea cual fuere la antigüedad, y 2) toda persona que desempeñe una función pública, incluso en un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público.
- I. Los términos “transferencia electrónica” y “transferencia de fondos” se refieren a cualquier transacción realizada en nombre de una persona a través de una entidad financiera por medios electrónicos con el fin de poner una cantidad de dinero a disposición de una persona beneficiaria en otra entidad financiera. El originante y el beneficiario pueden ser la misma persona.
- J. Por “transferencia transfronteriza” se entiende toda transferencia electrónica en la que el originante y las instituciones beneficiarias se encuentran en distintos países. El término también se refiere a cualquier cadena de transferencias electrónicas que contenga al menos un elemento transfronterizo.
- K. El “originante” es el titular de la cuenta; cuando no hay cuenta, es la persona que realiza el pedido a la entidad financiera.
- L. “SWIFT” se refiere a la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Internacionales.
- M. “CHIPS” se refiere al Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios.
- N. “Fedwire” se refiere al servicio federal de transferencias electrónicas Fedwire, el sistema electrónico de transferencia de fondos, propiedad del Sistema de la Reserva Federal de Estados Unidos, que se encarga de operarlo.
- O. “CHAPS” se refiere al Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Automáticos de Londres, que ofrece transferencias de fondos en libras esterlinas y euros en el mismo día.

Invocación de privilegios

En el caso de que el BANCO ABC retenga documentos invocando un privilegio, como el que protege la relación abogado-cliente, deberá presentar un cronograma en el que figure la fecha, el nombre y el cargo del autor, el destinatario y el receptor, y el objeto de cada documento, la naturaleza del privilegio invocado, la base sobre la que se invoca dicho privilegio y el párrafo de la presente orden que se corresponde con el documento en cuestión.

Identificación de los documentos

Para facilitar el manejo de los documentos presentados de conformidad con esta orden, preservar su identidad y garantizar su devolución precisa y expeditiva, dichos documentos deberán marcarse con números de identificación y numerarse de forma consecutiva. En el caso de los documentos encuadernados de varias páginas, deberá numerarse únicamente la primera y deberá indicarse el número total de páginas. Los documentos deberán guardarse dentro de las carpetas en las que se encontraban cuando se notificó la presente orden. Dichas carpetas también se numerarán como si se tratara

de otro documento. Dentro de ellas, los documentos deberán guardar el mismo orden en que se encontraban cuando se notificó el presente instrumento. Los documentos de varias páginas deben permanecer intactos.

Exhibición de documentos

La persona que comparezca ante el tribunal o ante el fiscal en respuesta a esta orden debe estar plenamente informada de la búsqueda que realice el BANCO ABC de los documentos solicitados en esta orden, y debe estar en condiciones de autenticar los documentos como registros comerciales. En caso de que la misma persona no pueda cumplir ambos requisitos, el BANCO ABC deberá designar a las personas que hagan falta para que comparezcan en el mismo día y horario.

Los documentos en formato electrónico deben presentarse de forma electrónica junto con una copia impresa certificada como copia fiel y exacta del original electrónico por el custodio de los registros del BANCO ABC. Todos los documentos electrónicos deben presentarse en un formato que, en la medida de lo razonable, permita utilizarlos y realizar búsquedas sin recurrir a ningún programa especializado.

Originales requeridos

Esta orden exige que se presenten los originales de todos los documentos solicitados, salvo los casos particulares indicados anteriormente. No se aceptarán fotocopias en lugar de originales.

Apéndice F. Métodos de pago en serie y de cobertura en las transferencias electrónicas de fondos

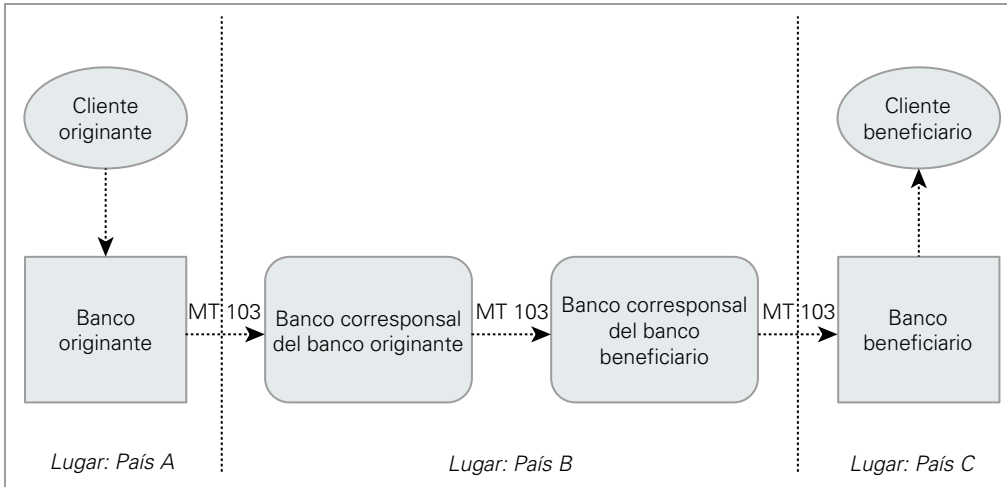
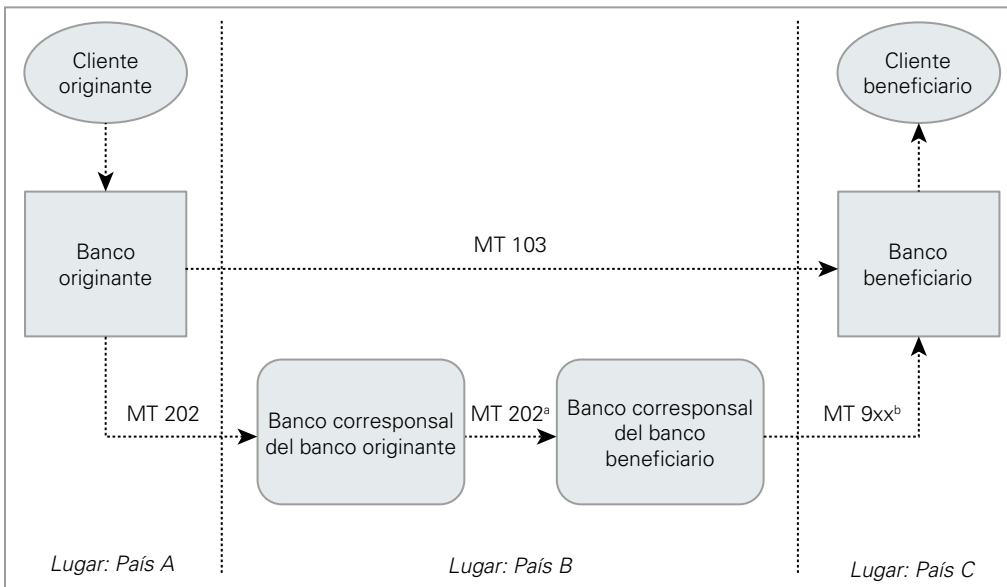
Métodos de procesamiento de pagos

Los mensajes SWIFT forman parte integral de la comunicación de corresponsalía bancaria entre instituciones financieras que no mantienen una relación de cuenta directa entre sí. SWIFT ha desarrollado formatos de mensajería fijos para los dos métodos de procesamiento de pagos utilizados entre dichas instituciones: el método en serie (o secuencial) y el método de cobertura.

Método de pago secuencial o en serie. Con este método, se envía una transferencia desde la institución financiera del cliente originante a través de un banco corresponsal hasta la institución financiera del cliente beneficiario (figura F.1). Los pasos de este proceso son secuenciales en el sentido de que la compensación y la liquidación se producen directamente y en cada punto. Por lo tanto, se puede preservar en todo momento la información pertinente sobre los pagos y los clientes.

El formato de mensajes SWIFT aplicable en dicha transferencia es el MT 103, una orden de pago directa a un banco beneficiario que contiene información tanto sobre el originante como sobre el beneficiario. El MT 103 es el formato de mensaje más utilizado en la red SWIFT, que representa el 15 % del volumen total de los mensajes SWIFT.

Método de pago de cobertura. En este método, los bancos corresponsales también actúan como intermediarios en las transferencias entre bancos no relacionados. Sin embargo, como se muestra en la figura F.1, la falta de una relación bancaria directa exige que haya cuentas corresponsales entre los bancos para facilitar la liquidación. En este caso, el banco originante puede dar instrucciones directas al banco beneficiario para que realice el pago al cliente e informe que la transferencia de fondos para “cubrir” la obligación de pago se ha dispuesto a través de una relación interbancaria separada. La liquidación de los fondos puede realizarse entonces a través de otro banco corresponsal si no existe una relación entre el banco corresponsal del banco originante y el de la entidad beneficiaria. De esta manera, el propio banco del cliente beneficiario normalmente efectúa el pago en la cuenta de este último antes de que se complete la liquidación interbancaria, sobre todo cuando existe una relación comercial establecida. Los pagos de cobertura también se utilizan con frecuencia para ayudar a reducir los costos de transacción generales y el tiempo que demoran los bancos de compensación para compensar las operaciones comerciales.

FIGURA F.1**Métodos de pago en serie/secuenciales y de cobertura****a. Cadena de pagos en serie/secuenciales****b. Cadena de pagos de cobertura**

Fuente: Adaptación del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Due Diligence and Transparency Regarding Cover Payment Messages Related to Cross-Border Wire Transfers* (Diligencia debida y transparencia en los mensajes de pago de cobertura relacionados con las transferencias electrónicas transnacionales), mayo de 2009, pág. 3.

Nota: a. Alternativamente, podría ser un sistema de compensación local.

b. Los tipos de mensaje de categoría 9 corresponden a gestión de caja y estado del cliente, con la designación MT 9xx. MT = tipo de mensaje.

En el contexto de los mensajes SWIFT, la orden interbancaria a un banco corresponsal para cumplir la obligación del banco originante de pagar al banco beneficiario final se lleva a cabo mediante un MT 202. Estos mensajes se utilizan principalmente para cubrir y liquidar los pagos entre instituciones financieras (por ejemplo, operaciones cambiarias,

pagos de intereses, etc.). Es importante señalar que el banco corresponsal que recibe una orden de pago MT 202 no recibe un MT 103, lo que significa que este banco no puede monitorear ni filtrar los detalles de pago contenidos en un MT 103 ni determinar el propósito de la transferencia (es decir, pago de cobertura o liquidación interbancaria). Por esta razón, es importante que los investigadores obtengan todos los MT 103 entrantes y salientes relacionados con los pagos de cobertura.

Nuevas normas para el pago de cobertura (MT 202 COV)

La recomendación 16 del GAFI exige que las instituciones financieras incluyan información sobre el originante y el beneficiario en las transferencias electrónicas y los mensajes relacionados, y que dicha información siga figurando en la transferencia electrónica o en el mensaje conexo a lo largo de toda la cadena de pago. En la nota interpretativa de la recomendación 16 se aclara asimismo que esta incluye las transferencias electrónicas transfronterizas y nacionales —incluidos los pagos en serie y de cobertura (con algunas excepciones)—, y que la información sobre el originante y sobre el beneficiario debe ponerse a disposición de las instituciones financieras ordenantes, intermediarias y beneficiarias¹. En el recuadro F.1 se describe brevemente la respuesta del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea a las transferencias electrónicas que generan inquietudes sobre la transparencia y las posibles consecuencias para las actividades de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

RECUADRO F.1

Respuestas a las transferencias electrónicas que ocultan información sobre los clientes originantes

Según el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, “[c]uando resulte evidente que los campos carecen de sentido o están incompletos, las respuestas podrían incluir, por ejemplo, las siguientes opciones: i) ponerse en contacto con el banco del originante o con el banco intermediario precedente a fin de aclarar o completar la información recibida en los campos requeridos; ii) considerar (en el caso de incidentes reiterados que involucren al mismo corresponsal o de que un corresponsal se niegue a proporcionar información adicional) si debe restringirse o darse por terminada la relación con el corresponsal o el banco intermediario precedente (los bancos deben informar dichas situaciones al ente supervisor), o iii) presentar un reporte de actividades sospechosas ante las autoridades locales cuando la situación se ajuste a los requisitos locales de presentación de informes”^a.

Estas medidas crean registros bancarios internos que ayudarán al investigador a rastrear y exponer fondos blanqueados.

a. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Due Diligence and Transparency Regarding Cover Payment Messages Related to Cross-Border Wire Transfers*, mayo de 2009, párr. 30.

¹ Véase la recomendación 16 del GAFI (“Transferencias electrónicas”) y la nota interpretativa de la recomendación 16 del GAFI, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, actualizada en octubre de 2020, págs. 17-18 y 74-80, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

Por lo general, las instituciones financieras utilizan diferentes tipos de seguimiento para las transferencias electrónicas:

- *Control inicial de sanciones.* El sistema lee de forma automática y en tiempo real la información sobre el originante, el beneficiario y el pago, y verifica si algún nombre coincide con la lista de sanciones de las Naciones Unidas u otras listas de sanciones. Si hay coincidencia, el mensaje se separa para su revisión, y el pago se libera para su procesamiento o se notifica a la unidad de inteligencia financiera u otros funcionarios pertinentes. Todo este proceso crea registros electrónicos y en papel que el investigador debe solicitar formalmente al banco en cuestión y examinar.
- *Seguimiento final.* En el seguimiento final, que tiene lugar después de la transmisión, se aplica un enfoque basado en el riesgo para buscar patrones de actividad inusuales o potencialmente sospechosos. Este proceso también genera registros que el investigador debe solicitar formalmente al banco y examinar.
- *Seguimiento de transferencias electrónicas.* En la recomendación 16 del GAFI se estipula que las instituciones financieras deben monitorear las transferencias electrónicas para detectar aquellas que carezcan de la información requerida sobre el originante y el beneficiario, y adoptar las medidas apropiadas^a. En la nota interpretativa de dicha recomendación se amplían estos requisitos; por ejemplo, exigiendo que esta información o el número único de referencia de la transacción se incluyan en la transferencia^b. Cuando haya sospechas de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo, las instituciones financieras deberán verificar la información del cliente. La institución financiera ordenante no debe ejecutar una transferencia electrónica que no cumpla con los requisitos y debe llevar un registro de la información pertinente durante cinco años. La institución financiera intermedia debe contar con políticas y procedimientos basados en el riesgo para determinar cuándo ejecutar, rechazar o suspender una transferencia electrónica que carezca de la información requerida, y adoptar las medidas de seguimiento adecuadas.

a. Recomendación 16 del GAFI, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, actualizada en octubre de 2020, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

b. GAFI, nota interpretativa a la recomendación 16, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, págs. 17-18 y 74-80.

Como líder en telecomunicaciones interbancarias mundiales, y a fin de estandarizar las prácticas internacionales de los mensajes de los pagos de cobertura en las transferencias electrónicas transfronterizas, SWIFT elaboró nuevas normas para todos los pagos de cobertura, que entraron en vigor en noviembre de 2009. El nuevo formato MT 202 COV, que es simplemente una variante del MT 202, tiene como objetivo brindar mayor

transparencia haciendo que toda la información sobre los pagos con que cuenta la institución originante también esté disponible para otras instituciones involucradas en el proceso de pago.

En el MT 202 COV, que ahora debe utilizarse para todos los pagos de cobertura, se repiten algunos campos de información del MT 103 (concretamente, los campos de información del originante y el beneficiario). El MT 202 puede seguir utilizándose para los pagos de liquidación interbancaria, pero no para los pagos de cobertura. La creación de esta nueva norma ahora exige que las instituciones financieras, y específicamente los bancos corresponsales, apliquen prácticas de seguimiento basadas en el riesgo a la información sobre los clientes y los pagos de la que no tenían conocimiento.

Si bien el MT 202 COV obliga a incluir toda la información que permita identificar al cliente y a la institución financiera, cabe señalar que SWIFT no interviene en la validación de la norma ni en la supervisión de su cumplimiento. Dicha responsabilidad recae en las propias instituciones miembros. El sistema SWIFT rechazará una transferencia cuando los campos del originante y del beneficiario estén en blanco; sin embargo, no puede determinar si la información ingresada en esos campos contiene datos falsos o incompletos. En el recuadro F.2 se describen las dos maneras en que las instituciones financieras monitorean la información de las transferencias electrónicas.

Apéndice G. Modelo de formulario de perfil financiero

Perfil financiero

Apellido	N.º de referencia único
Nombre	
Alias	Fecha de nacimiento
Dirección	

Comercial Funcionario a cargo de la causa penal _____ Investigador financiero _____ Abogado patrocinante en materia penal _____ Asesor jurídico en materia penal _____ Abogado patrocinante en materia financiera _____ Asesor jurídico en materia financiera _____ Contador forense _____	Drogas Equipo/ rubro _____ Tel. _____ Equipo/rubro _____ Tel. _____ _____ Tel. _____ Fax _____ _____ Tel. _____ Fax _____ _____ Tel. _____ Fax _____ _____ Tel. _____ Fax _____
--	--

Perfil financiero: Índice y ficha de verificación

Parte 1: Perfil financiero personal

ACTIVOS	Dinero en efectivo/objetos de valor incautados	
	Cuentas bancarias	
	Otras cuentas bancarias/de la sociedad de ahorro y préstamo para la vivienda	
	Ahorro nacional	
	Bonos con prima	
	Acciones	
	Fondos comunes de inversión	
	Pólizas/planes de seguros de vida	
	Vehículos motorizados	
	Embarcaciones/vehículos motorizados/aviones, etc.	
	Otros	
	Valor de regalos a terceros	
PASIVOS	Tarjetas de crédito	
	Tarjetas de compra	
	Convenios de crédito	
	Pago de mantenimiento/del acuerdo de distribución de los costos	
	Sentencias judiciales/multas/órdenes de decomiso anteriores	
	Otros pasivos/deudas	
	Sobregiros en cuenta corriente	
	Solvencia personal	
INGRESOS DECLARADOS	Empleo	
	Empleo anterior	
	Detalles del impuesto sobre la renta	
	Otras fuentes de ingresos	
PROPIEDADES	Detalles de las propiedades	
	Ocupantes	
	Propiedades alquiladas	
	Propiedades propias	
	Valor	
	Hipoteca	
	Otros cargos relacionados con las propiedades	
	Terrenos arrendados (arrendamiento)	
	Interés de terceros	
	Contenido de la vivienda	

SERVICIOS PÚBLICOS (pasivos inmobiliarios)	Cargo comunitario	
	Tarifa de agua	
	Electricidad	
	Gas	
	Teléfono	
	Teléfono celular	
	Internet/cable	
	Seguro de la propiedad y del arrendatario	

Parte 2: Perfil financiero de la empresa

ACTIVOS DE LA EMPRESA	Cuentas bancarias	
	Vehículos motorizados	
	Plantas/maquinarias, etc.	
	Instalaciones y accesorios comerciales/de oficina	
	Otros bienes de valor	
	Existencias de mercadería	
	Trabajos en curso	
	Deudores con garantía total	
	Deudores con garantía parcial	
	Otros (derechos de propiedad intelectual, etc.)	
PASIVOS DE LA EMPRESA	Empleados	
	Acreedores con garantía total	
	Acreedores con garantía parcial	
	Tarjetas de crédito	
	Tarjetas de débito	
	Convenios de crédito	
	Débito directo/transferencias automáticas	
	Sentencias judiciales	
	Orden de liquidación/liquidación voluntaria	
	Otros pasivos contractuales	
	Impuesto sobre las utilidades/ impuesto sobre la renta	
	Impuesto al valor agregado	

INTERÉS COMERCIAL	Evaluación preliminar	
	Asociación/empresa comercial	
	Directores/socios de la empresa	
	Documentación de la empresa	
	Interés en actividades comerciales	
	Bienes realizables en poder de la empresa	
ESTABLECIMIENTO COMERCIAL	Activos	
	Otros ocupantes	
	Pasivos	
	Hipoteca (local comercial)	
	Otros cargos sobre la propiedad	
	Cargos ordinarios/gastos comerciales	
	Agua (local comercial)	
	Electricidad (local comercial)	
	Gas (local comercial)	
	Teléfono (local comercial)	
	Seguro de los locales (local comercial)	
	Seguro de los contenidos (local comercial)	
	Reclamos de seguros de la empresa	

Parte 1: Perfil financiero personal detallado de _____

INGRESOS DECLARADOS

Empleo

	Empleo actual	Empleo anterior
Nombre del empleador o trabajador por cuenta propia:		
Ocupación:		
Ingresos netos:		
Semanal/mensual o anual:		
Fecha de inicio:		
Fecha de salida:		
Notas:		

Detalles del impuesto sobre la renta

Período abarcado:	
Número de referencia fiscal:	
Impuesto pagado:	
Oficina tributaria:	
Notas:	

Otras fuentes de ingresos

Fuente de ingresos:	
Notas:	

PROPIEDADES

Detalles de las propiedades

	Propiedad actual	Dirección anterior
Dirección completa y código postal:		
Fecha de compra:		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Fecha de la última tasación:		
Nombre y dirección del tasador:		
Propiedad a nombre de:		
Hipotecas/cargos:		
Se adjunta copia de la oficina de registro de tierras (Sí/No), y fecha:		
Notas:		

Hipoteca

Nombre del acreedor hipotecario:	
Dirección del acreedor hipotecario:	
Nombres de la cuenta:	
Número de cuenta:	
Monto del préstamo:	
Fecha de inicio:	
Saldo de la cuenta:	

Pago semanal/mensual:	
Métodos de pago:	
Atrasos:	
Notas:	

Otros cargos sobre la propiedad

Titular del cargo:	
Dirección:	
Monto del cargo:	
Fecha del cargo:	
Motivo del cargo:	
Notas:	

Alquiler de terrenos (propiedad arrendada)

Nombre del propietario:	
Dirección del propietario:	
Pagadero por mes/año:	
Vencimiento:	
Métodos de pago:	
Notas:	

Interés de terceros en las propiedades

Condición:	
Nombre:	
Monto:	
Hipoteca de contribución:	
Gastos de contribución:	
Notas:	

Contenido de la casa (valor significativo únicamente: antigüedades, pinturas, joyas, etc., y videos/fotos)

Descripción	Valor

Notas:	

SERVICIOS PÚBLICOS (pasivos de la propiedad)

Cargo comunitario

	Cargo comunitario	Tarifa de agua	Tarifa de electricidad	Tarifa de gas
Autoridad que recibe el pago:				
Cargo anual:				
Fecha y forma de pago:				
Atrasos actuales:				
Notas:				

Teléfono

	Teléfono	Teléfono celular
Número de teléfono:		
Autoridad que recibe el pago:		
Cargo anual:		
Fecha y forma de pago:		
Atrasos actuales:		
Facturación detallada adjunta (Sí/No):		
Notas:		

Seguro de propiedad

Compañía de seguros:	
Monto asegurado:	
Riesgos cubiertos:	
Monto pagado por semana/año:	
Fecha de pago:	
Forma de pago:	

Riesgos especiales:	
Notas:	

ACTIVOS

Efectivo/objetos de valor incautados por la Policía/ la Administración de Aduanas

Monto/valor:	
Lugar del depósito:	
Fecha del depósito:	
Referencia del depósito:	
Desde dónde se incautó:	
Inmovilizado (Sí/No):	
Notas:	

Cuentas bancarias/de la sociedad de ahorro y préstamo para la vivienda

Nombre del banco:	
Dirección del banco:	
Código de clasificación:	
Número de cuenta:	
Tipo de cuenta:	
Nombre completo del titular de la cuenta:	
Saldo actual:	
Volumen anual de créditos:	
Volumen anual de débitos:	
Notas:	

Ahorro nacional

Números de certificado:	
Valor:	
Lugar de adquisición:	
Cantidad y fechas de adquisición:	
Notas:	

Bonos con prima

Números de certificado:	
Valor:	
Lugar donde se guardan los bonos:	
Cantidad y fechas de adquisición:	
Notas:	

Acciones

	Acciones cotizadas	Acciones no cotizadas
Nombre de la empresa:		
Monto de las acciones:		
Lugar donde se guardan los certificados:		
Valor de las acciones:		
Oficina de transferencia de las acciones:		
Notas:		

Fondos comunes de inversión

Descripción de los fondos:		
Cantidad de unidades:		
Valor:		
Nombre y dirección del titular:		
Notas:		

Pólizas/planes de seguros de vida

Compañía de seguros:	
Dirección de la sucursal:	
Detalles de la póliza:	
Valor de rescate:	
Beneficiario:	
Prima semanal/mensual/anual:	
Forma y fecha de pago:	
Vinculado a hipotecas (Sí/No):	
Notas:	

Vehículos motorizados, embarcaciones, aviones, etc.

	Vehículos motorizados	Barcos, aviones, etc.
Marca y modelo:		
Ubicación:		
Marca de registro (si corresponde):		
Detalles del vendedor (vehículos motorizados):		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Guardián (registrado):		
Alquiler de cosas muebles con opción de compra (Sí/No):		
Nombre de la empresa:		
Dirección de la empresa:		
Fecha del contrato:		
Saldo del contrato:		
Notas:		

Otros bienes personales

Descripción	Tenedor	Ubicación	Precio de compra	Valor
Notas:				

Regalos a terceros

Descripción	Tenedor	Ubicación	Precio de compra	Valor

PASIVOS

Tarjetas de crédito

Nombre de la tarjeta:	
Monto adeudado o crédito:	
Pagos promedio:	
Nombre del titular:	
Notas:	

Tarjetas de compra

Nombre de la tarjeta:	
Monto adeudado o crédito:	
Pagos promedio:	
Nombre del titular:	
Notas:	

Convenios de crédito

Nombre de la empresa:	
Sucursal:	
Finalidad del préstamo:	
Monto del préstamo:	
Monto adeudado:	
Pagos mensuales:	
Atrasos:	
Notas:	

Pago de mantenimiento

Tribunal/oficina:	
Fecha de la orden:	
Beneficiario:	
Monto del pago:	
Fecha de pago:	
Métodos de pago:	
Notas:	

Sentencias judiciales/multas/órdenes de decomiso anteriores

Tribunal:	
Fecha de la orden:	
Beneficiario:	
Monto del pago:	
Fecha de pago:	
Métodos de pago:	
Notas:	

Otros pasivos/deudas

Acreedor:	
Dirección del acreedor:	
Monto de la deuda/pasivo:	
Detalles de la deuda:	
Notas:	

Sobregiros en cuenta corriente

Banco:	
Dirección y número de teléfono:	
Código de clasificación/cuenta n.º:	
Monto:	
Notas:	

Solvencia personal

Sentencia de declaración de quiebra (Sí/No):	
Fecha de la orden:	
Fideicomisario/receptor oficial:	
Dirección:	
Contacto y n.º de teléfono:	
Notas:	

Parte 2: Perfil financiero de _____

INTERÉS COMERCIAL

Evaluación preliminar

Los establecimientos comerciales o de las empresas unipersonales son bienes realizables (Sí/No):	
Interés sustancial en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada donde el interés se traduce en bienes realizables (Sí/No):	
La asociación/empresa posee bienes realizables (Sí/No):	
Notas:	

Asociación/empresa comercial

Nombre:	
Fecha de inicio:	
N.º de registro de la empresa (si corresponde):	
N.º de registro del IVA:	
Dirección comercial:	
Dirección registrada:	
Notas:	

Directores/socios de la empresa

Nombre:	
Dirección:	
Cargo:	
Notas:	

Documentación de la empresa

Detalles de la empresa (Sí/No):		Fecha:	
Cuentas financieras (Sí/No):		Fecha:	
Rendimientos anuales:		Fecha:	
Notas:			

Interés de la persona investigada en la actividad comercial

Detalles	Valor
Notas:	

Bienes inmuebles realizables en poder de empresas

Detalles	Valor
Notas:	

ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Activos

Nombre comercial:	
Dirección comercial:	
Propiedad/arrendamiento/alquiler (si se alquila, véase a continuación):	
Terreno registrado (Sí/No):	
Número de título:	
Precio de compra:	
Fecha de compra:	
Monto pendiente:	
Atrasos actuales:	
Valor actual:	
Fecha de la última tasación:	
Nombre del tasador:	
Dirección del tasador:	
Notas:	

Otros ocupantes

Parte de los locales subarrendados (Sí/No):	
Detalles del subarriendo del área 1:	
Nombre del arrendatario:	
Dirección del arrendatario:	
Monto pagado:	
Receptor del pago:	
Detalles del subarriendo del área 2:	
Nombre del arrendatario:	
Dirección del arrendatario:	
Monto pagado:	

Receptor del pago:	
Detalles de cualquier interés de terceros:	
Notas:	

Locales alquilados

Nombre del propietario:	
Dirección del propietario:	
Pago semanal/mensual del alquiler:	
Forma de pago/pagador:	
Notas:	

Hipoteca

Nombre del acreedor hipotecario:	
Dirección del acreedor hipotecario:	
Número de cuenta:	
Nombres de la cuenta:	
Monto del préstamo:	
Pago semanal/mensual:	
Forma de pago/pagador:	
Notas:	

Otros cargos sobre la propiedad

Nombre del titular del cargo:	
Dirección del titular del cargo:	
Monto del cargo:	
Fecha de registro:	
Notas:	

Gastos comerciales

	Gastos continuos/ cargos comerciales	Agua	Electricidad	Gas	Teléfono
Autoridad que recibe el pago:					
Monto semanal/ mensual:					

Métodos de pago:					
Atrasos actuales:					
Notas:					

Seguro comercial

	Locales	Contenidos
Nombre del asegurador:		
Dirección del asegurador:		
Monto asegurado:		
Riesgos cubiertos:		
Pago semanal/mensual:		
Forma de pago/pagador:		
Notas:		

Reclamos de seguros de la empresa

Compañía de seguros:	
Fecha del reclamo:	
Tipo de reclamo:	
Monto reclamado:	
Monto pagado:	
Fecha de pago:	
Forma de pago:	
Copia del reclamo adjunta (Sí/No):	
Notas:	

ACTIVOS DE LA EMPRESA

Cuentas bancarias comerciales

Nombre del banco:	
Dirección de la sucursal:	
Código de clasificación:	
Número de cuenta:	
Nombres de la cuenta:	
Saldo actual:	
Fecha del saldo:	
Volumen de créditos:	

Volumen de débitos:	
Signatarios de la cuenta:	
Nombre:	
Notas:	

Vehículos motorizados, plantas/maquinarias, etc.

	Vehículos motorizados	Plantas/maquinarias, etc.
Marca y modelo:		
Marca de registro, si corresponde:		
Detalles del vendedor (vehículos motorizados):		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Guardián (registrado):		
Alquiler de cosas muebles con opción de compra (Sí/No):		
Nombre de la empresa:		
Dirección de la empresa:		
Fecha del contrato:		
Saldo del contrato:		
Notas:		

Instalaciones y accesorios comerciales/de oficina

Marca y modelo:	
Número de serie:	
Precio de compra:	
Valor actual:	
Arrendamiento con opción de compra (Sí/No):	
Nombre de la empresa arrendadora:	
Dirección de la empresa:	
Fecha del contrato:	
Notas:	

Otros bienes de valor

Detalles:	
Detalles de registro, si corresponde:	
Precio de compra:	
Valor actual:	
Guardián/ubicación:	
Alquiler con opción de compra (Sí/No):	
Nombre de la empresa:	
Dirección de la empresa:	

Fecha del contrato:	
Saldo del contrato:	
Notas:	

Existencias de mercadería

Detalles	Valor	Fecha del valor
Notas:		

Trabajos en curso

Detalles	Valor	Fecha del valor
Notas:		

Deudores con garantía plena (negocio)

Nombre	Dirección	Monto	Seguridad
Notas:			

Deudores con garantía parcial (negocio)

Nombre	Dirección	Monto	Seguridad
Notas:			

PASIVOS DE LA EMPRESA

Empleados

A tiempo completo:	
A medio tiempo:	
Salarios pendientes de pago:	
Notas:	

Acreeedores con garantía total

Nombre	Dirección	Monto	Seguridad
Notas:			

Acreeedores con garantía parcial

Nombre	Dirección	Monto	Seguridad
Notas:			

Tarjetas de crédito, tarjetas de débito

	Tarjetas de crédito	Tarjetas de débito
Nombre de la tarjeta:		
Monto adeudado o crédito:		
Pagos promedio:		
Nombre del titular:		
Notas:		

Convenios de crédito (comerciales)

Nombre de la empresa:	
Sucursal:	
Finalidad del préstamo:	
Monto del préstamo:	
Monto adeudado:	
Pagos mensuales:	
Atrasos:	
Notas:	

Débito directo/transferencias automáticas

Nombre del banco:	
Detalles de la sucursal:	
Número de cuenta:	
Nombres de la cuenta:	
Monto por semana/mes:	
Vencimiento:	
Pagadero a:	
Notas:	

Sentencias judiciales

Tribunal:	
Fecha de la orden:	
Monto de la orden:	
Métodos de pago:	
Notas:	

Orden de liquidación/liquidación voluntaria

Orden de liquidación (Sí/No):	
Liquidación voluntaria (Sí/No):	
Fecha de la orden:	
Resolución:	
Notas:	

Otros pasivos contractuales

Detalles	Monto	Fecha de pago
Notas:		

Impuesto sobre las utilidades/impuesto sobre la renta

Nombre del inspector tributario:	
Dirección del inspector tributario:	
Distrito:	
Número de referencia:	
Monto adeudado:	
Notas:	

Impuesto al valor agregado (IVA)

Oficina del IVA:	
Dirección:	
N.º de registro del IVA:	
Monto adeudado:	
Procesos pendientes (Sí/No):	
Notas:	

Artículos de las instalaciones controlados por la persona investigada, pero no pertenecientes a ella (como bienes en alquiler, en préstamo, para reparación o reclamados por otra persona). (Se deben recabar pruebas que justifiquen el reclamo).

Artículo	Valor	Interés de terceros
Notas:		

Fuente: Adaptado de Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Washington, DC: Banco Mundial, 2009), pág. 213.

Apéndice H. Posibles puntos de debate con los contactos: Etapa de asistencia informal

Puntos de debate

- Verifique la información que haya obtenido.
- Obtenga información e inteligencia para el rastreo y la investigación de activos, incluida inteligencia financiera a través de unidades de inteligencia financiera.
- Obtenga información de antecedentes para respaldar las solicitudes de asistencia judicial recíproca que tengan por objeto rastrear y confiscar o inmovilizar activos (por ejemplo, nombres, fechas de nacimiento y direcciones de los testigos; ubicaciones de cuentas bancarias; números de cuentas bancarias, y vínculos entre los activos y el delito o el presunto delincuente).
- Confirme los requisitos o procedimientos para obtener medidas no coercitivas, incluidos los requisitos para notificar al titular de los activos o a la persona investigada.
- Conozca las opciones de medidas provisionales de emergencia (no relacionadas con la asistencia judicial recíproca) para evitar el riesgo de que desaparezcan activos. Si existen tales opciones, ¿cuáles son los procedimientos y requisitos?
- Defina necesidades adicionales: urgencia, confidencialidad, procedimientos que deben seguirse.
- Examine la estrategia del caso, incluidos los posibles obstáculos a la cooperación internacional, el lugar más adecuado para llevar a cabo el procesamiento y la posibilidad de realizar una investigación conjunta o celebrar reuniones para acordar distintos temas relacionados con la causa.
- Cuando existan múltiples organismos de investigación, identifique los organismos pertinentes que podrían prestar asistencia.
- Examine las cuestiones relativas a los recursos.
- Obtenga orientación sobre los próximos pasos, incluidos los requisitos, los procesos y los contactos de la asistencia judicial recíproca.

Cuestiones que deben tenerse en cuenta (y aclararse con los homólogos del caso antes de discutir el fondo)

- Es posible que en algunas jurisdicciones se requiera un memorando de entendimiento para compartir información.
- Las diferencias en las tradiciones jurídicas y los sistemas de confiscación pueden generar diferencias en cuanto al material que se puede proporcionar, a los requisitos obligatorios y al proceso.

- La información que proporcione puede ser utilizada por una jurisdicción extranjera para iniciar su propia causa.
- La información que solicita debe recopilarse de manera lícita tanto en las jurisdicciones requeridas como en las requirentes.
- En los casos de gran importancia, considere la posibilidad de llevar a cabo una investigación conjunta y una reunión presencial con los homólogos.

Apéndice I. Plantilla de asistencia judicial recíproca y sugerencias de redacción

A continuación, se muestra un formulario modelo de asistencia judicial recíproca, junto con sugerencias sobre la redacción y la ejecución del instrumento, en el recuadro I.1.

Carta de solicitud

PARA: *[Nombre y dirección de la autoridad central en la jurisdicción requerida]*

DE: *[Nombre y dirección del juez, fiscal, autoridad central u otra autoridad competente en virtud de la legislación nacional de la jurisdicción requirente]*

[Presento/presentamos] esta solicitud de conformidad con lo dispuesto en [insertar la legislación nacional que da lugar a la solicitud]. [Tengo/tenemos] el honor de solicitar su asistencia en relación con [una investigación o un proceso] penal que está llevando a cabo [nombre del organismo].

- *Incluya los nombres y la información de contacto de los investigadores y fiscales que encabezan el procedimiento.*

Fundamento jurídico

Esta solicitud se realiza de conformidad con *[citar fundamentos jurídicos (como tratados nacionales o multilaterales)]*.

Índole del asunto penal

Esta solicitud se refiere *[al enjuiciamiento en contra de o a la investigación en curso que involucra a/a la inmovilización de activos que se sospecha son producto de delitos y están sujetos a procedimientos de confiscación contra] las siguientes personas: [enumere las personas investigadas]*

- *Especifique los activos que se van a inmovilizar. A menudo, lo mejor es enumerar estos activos en un apéndice y hacer referencia aquí a ese apéndice.*

- *Enumere a las personas investigadas con la mayor información posible: número de pasaporte, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, dirección, empleador.*

RECUADRO I.1

Sugerencias para la redacción y la ejecución de la asistencia judicial recíproca

- Póngase en contacto con su homólogo (incluso a través de una reunión presencial, si fuera posible) para realizar lo siguiente:
 - o confirmar los requisitos generales y probatorios;
 - o analizar de qué manera se podrían cumplir los umbrales probatorios y procesales, y obtener ejemplos de los tipos de pruebas necesarios;
 - o confirmar el formato de las pruebas (por ejemplo, declaración jurada, declaración firmada, documentos judiciales certificados);
 - o analizar los compromisos o las garantías que puedan requerirse;
 - o analizar las necesidades de urgencia, de confidencialidad o de procedimiento;
 - o buscar asistencia para la redacción y plantillas;
 - o determinar si es factible participar en la ejecución de la solicitud;
 - o evaluar los posibles obstáculos al cumplimiento de la solicitud, como las obligaciones relativas a la divulgación de información, y plantear posibles problemas relacionados con los recursos.
- Garantice que se cumplan los requisitos generales y probatorios.
- Excluya las solicitudes correspondientes a bienes que no sean de valor.
- Proporcione una descripción clara y concisa de los hechos y el estado de los procedimientos en la jurisdicción requirente.
- Si se necesita traducción, se deben utilizar servicios profesionales.
- Si se solicita rastreo o congelamiento, se debe incluir la mayor cantidad posible de información sobre la ubicación de los activos y el vínculo entre los activos y el delito o el delincuente.
- No pida todo (rastrear, congelar y confiscar) en una sola solicitud. Se debe comenzar lo antes posible y avanzar paso a paso.
- Debe dar tiempo suficiente para que se procese la solicitud y se tomen las medidas necesarias.
- Asegúrese de que continúen las investigaciones y los procedimientos internos porque se requerirá una orden final de confiscación para devolver los fondos. Asegúrese también de que se cumplan los requisitos relativos al debido proceso (incluidas la notificación a las partes y la oportunidad de comparecer).

Se solicita asistencia en relación con los siguientes delitos: *[enumere los delitos con pena máxima]*

- *Para la redacción de los delitos, lo mejor es utilizar las palabras que se emplean habitualmente en los cargos efectivos o los cargos que se propone imputar, haciendo referencia a la autoridad legal aplicable. Incluya extractos de la legislación nacional pertinente en un apéndice y haga referencia a dicho apéndice aquí.*

Propósito de la solicitud

En relación con este asunto, se solicita lo siguiente: *[indique brevemente la asistencia necesaria]*

- *Recuerde que la asistencia judicial recíproca es un proceso de varios pasos. Evite pedir todo (documentos, inmovilización, confiscación) en una sola solicitud.*

Declaración de hechos

[Describa aquí los hechos pertinentes del caso de manera clara y concisa].

- *Debe haber hechos suficientes para que la autoridad extranjera evalúe si se han cumplido los requisitos de asistencia judicial recíproca (por ejemplo, doble incriminación) y si debe aceptar la solicitud. Esto requiere una investigación para recopilar información sobre los hechos en la jurisdicción requirente.*
- *Incluya una explicación del vínculo entre los activos y los delitos o las personas investigadas.*
- *Si se solicita el uso de medidas coercitivas (por ejemplo, una orden de allanamiento o una orden de exhibición), incluya hechos suficientes para demostrar que se han cumplido los requisitos en la jurisdicción requerida. (Véanse ejemplos de requisitos en el capítulo 4).*
- *Incluya en un apéndice todos los documentos que puedan ayudar a ejecutar la solicitud y haga referencia a dicho apéndice aquí. Anexe, por ejemplo, órdenes judiciales certificadas, declaraciones juradas o un certificado que respalde la solicitud.*

Asistencia solicitada

[Indique la asistencia solicitada]. Solicitamos que se emita una orden judicial obligatoria u otra orden necesaria para permitir la prestación de esta asistencia.

- *La descripción de la asistencia debe centrarse en lo que se busca —no en el nombre de la medida para obtenerla— porque las medidas utilizadas pueden variar de una jurisdicción a otra. Por ejemplo, una jurisdicción utilizará una orden de allanamiento e incautación para obtener registros bancarios, y otra utilizará órdenes de exhibición.*

- *Proporcione justificaciones suficientes para la solicitud, en particular con medidas coercitivas.*
- *Brinde detalles sobre los procedimientos que deben seguirse para recopilar pruebas a fin de garantizar la admisibilidad. Incluya los juramentos o las advertencias que se requieran, o el formato de las pruebas; por ejemplo, se deben grabar las declaraciones de los testigos, se deben certificar los documentos, etc.*
- *A fin de contribuir a las actividades de seguimiento, proporcione la mayor información posible sobre la ubicación de los activos. Se requerirá una mayor especificidad en las solicitudes de inmovilización y confiscación: nombre del titular de la cuenta, número de cuenta, sucursal, monto que debe inmovilizarse, ubicación de los bienes, etc.*
- *En el caso de las solicitudes de inmovilización, puede ser necesario explicar el riesgo de desaparición, confirmar que una condena probablemente dará lugar a la inmovilización de los activos (como se indica en un apéndice), presentar la autoridad legal pertinente que demuestre que el país requirente tiene jurisdicción extraterritorial sobre los activos y explicar cualquier otro procedimiento de inmovilización que se haya llevado a cabo.*
- *En el caso de las entrevistas, considere la posibilidad de incluir un apéndice con un conjunto de preguntas propuestas.*
- *Para dejar abierta la posibilidad de obtener información adicional, se puede agregar una oración al respecto (aunque no sea suficiente por sí sola). Por ejemplo: “También se solicita que se realicen otras investigaciones y se recopilen las pruebas que resulten necesarias para continuar con esta investigación”.*

Confidencialidad

- *Si hay un requisito de confidencialidad, incluya la solicitud correspondiente y explique por qué es importante.*

Período de ejecución

- *Proporcione detalles sobre la fecha en que se necesita la información. Incluya las fechas del tribunal, si corresponde. Reserve las solicitudes “urgentes” para los casos de urgencia real.*

Garantías o compromisos

Reciprocidad: El Gobierno de [nombre de la jurisdicción requirente] se compromete a cumplir con una futura solicitud del Gobierno de [nombre de la jurisdicción requerida] para obtener asistencia similar, brindando ayuda que tenga un efecto comparable con respecto a un delito equivalente al solicitado al Gobierno de [nombre de la jurisdicción requerida] en este caso.

Límites de uso: *[Puede ser necesario prometer que la información se utilizará solo en la investigación especificada*¹. *Algunas jurisdicciones no solicitan esta garantía, en cuyo caso es posible señalar explícitamente que la información podrá utilizarse para otros fines]*².

Contacto previo o uso de otros canales

Ha habido un contacto previo entre *[nombre del organismo o autoridad pertinente de la jurisdicción requirente]* y *[nombre del organismo o autoridad pertinente de la jurisdicción requerida]*.

Información de contacto

[El juez/la jueza, fiscal o funcionario/funcionaria de la autoridad central] que está a cargo de este asunto es *[nombre del funcionario/de la funcionaria]* y puede ser *[contactado/contactada]* a través de los siguientes medios: *[dirección, número de teléfono, correo electrónico]*.

[El funcionario/La funcionaria] del caso de *[nombre del organismo encargado de hacer cumplir la ley o de la autoridad fiscal]* que tiene conocimiento sobre este asunto es *[nombre del funcionario/de la funcionaria]* y puede ser *[contactado/contactada]* a través de los siguientes medios: *[dirección, número de teléfono, correo electrónico]*.

¹ Las garantías relativas al uso de pruebas pueden expresarse de la siguiente manera: “El Gobierno de *[nombre de la jurisdicción requirente]* se compromete a que toda la información, documentación u otras pruebas obtenidas en virtud de esta solicitud se utilicen únicamente para los fines de la solicitud relacionados con los delitos descritos anteriormente. Estos datos no se usarán para ningún otro fin, salvo consulta previa con las autoridades pertinentes de *[nombre de la jurisdicción requerida]* y con el consentimiento de dichas autoridades”.

² El Reino Unido exige que, junto con la nueva solicitud, se presente una solicitud formal de uso de pruebas para un fin distinto del indicado en la solicitud original de asistencia judicial recíproca, con información adicional. Véase “Collateral Use: Requests Made to the UK” (Uso de garantías: Solicitudes efectuadas al Reino Unido) (págs. 6-7), en Ministerio del Interior, *Requests for Mutual Legal Assistance in Criminal Matters: Guidelines for Authorities Outside of the United Kingdom*, 2015 (Solicitudes de asistencia judicial recíproca en asuntos penales: Directrices para las autoridades que están fuera del Reino Unido), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf.

Apéndice J. Recursos web

Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR)

- Sitio web de StAR: <https://star.worldbank.org/>
- StAR, guías para la recuperación de activos (a nivel de países): <https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A90>
- StAR, guías sobre titularidad efectiva (a nivel de países): <https://star.worldbank.org/publications?f%5B0%5D=category%3A89>
- Publicaciones de StAR: <https://star.worldbank.org/publications>
- Base de datos de StAR Asset Recovery Watch: <https://star.worldbank.org/corruption-cases/?db=All>

Grupo Banco Mundial

- Banco Mundial: <https://www.bancomundial.org/>
- Unidad de Integridad Financiera: <https://www.worldbank.org/en/topic/financialmarketintegrity>

Naciones Unidas

- Naciones Unidas: <https://www.un.org/es>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC): <https://www.unodc.org/unodc/es/index.html>
- Herramienta para la redacción de solicitudes de asistencia judicial recíproca de las Naciones Unidas (solo para profesionales del sistema de justicia penal): <https://www.unodc.org/mla/>
- Plataforma TRACK de la UNODC (instrumentos y recursos sobre conocimientos de lucha contra la corrupción): <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/track.html>
- Documentos, publicaciones e instrumentos de la UNODC: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/publications.html>
- Red Informática Internacional sobre Blanqueo de Dinero (IMoLIN) de la UNODC: <https://www.imolin.org/>
- Intercambio de Recursos Electrónicos y Legislación sobre Delincuencia (SHERLOC) de la UNODC: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/sherloc/>

Los recursos enumerados en este apéndice son ilustrativos y no exhaustivos.

Grupo de Acción Financiera (GAFI) sobre el Blanqueo de Capitales

- GAFI: <http://www.fatf-gafi.org>
- Las 40 recomendaciones del GAFI: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

Instituto de Basilea sobre Gobernanza

- Página de inicio: <https://www.baselgovernance.org/>

Convenciones, convenios, tratados y acuerdos internacionales

(año de adopción del instrumento/año de entrada en vigor)

Instrumentos internacionales

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC): https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988): <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC): <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>
- Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención Anticohecho de la OCDE): https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, OCDE y Consejo de Europa: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm>
- Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos (OEA): https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp
- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, OEA: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>

Instrumentos regionales

- Convenio de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) sobre Asistencia Jurídica y Relaciones Jurídicas en Materia Civil, Familiar y Penal (Convenio de Minsk, 1993/1994): <http://www.cisarbitration.com/2017/02/03/minsk-convention-on-legal-assistance-and-legal-relations-in-civil-family-and-criminal-matters/>

- Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (2003/2006): https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf
- Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad del Desarrollo de África Meridional (2001/2003): <https://www.sadc.int/document/protocol-against-corruption-2001>
- Protocolo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de la Comunidad del Desarrollo de África Meridional (2002/2007): <https://www.sadc.int/document/protocol-mutual-legal-assistance-criminal-matters-2002>
- Tratado sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal (2004, instrumentos jurídicos de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental [ASEAN]): <https://agreement.asean.org/media/download/20160901074559.pdf>; <http://agreement.asean.org/home/index/2.html>

Convenios de la Unión Europea (UE) y del Consejo de Europa

- Oficina de Tratados del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/conventions/>
- Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito (1990/1993), revisado y renombrado como Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo (2005): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/198>
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950/1953): <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>
- Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Convenio de Lugano, 2007): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29>
- Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Convenio de Bruselas, 1968/1973): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>
- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (1959/1962): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030>, y sus dos protocolos adicionales:
 - 1978/1982: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/099>
 - 2001/2004: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/182>
- Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades

Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (1997):

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41997A0625%2801%29>

- Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999/2002): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173#:~:text=The%20Criminal%20Law%20Convention%20on,the%20prosecution%20of%20corruption%20offences>
- Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999/2003): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>

Reglamentos, directivas y decisiones de la UE y del Consejo de Europa

- Documentos jurídicos de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>
- Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=24>, y Rectificación de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577>; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577R%2801%29>
- Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32005F0212>
- Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX%3A32006F0783>
- Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007D0845>
- Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0044>
- Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32001R1206>
- Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición Reglamento Bruselas I): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>

- Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>
- Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32018R1805>

Principios sobre mejores prácticas del Grupo de los Ocho (G-8)

- Principios sobre Mejores Prácticas del G-8 en cuanto a Rastreo, Congelamiento y Confiscación de Activos: https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2004/06/03/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf
- Mejores prácticas del G-8 para la Administración de Activos Incautados: <https://docplayer.net/16960901-G8-best-practices-for-the-administration-of-seized-assets.html>

UE, Consejo de la Unión Europea y sitios web del Consejo de Europa

Principales sitios web

- Sitio web oficial de la Unión Europea: https://european-union.europa.eu/index_es, y del Consejo Europeo/Consejo de la Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/>
- Asistencia judicial recíproca (Consejo de Europa): <https://www.coe.int/en/web/transnational-criminal-justice-pcoc/mutual-legal-assistance>

Materia civil y comercial

- Portal Europeo de e-Justicia, Red Judicial Europea en materia civil y mercantil: https://e-justice.europa.eu/21/ES/european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters?init=true
- Comisión Europea, Justicia civil: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice_en
- Portal Europeo de e-Justicia, Atlas Judicial Europeo en materia civil (información práctica sobre cooperación judicial en materia civil): https://e-justice.europa.eu/321/EN/european_judicial_atlas_in_civil_matters?clang=es
- Portal Europeo de e-Justicia, Obtención y práctica de pruebas. Información sobre los Estados miembros y formularios en línea relativos al Reglamento n.º 1206/2001: https://e-justice.europa.eu/374/ES/taking_evidence?init=true

Materia penal

- Portal Europeo de e-Justicia, Red Judicial Europea en materia penal: https://e-justice.europa.eu/22/ES/ejn_in_criminal_matters?init=true
- EUR-Lex, *Glosario de las síntesis*. “Cooperación policial y judicial en materia penal”: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/police_judicial_cooperation.html
- Parlamento Europeo, “La cooperación judicial en materia penal”: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/155/judicial-cooperation-in-criminal-matters>
- EUR-Lex, Síntesis de la legislación de la UE sobre cooperación judicial en materia penal: <https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/2303.html>
- EUR-Lex, “Libro verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad”, noviembre de 2009: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0624>

Recursos de seguimiento de activos de inteligencia de fuentes abiertas

Sitios gratuitos (información general, registros públicos, registros comerciales, rastreo de activos, registros bancarios)

- Open Corporates: <https://opencorporates.com/> (registros de sociedades e información de empresas)
- Open Ownership: <https://www.openownership.org/> (información sobre la titularidad efectiva)
- Opentender: <https://opentender.eu/start> (datos sobre adquisiciones en la UE)
- EveryPolitician: <https://everypolitician.org/> (datos de personas expuestas políticamente)
- TinEye: <https://tineye.com/> (búsqueda inversa de imágenes)
- FlightAware: <https://flightaware.com/> (rastreador de vuelos)
- Internet Archive: <http://www.archive.org/web/web.php>
- SearchSystems.net: <http://www.searchsystems.net> (“web invisible” de búsqueda de registros públicos y registros de empresas en todo el mundo)
- Sistema Electrónico de Recopilación, Análisis y Recuperación de Datos (EDGAR): <http://www.sec.gov/edgar.shtml> (registros de empresas estadounidenses)
- ZoomInfo: <http://www.zoominfo.com> (buscador de personas y empresas)
- Páginas Blancas: <https://people.yellowpages.com/whitepages/> (buscador de personas)
- Instituto Mundial de Información Jurídica (WorldLII): <http://www.worldlii.org> (legislación y decisiones judiciales)
- Companies House: <http://www.companieshouse.gov.uk> (registros de empresas del Reino Unido, registros de insolvencia, personas con control significativo)
- Node XL, Social Media Research Foundation: <https://www.smrfoundation.org/nodexl> (herramienta de análisis de redes y medios sociales)
- SAM.gov, Administración de Servicios Generales de Estados Unidos: <https://sam.gov/SAM/pages/public/searchRecords/search.jsf> (motor de

búsqueda de registros de entidades que realizan negocios con el Gobierno estadounidense)

- Búsqueda por tribunal, Acceso Público a Registros Electrónicos de Tribunales (PACER) (información gratuita sobre sitios web de los tribunales de Estados Unidos): <https://pacer.uscourts.gov/file-case/court-cmecf-lookup>

Sitios accesibles a través de suscripción

- Dun & Bradstreet: <https://www.dnb.com/>
- Arachnys: <https://www.arachnys.com/>
- Refinitiv: <https://www.refinitiv.com/es>
- TRACE International: <https://www.traceinternational.org/>
- LexisNexis: <http://www.lexisnexis.com> (registros públicos, decisiones judiciales, informes de medios de comunicación, registros comerciales, búsqueda de personas, etc.)
- CompanyDocuments: <http://www.companydocuments.com> (registros comerciales de todo el mundo)
- CorporateInformation: <http://www.corporateinformation.com> (registros de empresas)
- FCPA Tracker: <https://fcptracker.com/> (divulgación pública por parte de empresas y organismos relacionados con las investigaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero)
- Clear (Thompson Reuters): <http://www.clear.thomsonreuters.com> (registros públicos, registros de empresas de todo el mundo)
- FreeERISA: <http://www.freeerisa.com> (datos de beneficios para los empleados de Estados Unidos)
- Echosec: <https://www.echosec.net/features> (seguimiento de medios sociales)
- IBM Security i2 Analyst's Notebook: <https://www.ibm.com/products/analysts-notebook> (herramientas para analizar y descubrir conexiones y patrones en los datos)

Recursos de los medios de comunicación, la sociedad civil y el sector privado

- Transparencia Internacional: <https://www.transparency.org/en/>
- Global Witness: <https://www.globalwitness.org/es/>
- Global Financial Integrity (GFI): <https://gfintegrity.org/>
- Global Integrity: <https://www.globalintegrity.org/>
- Public Eye: <https://www.publiceye.ch/en/>
- Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ): <https://www.icij.org/>
- Proyecto de Denuncia de la Corrupción y el Crimen Organizado (OCCRP): <https://www.occrp.org/en>
- Red de Justicia Tributaria (TJN): <https://www.taxjustice.net/>
- Iniciativa Alianza contra la Corrupción del Foro Económico Mundial: <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative>

Oficinas especializadas en gestión de activos en países seleccionados

- *Bélgica*: Oficina Central de Incautación y Confiscación (COSC), <https://ec.europa.eu/avservices/photo/photoByReportage.cfm?sitelang=en&ref=020472>
- *Canadá*: Dirección de Gestión de Bienes Incautados, <https://www.tpsgc-pwpsc.gc.ca/app-acq/gbs-spm/index-eng.html>
- *España*: Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/oficina-recuperacion-gestion>
- *Estados Unidos*: Cuerpo de Alguaciles de Estados Unidos, <https://www.usmarshals.gov/>
- *Francia*: Organismo de Gestión y Recuperación de Activos Incautados y Confiscados (AGRASC), <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/>
- *Honduras*: Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI), <https://oabi.gob.hn/>
- *Italia*: Agencia Nacional de Activos Incautados y Confiscados (ANBSC), <https://www.benisequestraticonfiscati.it/>
- *Países Bajos*: Oficina de Gestión de Activos de la Administración de Privación de Activos de Origen Delictivo de los Países Bajos, <https://www.prosecutionservice.nl/>
- *Perú*: Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), <https://www.gob.pe/comision-nacional-de-bienes-incautados>
- *Portugal*: Oficina de Administración de Activos, <https://igfej.justica.gov.pt/Gabinete-de-Administracao-Bens>
- *Rumania*: Agencia Nacional de Administración de Activos Incautados (ANABI), <https://anabi.just.ro/en/The+mission+and+the+tasks+of+the+Agency>
- *Tailandia*: Oficina de Lucha contra el Lavado de Dinero, <http://www.amlo.go.th/index.php/en/about-amlo/vision-and-mission>
- *Ucrania*: Organismo Nacional de Búsqueda, Rastreo y Gestión de Activos Derivados de la Corrupción y Otros Activos, <https://arma.gov.ua/en/>

Redes y recursos para especialistas

- StAR, *International Partnerships on Asset Recovery: Overview and Global Directory of Networks* (Asociaciones internacionales para la recuperación de activos: Descripción general y directorio mundial de redes): <https://star.worldbank.org/sites/star/files/networks-16-reduced-maps.pdf>
- Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN): <https://www.carin.network/>
- ARIN-SA (Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Meridional): <https://new.arinsa.org/>
- ARIN-EA (África oriental): <https://eaaaca.com/about-arinea>

- ARIN-AP (Asia y el Pacífico): <http://www.arin-ap.org/main.do>
- ARIN-CARIB (Caribe): <https://arin-carib.org/>
- ARIN-WCA (Asia occidental y central): <http://www.arin-wca.org/home>
- RRAG (en América del Sur, la Red de Recuperación de Activos del GAFILAT; GAFILAT es el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica): <https://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/18-inicio/gafilat/49-red-de-recuperacion-de-activos-del-gafilat-rrag>
- Grupo Egmont: <https://egmontgroup.org/>
- Interpol: <https://www.interpol.int/es>
- Interpol, “Lucha contra la corrupción y recuperación de activos”: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Corrupcion/Lucha-contra-la-corrupcion-y-recuperacion-de-activos>
- Europol: <https://www.europol.europa.eu/>
- Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información (SIENA): <https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/information-exchange/secure-information-exchange-network-application-siena>
- Aseanapol: <http://www.aseanapol.org/>
- Ameripol: <http://www.ameripol.org/>
- Portal de Intercambio Automático de la OCDE (para la cooperación en materia tributaria): <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/>
- Organización Mundial de Aduanas (OMA): <http://www.wcoomd.org/>
- Red Árabe de Integridad y Lucha contra la Corrupción (ACINET): <http://www.arabacinet.org/index.php/en/home>
- Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP): <http://www.aiamp.info/>
- Red Judicial Europea (EJN): https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/ejn_home/EN
- Eurojust: <http://www.eurojust.europa.eu/pages/home.aspx>
- Asociación Internacional de Fiscales: <https://www.iap-association.org/>
- Banco de Pagos Internacionales (BPI): <https://www.bis.org/>
- Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO): <https://www.iosco.org/>
- Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS): <https://www.iaisweb.org/home>

Recursos de cooperación internacional específicos de los países

Alemania

- Oficina Federal de Relaciones Exteriores: <https://www.auswaertiges-amt.de/en>
- Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor: https://www.bmju.de/DE/Startseite/Startseite_node.html
- Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (cooperación internacional): https://www.bmju.de/DE/Themen/IntZusammenarbeit/IntZusammenarbeit_node.html

- Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (Europa y cooperación internacional): https://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit_node.html
- Unidad de inteligencia financiera: https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu_node.html
- Policía Federal Criminal: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Aufgabenbereiche/aufgabenbereiche_node.html
- Disposiciones jurídicas de Alemania: <http://www.gesetze-im-internet.de/>
- Procedimientos nacionales de asistencia judicial recíproca: <https://rm.coe.int/16806b6348>

Australia

- Información sobre asistencia recíproca, alternativas a la asistencia judicial recíproca y datos de contacto de la autoridad central: <https://www.ag.gov.au/international-relations/international-crime-cooperation-arrangements/mutual-assistance>
- Relaciones internacionales, incluida la información sobre la presentación de documentos jurídicos, la ejecución de sentencias extranjeras y los tratados bilaterales: <https://www.ag.gov.au/international-relations>
- Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio: <https://www.dfat.gov.au/>
- Policía Federal de Australia: <https://www.afp.gov.au/>
- Departamento del Procurador General: <https://www.ag.gov.au/>
- Centro Australiano de Informes y Análisis de Transacciones (AUSTRAC) (unidad de inteligencia financiera): <https://www.austrac.gov.au/>
- Director de la Fiscalía del Commonwealth: <http://www.cdpp.gov.au/>

Brasil

- Ministerio de Justicia y Seguridad Pública: <https://www.gov.br/mj/pt-br>
- Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Cooperación Jurídica Internacional: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional>
- Ministerio de Relaciones Exteriores: <http://www.itamaraty.gov.br/>
- Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) (unidad de inteligencia financiera): <https://www.gov.br/coaf/pt-br/>
- Portal sobre legislación: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>

Emiratos Árabes Unidos (EAU)

- Ministerio de Justicia: <https://www.moj.gov.ae/>
- Fiscalía: <https://www.pp.gov.ae>
- Banco Central de los EAU, Unidad de Lucha contra el Lavado de Dinero y Casos Sospechosos (AMLSCU) (unidad de inteligencia financiera): Véanse <https://www.centralbank.ae/ar> y <https://egmontgroup.org/en/content/united-arab-emirates-anti-money-laundering-and-suspicious-cases-unit>

España

- Red Judicial Europea (EJN) en materia civil y mercantil: https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-es-es.do?member=1
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: <https://www.exteriores.gob.es/es/Paginas/index.aspx>
- Ministerio de Justicia: <https://www.mjusticia.gob.es/es>
- Ministerio de Justicia (asuntos internacionales): <https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional>
- Unidad de inteligencia financiera: <https://www.sepblac.es>

Estados Unidos

- Departamento de Justicia, Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Activos (MLARS): <https://www.justice.gov/criminal-mlars>
- Oficina de Asuntos Internacionales, Departamento de Justicia (autoridad central): <https://www.justice.gov/criminal-oia>
- Departamento de Estado: <https://www.state.gov/>
- Departamento de Estado, Oficina de Programas contra la Delincuencia (INL/C): <https://2009-2017.state.gov/j/inl/c/index.htm>
- Red de Control de Delitos Financieros (FinCEN) (unidad de inteligencia financiera): <http://www.fincen.gov/>
- Oficina Federal de Investigaciones (FBI), agencia especializada: <https://www.fbi.gov/>; <https://www.fbi.gov/about/leadership-and-structure/international-operations>; <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>
- Departamento de Seguridad Nacional (DHS), Investigaciones de Seguridad Nacional (HSI), agencia especializada: <https://www.dhs.gov/>

Francia

- Ministerio de Relaciones Exteriores: <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/>
- Ministerio de Justicia: <http://www.justice.gouv.fr/>
- Tracfin (unidad de inteligencia financiera): <https://www.economie.gouv.fr/tracfin>
- Policía Nacional: <https://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Accueil>
- FICOBA (repositorio de cuentas bancarias): <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2233>
- Légifrance (publicación oficial sobre legislación, regulaciones e información jurídica): <https://www.legifrance.gouv.fr/>
- Agence Française Anticorruption (AFA): <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr>

Hong Kong, Región Administrativa Especial (China)

- Departamento de Justicia: <https://www.doj.gov.hk/eng/index.html>
- Lista de acuerdos de asistencia judicial recíproca (referencias legislativas): <https://www.doj.gov.hk/eng/laws/table3ti.html>

- Ministerio de Relaciones Exteriores (Oficina del Comisionado del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Popular China en la Región Administrativa Especial de Hong Kong): <http://www.fmcoprc.gov.hk/eng/>
- Comisión Independiente contra la Corrupción: <https://www.icac.org.hk/>
- Unidad Conjunta de Inteligencia Financiera: <https://www.jfiu.gov.hk/en/>

India

- Información sobre asistencia judicial recíproca, Ministerio de Asuntos Externos: <https://mea.gov.in/mutual-legal-assistance-in-criminal-matters.htm> y <https://www.mea.gov.in/emptsp.htm>
- Oficina Central de Investigación de India (asistencia para investigaciones, cartas rogatorias, tratados de asistencia judicial recíproca): <http://www.cbi.gov.in/interpol/interpol.php>
- Ministerio de Derecho y Justicia: <https://lawmin.gov.in/>
- Dirección de Cumplimiento: <https://enforcementdirectorates.gov.in>
- Unidad de inteligencia financiera: <https://dor.gov.in/preventionofmoneylaundering/financial-intelligence-unit-india-fiu-ind>
- Ministerio del Interior (autoridad central): <https://www.mha.gov.in/>
- Ministerio del Interior, División de Seguridad Interna-II (también emite directrices normativas sobre asistencia judicial recíproca): https://www.mha.gov.in/division_of_mha/internal-security-ii-division

Luxemburgo

- Red Judicial Europea (EJN) en materia civil y penal (información sobre procesos civiles, obtención y práctica de pruebas, y servicio de documentos): https://e-justice.europa.eu/76/ES/taking_of_evidence?LUXEMBOURG&init=true&member=1
- Ministerio de Relaciones Exteriores: <https://maee.gouvernement.lu>
- Ministerio de Justicia: <https://mj.gouvernement.lu/>
- Luxemburgo-Unidad de Inteligencia Financiera (FIU-LUX): <https://justice.public.lu/fr/organisation-justice/crf.html>

México

- Secretaría de Relaciones Exteriores: <https://www.gob.mx/sre>
- Subprocuradurías y Fiscalías de la Fiscalía General de la República (pedido y recepción de solicitudes de asistencia judicial recíproca sobre cuestiones penales): <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/subprocuradurias-de-la-fgr>
- Unidad de Inteligencia Financiera: <https://www.uif.gob.mx/>

Reino Unido

- Autoridad Central del Reino Unido (UKCA), Ministerio del Interior: <https://www.gov.uk/government/organisations/home-office>

- Orientación sobre asistencia judicial recíproca, Ministerio del Interior: <https://www.gov.uk/guidance/mutual-legal-assistance-mla-requests>
- Fiscalía de la Corona (representa al Estado requirente en los procedimientos judiciales): <https://www.cps.gov.uk/about-cps> y <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/international-enquiries>
- Oficina de Fraudes Graves (representa al Estado requirente en los procedimientos judiciales): <https://www.sfo.gov.uk/>
- Agencia Nacional de Investigaciones Criminales (NCA) (para casos de investigación y rastreo de activos): <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/>
- Unidad de Inteligencia Financiera del Reino Unido (parte de la NCA): <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/what-we-do/how-we-work/intelligence-enhancing-the-picture-of-serious-organised-crime-affecting-the-uk>

Singapur

- Oficina del Procurador General (autoridad central, recibe solicitudes de asistencia judicial recíproca): <https://www.agc.gov.sg/>
- Ministerio de Relaciones Exteriores: <https://www.mfa.gov.sg/>
- Oficina de Presentación de Informes sobre Operaciones Sospechosas (unidad de inteligencia financiera): <https://www.police.gov.sg/Advisories/Crime/Commercial-Crimes/Suspicious-Transaction-Reporting-Office>

Sudáfrica

- Fiscalía General de la Nación (para pedidos informales): <https://www.npa.gov.za/>
- Departamento de Relaciones Internacionales y Cooperación: <http://www.dirco.gov.za/>
- Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional (autoridad central para solicitudes formales de asistencia judicial recíproca): <https://www.justice.gov.za/>
- Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional (obligaciones jurídicas internacionales, incluidos los servicios relativos a procesos y tratados): <https://www.justice.gov.za/ilr/about.html>
- Centro de Inteligencia Financiera (unidad de inteligencia financiera): <https://www.fic.gov.za/Pages/Home.aspx>
- Comisión de la Función Pública (autoridad anticorrupción): <http://www.psc.gov.za/>

Suiza

- Oficina Federal de Justicia, Asistencia Jurídica Internacional (asistencia penal, civil, administrativa, jurídica): <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home.html>
- Oficina Federal de Justicia: <https://www.bj.admin.ch/bj/en/home.html>
- Base de datos de localidades y tribunales suizos: <https://www.elorge.admin.ch/elorge/>
- Departamento Federal de Relaciones Exteriores (FDFA): <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home.html>

- Oficina del Procurador General de Suiza (OAG): <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home.html>
- Oficina Federal de Policía (cooperación policial): <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/en/home.html>
- Oficina de Denuncias de Lavado de Dinero (MROS) (unidad de inteligencia financiera): <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/en/home/kriminalitaet/geldwaescherei.html>

Apéndice K. Reseña de las Directrices de Lausana

Directriz 1: Revisión preliminar

Antes de la investigación penal, las jurisdicciones implicadas deberán emprender una revisión preliminar adecuada de cualquier indicio y denuncia mediante el uso de todas las fuentes disponibles, incluidos la inteligencia financiera, los servicios de inteligencia de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y la información de fuentes abiertas; cuando proceda, se deberá compartir la información financiera con las UIF intervinientes con el fin de brindar apoyo a investigaciones penales posteriores.

Directriz 2: Prevención de la desaparición y recuperación de activos

Las jurisdicciones implicadas deberán considerar rápidamente varias opciones para prevenir la desaparición inoportuna de activos, como por ejemplo, el embargo de bienes a través de medidas gubernamentales o postergar las transacciones por períodos de tiempo determinados.

Directriz 3: Investigación

Las jurisdicciones implicadas deberán desarrollar una amplia estrategia, tanto desde el punto de vista investigativo como jurídico, para cada caso, la cual incluirá consultas con todas las instituciones públicas involucradas.

En la estrategia se deberá nombrar una autoridad nacional líder, la cual definirá responsabilidades y considerará todas las vías legales (incluidas la administrativa, civil y penal). Esta orientación de trabajo deberá ser acordada con las partes involucradas, incluidos el inicio de una investigación, el intercambio de información y la presentación de solicitudes de asistencia judicial recíproca. La estrategia deberá ser revisada regularmente a lo largo del proceso de recuperación de activos.

Para obtener más detalles y acceder a las Directrices de Lausana completas, véase el sitio web *Guidelines for Efficient Recovery of Stolen Assets* (Directrices para la recuperación eficaz de activos robados) (consultado el 4 de junio de 2020) en <https://guidelines.assetrecovery.org/guidelines/guideline-1-preliminary-review>.

Directriz 4: Coordinación de tiempo

Se deberá tener en cuenta, y discutir con la jurisdicción requerida, el período de tiempo utilizado para los diferentes tipos de asistencia judicial recíproca.

Directriz 5: Requisitos legales y procesales

Las jurisdicciones requeridas y requirentes deben entender los requisitos legales y procesales de cada una de ellas, ya que esto será de gran importancia tanto en procedimientos internos como en procedimientos de cooperación internacional.

Directriz 6: Establecimiento de contactos y redes

Las jurisdicciones requeridas y requirentes deberán establecer y utilizar canales directos de comunicación con los profesionales intervinientes.

Las autoridades requeridas y requirentes considerarán la posibilidad de buscar la ayuda de expertos internacionales.

Igualmente deberían usar todos los canales disponibles para compartir información, tales como redes internacionales y regionales.

Directriz 7: Canales de comunicación

Las jurisdicciones requirentes deberán discutir de manera pronta los elementos pertinentes de la estrategia investigativa y jurídica, así como las generalidades del caso y el perfil del tema con todas las jurisdicciones involucradas, cuando proceda.

Las jurisdicciones implicadas deberán designar un punto de contacto central, el cual informará a todas las partes concernidas.

Directriz 8: Investigaciones paralelas

Las jurisdicciones requeridas considerarán el inicio de una investigación en paralelo relacionada con los activos y los hechos circundantes, con el objetivo de establecer posibles hechos ilícitos en su jurisdicción.

Las jurisdicciones requeridas y requirentes deberán brindarse apoyo mutuo en los procesos legales mediante el suministro de información adicional de manera espontánea, cuando sea posible, y con el trámite rápido de solicitudes de asistencia judicial recíproca.

Las jurisdicciones requeridas y requirentes deberán evaluar si tienen derecho a participar en los procesos legales en curso en la otra jurisdicción.

Las jurisdicciones requeridas y requirentes determinarán si es apropiado mantener investigaciones en paralelo o considerarán realizar investigaciones conjuntas.

Directriz 9: Proyectos de solicitudes de asistencia judicial recíproca

Se deberán compartir los proyectos de solicitudes de asistencia judicial recíproca entre las jurisdicciones involucradas con el fin de corroborar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios.

Las jurisdicciones requeridas y requirentes deberán asegurar el seguimiento de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, con el fin de apoyar la pronta ejecución de estas y realizar consultas periódicas sobre el avance de los procesos internos.

Directriz 10: Ejecución de la solicitud de asistencia judicial recíproca

Las autoridades requeridas procederán de manera pronta a la ejecución de la solicitud.

Cuando se considere que ha finalizado los procedimientos internos y que esto puede afectar otros procesos en otra jurisdicción, incluidos los casos en que se haya llegado a un acuerdo, se deberá consultar con la otra jurisdicción, cuando proceda, con el fin de minimizar los obstáculos en los procedimientos en otros países o en la cooperación internacional.

Apéndice L. Utilización de un sistema electrónico de gestión de casos para mejorar las investigaciones complejas

Descripción general.....	458
Desafíos de los casos complejos.....	458
Ventajas de un SGC electrónico.....	460
Implementación de un SGC.....	461
Componentes básicos de un SGC.....	461
Pestañas del caso	462
<i>Portada</i>	462
<i>Registro de investigación</i>	463
<i>Perfil de la persona investigada</i>	464
<i>Perfil financiero</i>	468
<i>Matriz de pruebas</i>	473
<i>Registro de pruebas</i>	477
<i>Cronograma de los hechos principales</i>	477
<i>Listas de personas de interés y empresas de interés</i>	478
<i>Hoja de verificación del cierre del caso</i>	479
<i>Búsqueda</i>	480
Gráficos.....	482
Archivo de los documentos.....	482
Recursos	483

Descripción general

Estas orientaciones no se prepararon para las unidades operacionales que cuentan con los recursos necesarios y poseen la infraestructura de tecnologías de la información (TI) adecuada, sino para las numerosas unidades de investigación que operan en contextos donde los recursos son escasos.

En las interacciones con la Iniciativa StAR, varios países han puesto más énfasis en la investigación financiera asociada con la corrupción, el fraude u otros delitos graves subyacentes. Estos países están tratando de mejorar la capacidad de los profesionales intervinientes —investigadores, fiscales y jueces— para investigar, presentar y resolver estos delitos y rastrear, congelar y recuperar eficazmente los activos derivados de delitos penales. Además de fortalecer la capacidad en esta esfera, es necesario garantizar que se cuente con políticas y sistemas sólidos para mantener la integridad de las investigaciones, lo que permitirá a los directivos principales ofrecer un mayor grado de supervisión y aportes en las investigaciones.

Dada la complejidad de estos casos y la necesidad de que la administración superior tenga mayor visibilidad y participación en la determinación de las estrategias para los casos, es preciso modificar la forma en que estos se gestionan. Lo que a menudo se vuelve evidente, una vez que avanzan estos casos complejos, es que los expedientes en papel generan problemas a la hora de la gestión y no se ajustan a las necesidades de los distintos investigadores que pueden estar trabajando en un caso, quizás en diferentes períodos del ciclo de investigación. Una solución a este problema es introducir un sistema de gestión de casos (SGC) electrónico.

Es responsabilidad de la administración determinar si el SGC electrónico debe aplicarse a todos los casos que se investigan. A medida que aumentan las competencias de la unidad de investigación, estos sistemas no solo pueden ampliarse para seguir y registrar los pasos de la investigación y otros datos básicos, sino también para incrementar la presentación electrónica de documentos, de modo de agilizar el procedimiento de información y facilitar los procesos de descubrimiento o divulgación. No sería difícil conectar con hipervínculos los documentos electrónicos de una unidad de disco compartida con el SGC, y esto garantizaría que todo el registro de la investigación esté en gran parte en un lugar único y seguro.

Desafíos de los casos complejos

A menudo, no se aprecia plenamente —en el momento en que se identifican e inician estas complejas investigaciones— el tiempo que llevará terminar la investigación, presentar el caso ante los tribunales y llegar a un fallo. A esto se agregan los desafíos que surgen una vez que los organismos tratan de recuperar los activos robados, tarea que puede demorar muchos años. Con frecuencia, los investigadores involucrados al inicio del caso terminan dedicándose a otra tarea, y nuevas personas “heredan” la responsabilidad del expediente. Comprender qué medidas se han aplicado, por qué se

tomaron ciertas decisiones, qué pruebas se recopilaron, qué pruebas no estaban disponibles y por qué y cómo se analizaron los datos (y quiénes fueron los responsables de la tarea) puede ser un gran desafío si la información se guardó en distintos registros, se almacenó en diferentes carpetas o, lo que es peor, se archivó en la ubicación equivocada.

Una investigación también deberá basarse en una amplia gama de capacidades, a menudo de diversos organismos. Es importante garantizar que todas las partes involucradas en la investigación puedan contribuir a la estrategia; ninguna persona tiene todas las respuestas. Este enfoque multidisciplinario necesita gestionarse, y dicha gestión puede respaldarse con los siguientes elementos:

- un sistema central de presentación de informes;
- coordinación de las actividades de la investigación (asignación de la responsabilidad de determinadas tareas a la persona correspondiente);
- capacidad para examinar y garantizar que las tareas se hayan completado o, si se producen demoras, determinar cuándo se pueden esperar los resultados;
- capacidad de reunir el volumen de documentos (impresos y electrónicos) necesarios durante la investigación y de garantizar que se respeten los procesos eficaces de cadena de custodia.

Junto con estos pasos de administración, es necesario entender y tener debidamente en cuenta o presupuestada toda decisión estratégica que deba tomarse y que afecte el momento en que se llevarán a cabo las investigaciones (cuándo ejecutar las órdenes de allanamiento; el momento de las entrevistas con testigos; si el profesional del ámbito jurídico es testigo o sospechoso, y cuándo se debe pasar de la asistencia judicial recíproca informal a la formal).

Con demasiada frecuencia, los casos comienzan y sufren muchos retrasos por falta de organización. El error más significativo y la mayor causa de demoras en una investigación es recurrir a la asistencia judicial recíproca demasiado pronto. La redacción de solicitudes de asistencia judicial recíproca, solicitudes suplementarias o solicitudes informales consume tiempo, y estas deben volverse a escribir a partir del conocimiento de una sola persona que tiene el archivo ante sí. Si la solicitud de asistencia judicial recíproca es rechazada, puede llevar muchos meses entender por qué (si es que se recibe una respuesta). Una vez más, la solidez del caso queda comprometida si una sola persona (la que puede ver el archivo) conoce el motivo por el cual se solicitó dicha asistencia judicial recíproca.

Si bien estos desafíos seguirán existiendo, una mayor organización de los archivos reducirá la duplicación y conducirá a una mejor comprensión de las medidas de investigación adoptadas y el avance del expediente.

La transición a un sistema electrónico efectivamente requiere un proceso y un cambio de mentalidad en la forma en que se registra la información para cada caso. Al comenzar con un sistema básico basado en Excel, la curva de aprendizaje se reduce para aquellos

con exposición limitada a sistemas de TI y su utilización. Para la gran cantidad de nuevos graduados que ingresan en este campo de trabajo, el sistema de Excel también proporciona suficiente margen para utilizar las herramientas analíticas incorporadas en el programa a medida que abordan los datos (cuentas o estados bancarios), así como producir cuadros y gráficos, lo que simplifica la presentación de grandes volúmenes de pruebas ante el tribunal.

También es probable que un sistema electrónico requiera una serie de decisiones y directivas operacionales y normativas para garantizar una aplicación eficaz.

Ventajas de un SGC electrónico

La estructura puede adaptarse para replicar el sistema en papel que se esté utilizando, pero la transición del personal a un sistema electrónico ofrece ventajas tanto para los encargados de la investigación como para la administración:

- procesos básicos estandarizados en todas las investigaciones;
- mayor rendición de cuentas y visibilidad;
- capacidad de ofrecer monitoreo y proporcionar información en forma remota en un caso;
- capacidad para aumentar los recursos en función de las necesidades de investigación;
- mejor presentación de la información debido a la facilidad para incorporar evidencia clave en las solicitudes y los informes;
- mejora de los sistemas de divulgación de información;
- repositorio central de datos de inteligencia.

Aunque un SGC puede ser un sistema personalizado o un paquete de *software* comercial, es probable que un sistema personalizado requiera una inversión significativa en la infraestructura de TI subyacente, lo que no siempre es factible.

Para el proceso de transición, es importante que el sistema sea fácil de usar. Un SGC más complejo puede incorporarse en una etapa posterior (según lo permitan los recursos), pero es importante que se lleve a cabo la transición, y un punto de partida útil puede ser una fecha acordada para empezar a utilizar el SGC en todas las investigaciones nuevas. La incorporación retroactiva de investigaciones previas en un SGC electrónico requerirá una cuidadosa planificación y consideración, especialmente si los archivos en papel antiguos ya contienen una cantidad significativa de información. Una vez que el sistema esté funcionando, el personal y la administración también comprenderán mejor los beneficios y las limitaciones y estarán mejor informados sobre los requisitos necesarios para pasar a un SGC personalizado.

Considere la posibilidad de migrar los datos del sistema inicial a un sistema más avanzado en la medida en que los recursos y la infraestructura lo permitan.

En la gestión de casos también se deben considerar una administración más amplia de los archivos y documentos, así como productos de investigación que puedan utilizarse de manera similar en el expediente en curso.

Implementación de un SGC

A menudo, la infraestructura de TI de la organización suele ser limitada. Es posible que el personal necesite compartir computadoras y, en ocasiones, utilice sus propios ordenadores portátiles en el trabajo. Asimismo, es probable que la organización no cuente con un sistema de red confiable y que los protocolos de seguridad de TI sean obsoletos. Todas estas limitaciones plantean dificultades para mantener la confidencialidad de la investigación.

Será necesario encontrar soluciones locales para cada organización. Sin embargo, sigue siendo importante que el SGC se implemente de una manera que asegure que exista una copia de seguridad y que el acceso al sistema esté controlado. Además, debe haber algún proceso para auditar quién accedió al sistema y qué cambios o adiciones se realizaron. Algunos Gobiernos y organizaciones internacionales usan Google Workspace o Microsoft Office 365 for Business (y Microsoft Teams) porque estos paquetes de herramientas de computación, productividad y colaboración en la nube suelen cumplir con los requisitos de seguridad más elementales. Ambos permiten la creación de documentos compartidos con acceso restringido y permiten establecer un SGC simple. Esto requerirá deliberaciones internas y la participación de los especialistas en TI que brindan servicios a la institución.

Como parte de la solución, se puede crear una carpeta del caso en un sistema externo de almacenamiento en la nube. El acceso a estos sistemas suele estar diferenciado por niveles, desde el propietario de la carpeta (acceso total) hasta el acceso controlado a los expedientes. Incluso cuando la infraestructura de TI subyacente no está suficientemente desarrollada (es decir, no es un sistema de red interno), es imprescindible que el acceso al sistema esté controlado por la administración y haya un mecanismo establecido de copia de seguridad de los datos. Cuando sea posible, es preferible contar con un sistema respaldado por un mecanismo de almacenamiento en la nube que no sea externo.

Componentes básicos de un SGC

En esta sección se brindan detalles de los elementos básicos del SGC de cualquier organización dedicada a la investigación. Estos elementos pueden modificarse para adaptarse a procesos específicos o se pueden utilizar formularios ya existentes, conocidos por los usuarios que adoptarán el sistema. Es importante reiterar que lo que se presenta no es una herramienta para simplificar o automatizar los procesos comerciales, sino un sistema centralizado para registrar información específica de cada caso.

Cabe señalar que, cuando sea posible, se debe colocar información separada en diferentes campos, ya que esto mejorará la clasificación y el filtrado de los datos. Para ello puede ser necesario insertar líneas adicionales en la estructura del cuadro que se muestra a continuación.

Pestañas del caso

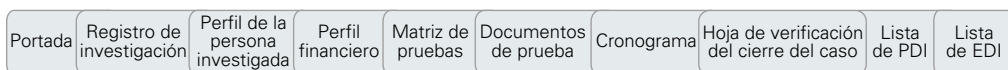
Aunque se pueden agregar pestañas al ejemplo que se muestra (figura L.1), se debe garantizar que exista un control efectivo sobre quién tiene derecho a editar esta base de datos. Según los conceptos de gestión eficaz de la información, la racionalidad de las secuencias de trabajo independientes es tan importante como el acceso adecuado.

En muchos casos, puede ser apropiado realizar el análisis financiero detallado en archivos separados creados a tal fin. Si bien el análisis estándar de transacciones tales como débitos y créditos de una cuenta bancaria se puede registrar fácilmente en una hoja de cálculo de Excel, esto se explicará más detalladamente en la sección “Perfil financiero”. Los datos que se registran en estas pestañas proporcionan información sobre el avance del caso. Esta información ayudará a preparar otros informes o solicitudes y proporcionará a la administración datos suficientes para tomar decisiones informadas.

Portada

La pestaña “Portada” es la hoja de presentación del archivo, que contiene información básica sobre la dotación de personal para el expediente y las fechas clave del caso (figura L.2). Las buenas prácticas indican que se debe utilizar un número único para cada caso, que finalice con la fecha en que se inició la investigación.

FIGURA L.1 Pestañas principales de los expedientes de investigación en Excel



Fuente: StAR.

Nota: EDI = empresa de interés; PDI = persona de interés.

FIGURA L.2 Modelo de portada de un expediente

Número de caso:
Equipo/unidad de investigación:
Fecha de apertura del caso:
Fecha de presentación del caso ante el tribunal:
Fecha de cierre del caso:

Fuente: StAR.

Registro de investigación

Una buena idea es considerar esta pestaña como el cuaderno de notas o, incluso, el diario del investigador. Comience con un resumen de las denuncias; los posibles delitos en investigación (recuerde que lo que usted empieza a investigar y lo que finalmente denuncia o imputa pueden ser delitos diferentes porque aún no ha completado una investigación), y los hechos que son de su conocimiento y puede probar. Para el resumen del caso, se recomienda pensar en lo siguiente:

- ¿Qué posibles delitos se están investigando?
- Cuando se hace un desglose, ¿qué elementos de cada delito necesito probar?
- ¿Qué pruebas tengo disponibles actualmente? ¿Qué hechos puedo probar ahora?
- ¿A qué pruebas y hechos necesito tener acceso y cómo lo logro?

Los pasos o la estrategia iniciales de la investigación van seguidos de un registro detallado de todas las medidas adoptadas en este caso. Si enumera acciones, actúe como si tuviera que completar una lista de cosas por hacer. Es importante que tanto los investigadores como los gerentes comprendan la naturaleza de la labor pendiente.

A su vez, es importante ofrecer un panorama preciso, sucinto y actualizado de las denuncias. Si se completa debidamente, el resumen del caso puede utilizarse en varias tareas dentro de la investigación y, en definitiva, reducir el tiempo dedicado repetidamente a exponer los hechos generales del caso. A menudo, los investigadores deberán proporcionar una breve introducción a la investigación —por ejemplo, cuando soliciten una orden de allanamiento o presenten una solicitud formal o informal de asistencia— antes de presentar las pruebas específicas que respalden la solicitud. El resumen del caso brinda la oportunidad de garantizar que el panorama general sea preciso, refleje la posición actual de la investigación, pueda utilizarse fácilmente como introducción y, cuando sea necesario, pueda copiarse y pegarse en otros documentos, lo que ayuda a reducir el tiempo de trabajo.

Los posibles delitos investigados se explican en más detalle en la pestaña “Matriz de pruebas” (que se describe más adelante), lo que brinda al investigador la oportunidad de basarse en las pruebas de esas denuncias. Las medidas iniciales de investigación son las primeras acciones que se adoptarán para obtener pruebas, identificar pistas y entrevistar a los posibles testigos.

Luego del resumen del caso, en el registro se incorporarán los pasos de investigación identificados y las medidas adoptadas. Este puede escribirse al estilo de un diario o como comentarios para reflejar la justificación de las medidas que se han tomado o no. Al adoptar este enfoque, se puede proporcionar un registro más preciso de los procesos de pensamiento de los investigadores en un momento dado de la investigación. La adopción del modelo del diario o los comentarios por escrito ayuda a supervisar el caso, comprender los obstáculos que puedan existir y explicar por qué el investigador ha adoptado un curso de acción específico. Esto puede ser especialmente importante durante investigaciones prolongadas y cuando el investigador tiene que entregar el

expediente a un colega. Entender *qué* medidas se tomaron (posiblemente hace un año) y *por qué* se tomaron puede resultar crucial para el resultado de la investigación y es un punto de referencia útil si el caso pasa a la etapa judicial.

En el ejemplo que se muestra (cuadro L.1), las fechas y horas deben registrarse en la columna A, y el nombre de quien inició esta acción, en la columna C. La columna D permite incluir un vínculo o referencia cruzada a cualquier documento generado a partir de ese paso de investigación. Por ejemplo, si la medida consistiera en obtener extractos bancarios, se ingresaría la referencia del documento del registro de pruebas (que se describe más adelante en este apéndice). Si la acción consistiera en entrevistar a una persona, se incluiría una referencia a la declaración.

Cuadro L.1 Modelo de registro de investigación

Fecha y hora	Registro de investigación	Autor de la entrada	Número de documento
	Resumen de las denuncias:		
	Posibles delitos en investigación:		
	Pasos iniciales de la investigación:		
	Registro de actividades:		

Fuente: StAR.

Dependiendo de las leyes de la jurisdicción en la que se esté trabajando, el registro de investigación puede estar sujeto a revelación o divulgación. Por lo tanto, es de suma importancia que esto se tenga en cuenta a lo largo de la investigación. Algunos métodos policiales o de investigación delicados tienen protección legal especial en los tribunales, a menudo para garantizar que las tácticas operativas no queden expuestas y pierdan su valor.

Si está utilizando tácticas sensibles, puede llevar un registro paralelo de investigación en un SGC de Excel separado únicamente para asuntos operativos delicados. Un ejemplo puede ser la interceptación de comunicaciones, las grabaciones encubiertas de video o audio, o incluso la declaración de un denunciante. Guardar el registro de actividades en una ubicación independiente —protegida por contraseña y accesible solo para personas habilitadas— reduce en gran medida el riesgo de que la información confidencial se divulgue inadvertidamente a las partes no autorizadas.

Perfil de la persona investigada

Un producto clave en cualquier indagación es un “perfil de la persona investigada” para cada una de las personas presuntamente implicadas. Este conjunto de datos es necesario para establecer los vínculos entre la persona investigada; sus asociados, familiares y socios en el delito (algunos de los cuales pueden ser facilitadores profesionales), y el

estilo de vida de la persona. Dichos vínculos ayudarán a conectar a la persona con los activos y el dinero ilícito. Esto se puede considerar la base de su investigación financiera.

Sabemos que los delincuentes harán todo lo posible para ocultar los activos e impedir que el investigador los vincule con el producto de sus delitos. Después de todo, si el investigador puede asociar el producto con el delincuente, refuerza inmediatamente la investigación. El perfil de la persona investigada es un documento en constante cambio; esto significa que nunca debe considerarse completo, porque a lo largo del caso surgirá nueva información sobre las personas investigadas.

Un dato ínfimo del perfil de la persona investigada puede proporcionar los vínculos necesarios para demostrar la presencia de una jurisdicción en particular donde se oculta el producto del delito, o el rastro hacia ella; todo esto es necesario cuando se busca asistencia judicial recíproca y se siguen pistas. Estas pistas generarán nuevas líneas de indagación, con lo que se proporcionarán más datos sobre el perfil de la persona y se mantendrá la condición de “documento dinámico”. Por ejemplo, si usted identifica que la persona investigada se encuentra en una propiedad de alquiler, las indagaciones pueden ayudar a establecer la fuente de los pagos del alquiler e identificar cuentas bancarias previamente desconocidas relacionadas con esta persona. Si una persona ha adquirido una propiedad, las indagaciones pueden establecer quién es el agente legal que utiliza la persona investigada.

La estructura de Excel permite introducir nuevas personas en cada columna: B, C, D, etc. En la columna A se establece la información estándar que se debe reunir para cada persona investigada y, según corresponda, se pueden agregar filas adicionales si dentro del país se utilizan otras fuentes de datos para conformar el perfil.

Cuando haya varias entradas, cada una debe colocarse en una línea separada y, cuando sea posible, adoptar un formato estándar (cuadro L.2). Se recomienda la utilización de un formato estándar para que el investigador se familiarice con la información básica necesaria al iniciar una investigación. Esto, a su vez, puede generar comprobaciones estandarizadas: ¿La persona investigada tiene antecedentes penales, y cuáles son los delitos? ¿La persona investigada tiene cuentas bancarias en su país? Hay otras preguntas estandarizadas que deben responderse: ¿Quién es el pariente más cercano? ¿Cónyuge o pareja? ¿Hermanos? Es importante que se utilicen filas separadas para cada pregunta, aunque es probable que las direcciones y otras preguntas tengan varias entradas. La lista de preguntas no es exhaustiva y puede adaptarse para incluir cualquier información que pueda estar a disposición de un investigador en un país determinado.

Si bien gran parte del contenido del perfil de la persona investigada se explica por sí mismo, cabe señalar varios puntos.

Sobrenombres y alias. Esta parte del perfil también debe incluir cualquier alternativa conocida de la forma ortográfica de escribir el nombre. Esto es particularmente importante cuando se ha producido una transliteración de un nombre; no es raro encontrar múltiples maneras de deletrear el nombre de una persona cuando ha sido

registrada por diferentes órganos. Por ejemplo, Hailee, Haleigh, Haley, Haylee, Hayleigh, Hayley y Haylie son variaciones del mismo nombre que pueden aparecer entre los registros de los proveedores de servicios públicos o en los documentos de identidad. También es común que los delincuentes deliberadamente delecteen mal sus nombres en los documentos legales y otros documentos oficiales como una manera de desvincularse de los registros oficiales. El hecho de conocer todas las variantes de la forma en que se deletrea un nombre ayuda a los investigadores porque les permite encontrar información crítica en las búsquedas a través de bases de datos o pedir a otros, especialmente a jurisdicciones extranjeras, que busquen en sus bases de datos. Un “buscador de ortografía alternativa” (como <https://datayze.com/alternate-spelling-finder>) le dará una idea del número de variantes que podrían existir para una palabra en inglés, sobre la base de posibles sustituciones de caracteres.

Cuadro L.2 Modelo de formato estándar para un perfil de persona investigada

Datos del perfil	Persona investigada 1
Apellido	
Primer nombre	
Segundo nombre	
Sobrenombres/alias	
Fecha de nacimiento de la persona investigada	
PMC/pareja/cónyuge	
Hijos	
Lugar de nacimiento	
Pasaporte n.º	
Fecha de vencimiento del pasaporte	
Identificación alternativa (licencia de conducir, etc.)	
Otras nacionalidades	
Direcciones conocidas (actuales y anteriores)	
Dirección de empleo (no se aplica a empresas propias) y naturaleza del empleo	
Ocupación o cargo oficial	
Padres	
Dirección de los padres	
Fechas de nacimiento de los padres	
Países frecuentados/viajes al extranjero	

Fuente: StAR.

Nota: PMC = parientes más cercanos.

También vale la pena recordar que copiar la fotografía del pasaporte (o documento nacional de identidad) de la persona investigada en el perfil que está creando puede resultar útil para solicitudes posteriores. A menudo, esta puede ser la única imagen que se tenga de la persona.

Inteligencia de fuentes abiertas. La inteligencia de fuentes abiertas (OSINT) es una fuente de información invaluable y debe utilizarse todo lo posible para identificar información sobre la persona investigada (cuadro L.3). Hoy en día, se puede acceder a mucha información sobre empresas y propiedades en internet, así como a cuentas de redes sociales vinculadas a las personas.

Cuadro L.3 Ejemplo de datos del perfil de la persona investigada extraídos de redes sociales y otros tipos de OSINT

Datos del perfil	Persona investigada 1
Correo electrónico	
Teléfono	
Twitter	
LinkedIn	
Facebook	
Otras redes sociales	
Abogados/agentes	
Sociedades propias o acciones en su poder (incluido el porcentaje de tenencia): Nombre de registro, nombre operativo	
Asociados	
Transporte o vehículos conocidos (incluidos los números de matrícula)	
Aficiones/intereses	

Fuente: StAR.

Las direcciones de correo electrónico y los números de teléfono de las personas investigadas son identificadores únicos y suelen ser más útiles que sus nombres cuando se realizan consultas a fuentes abiertas.

La información de los sitios web de redes sociales puede proporcionar datos útiles sobre los asociados de una persona, los lugares a los que pueden haber viajado y enlaces a posibles activos. Al identificar información en sitios web no gubernamentales, es importante hacer capturas de pantalla de los datos porque estos enlaces se pueden eliminar rápidamente.

Información sobre los activos de la persona investigada. En la pestaña “Perfil financiero” se ofrece más espacio para el análisis sobre los activos, pasivos, ingresos y gastos de una persona, lo cual resulta útil para determinar un cambio en el patrimonio neto. Sin embargo, a medida que se establece el perfil, también es útil registrar la

información inicial sobre los activos vinculados a la persona investigada en la pestaña “Perfil de la persona investigada” (cuadro L.4).

Cuadro L.4 Datos financieros iniciales que se incluirán en el perfil de la persona investigada

Datos del perfil	Persona investigada 1
Activos conocidos (1)	
Activos conocidos (2)	
Activos conocidos (3)	
Activos conocidos (4)	
Activos conocidos (5)	
Activos conocidos (6)	
Asociados	
Transporte o vehículos conocidos (incluidos los números de matrícula)	
Deudas conocidas (Experian, si tiene derecho legal a buscar)	

Fuente: StAR.

Perfil financiero

El desafío que plantea toda investigación financiera consiste en distinguir los ingresos legítimos de los ilícitos, los que a veces se denominan “productos delictivos” o “productos del delito”. La creación de un perfil financiero permite al investigador incorporar todas las finanzas de la persona investigada y, en definitiva, ayudar a determinar si el patrimonio neto (el valor total de los ingresos y activos) supera lo que puede explicarse legítimamente a través de cualquier ingreso lícito. A su vez, eso ayuda a deducir ante el tribunal qué activos e ingresos identificados en el curso de su investigación pueden ser producto del delito.

El perfil financiero se utiliza para establecer si los activos de las personas investigadas —menos sus pasivos (patrimonio neto) y sus gastos personales— pueden explicarse cuando se los examina en función de los ingresos declarados durante el período abarcado por la investigación. Si el patrimonio neto y los gastos personales superan los ingresos declarados y no pueden explicarse mediante la presencia de ahorros anteriores, se comienza a deducir que la persona investigada se ha beneficiado con el producto de delitos. El análisis de los ingresos, los gastos y los activos también puede ayudar a explicar giros repentinos y radicales en los ingresos no justificados y el cambio de estilo de vida de la persona investigada, lo que también ayuda a demostrar que se ha beneficiado con el producto de delitos.

Cuando se busca determinar la variación del patrimonio neto de una persona, debe establecerse un patrimonio neto de apertura definido en una fecha, que puede ser el comienzo de un mes (por ejemplo, 01/2017). Del mismo modo, se debe determinar una fecha para calcular el patrimonio neto de cierre (por ejemplo, 01/2020). En ocasiones, el único registro oficial que se puede obtener para determinar un punto de referencia de los ingresos de la persona investigada son los registros tributarios, que resultarían difíciles de impugnar en los tribunales. De igual utilidad son los registros de cuentas bancarias, que también pueden mostrar los ingresos y gastos, aunque es posible que, al principio, no se puedan descubrir las cuentas bancarias de la persona. Al igual que el perfil de la persona investigada, el perfil financiero debe tratarse como un documento dinámico.

De ser posible, al registrar propiedades o activos, será útil para el análisis posterior colocar las transacciones en orden (por fecha y hora). En el caso de un activo físico, puede ser la fecha en que se intercambié el título de propiedad con la persona investigada o cuando se compró el activo (como un automóvil, una embarcación o joyas).

Dado que en el perfil financiero se busca registrar todos los activos y pasivos conocidos de cada una de las personas investigadas, puede convenir hacer una copia de esta pestaña para cada persona. Dependiendo del volumen de los activos identificados en relación con la persona investigada, también se puede crear una pestaña separada para el cálculo del patrimonio neto de apertura y de cierre.

La estructura actual ubica todos los bienes raíces (casas, embarcaciones, automóviles, joyas, obras de arte, lingotes, etc.) en una sección (cuadro L.5, panel a). Los activos líquidos —efectivo e inversiones como cuentas bancarias (caja de ahorro o cuenta corriente), acciones, bonos, pólizas de seguro de vida canjeable y títulos (acciones, bonos o fondos que cotizan en bolsa)— se encuentran en otra sección (cuadro L.5, panel b). Los activos siempre deben valuarse al costo, no al valor de mercado, porque esto ayuda al investigador a entender el beneficio total del producto del delito.

Al registrar los activos, se incluye información adicional: detalles de la cuenta bancaria, direcciones de las propiedades y datos similares. Esta información será útil cuando se compilen las solicitudes y se arme el expediente de la investigación. Cuando hay varios activos, los detalles de cada activo o pasivo se registran en las columnas B, C, D, etc., para los ejercicios de apertura y cierre.

A partir de estos datos, se pueden calcular los activos totales de cada año, junto con la variación del patrimonio neto entre el año X y el año Y (cuadro L.6).

Cuadro L.5 Modelo de formato estándar de un perfil financiero

a. Bienes raíces							
		Año X	Año X	Año X	Año Y	Año Y	Año Y
Bien	Tipo (casa/embarcación/automóvil)						
	Dirección						
	Fecha de compra						
	Precio de compra						
	Valor actual						
	Fecha del último valor						
	Nombre/dirección del tasador						
	Nombre en el que se mantiene la propiedad						
	Hipoteca/cargos						
	Documentos catastrales (Sí/No)						
	Subtotal	0	0	0	0	0	0
b. Activos líquidos							
		Año X	Año X	Año X	Año Y	Año Y	Año Y
Activos	Tipo (depósito/acciones/bonos)						
	Banco						
	Dirección del banco						
	Código de clasificación						
	Número de cuenta						
	Tipo de cuenta						
	Nombre completo del titular de la cuenta						
	Saldo actual						
	Volumen de crédito anual						
	Volumen de débito anual						
	Notas						
	Subtotal	0	0	0	0	0	0

Fuente: StAR.

Cuadro L.6 Modelo de formato para calcular el valor de los activos en el perfil financiero de la persona investigada

Tipo de activo	Año X	Año Y
Cuentas bancarias		
Otros bancos		
Acciones		
Bonos/inversiones		
Embarcaciones/vehículos		
Bienes inmuebles		
Joyas/obras de arte		
Efectivo disponible		
Total de activos		

Fuente: StAR.

En el cuadro L.7 se registran todos los pasivos correspondientes a las fechas pertinentes. Según corresponda, se deberán agregar líneas adicionales si se identifican otros pasivos (por ejemplo, préstamos estudiantiles).

Deben hacerse registros de todo el período en que la persona investigada recibe ingresos. También se deben contabilizar los ingresos totales durante el período (año Y-año X). Además, todos los ingresos provenientes de fuentes conocidas deben registrarse y su total debe indicarse en el cuadro correspondiente. La estructura sugerida (cuadro L.8) constituye una guía; sin embargo, es importante que en el cálculo total se tenga en cuenta si los fondos se reciben en forma anual, mensual o semanal.

Durante este período, también podrían haberse pagado gastos adicionales, que van desde gastos de manutención —como alimentos y servicios públicos— hasta pagos de intereses por repago de deudas (cuadro L.9).

A partir de los datos ingresados y los subtotales, se puede calcular el cambio del patrimonio neto de la persona investigada (cuadro L.10). Al restar los ingresos conocidos y sumar los gastos, es posible identificar ingresos de fuentes desconocidas. Estos ingresos desconocidos deberán ser sometidos a una investigación más exhaustiva.

Al calcular el patrimonio neto y los gastos no explicados, el período de análisis se determinará a partir de la investigación subyacente, los hechos del caso y la información disponible. Cuando se analizan los ingresos y gastos, si se necesitan estimaciones, se recomienda colocar un comentario en la celda de Excel, porque en el futuro puede establecer la cifra exacta y cambiar la estimación para reflejar el costo real. Debe haber una base para la estimación, y es más seguro optar por la sobreestimación.

Cuadro L.7 Modelo de formato para el cálculo del pasivo en el perfil financiero de la persona investigada

Tipo de pasivo	Año X	Año Y
Hipoteca inmobiliaria		
Préstamos para vehículos		
Deuda con tarjetas de crédito		
Otros préstamos al consumidor		
Dinero adeudado a otros		
Impuestos no pagados		
Otros pasivos		
Total de activos		

Fuente: StAR.

Cuadro L.8 Ejemplo de datos sobre los ingresos en el perfil financiero

Datos sobre los ingresos	Año X	Hasta el año Y				
Empleador o trabajador por cuenta propia						
Ocupación						
Ingresos netos						
Semanal/mensual/anual						
Fecha de inicio						
Fecha de terminación						
Notas						
Ingresos totales						

Fuente: StAR.

Cuadro L.9 Ejemplo de datos sobre los gastos en el perfil financiero

Tipo de gasto	Año X	Hasta el año Y				
Empleador o trabajador por cuenta propia						
Servicios públicos						
Pagos de intereses hipotecarios						
Seguros						
Alimentos						
Vestimenta						
Entretenimiento						
Gastos totales						

Fuente: StAR.

Cuadro L.10 Modelo de formato para calcular la variación en el patrimonio neto de la persona investigada

Patrimonio neto y datos sobre ingresos no explicados	
Total de bienes inmuebles, año Y	
Menos: Pasivo, año Y	
Menos: Total de bienes inmuebles, año X	
Más: Pasivo, año X	
Aumento en el patrimonio neto	
Más: Gastos totales	
Menos: Ingresos totales	
Gastos de fuentes desconocidas	

Fuente: StAR.

En el caso de los “gastos de fuentes desconocidas” se debe solicitar una explicación. Estos gastos también pueden dar lugar a pruebas directas de los delitos que se investigan. Si se ha producido un fraude y se pueden vincular las transacciones financieras directamente a la cuenta bancaria de la persona investigada, no solo se cuenta con pruebas de ingresos ilegítimos, sino que también se puede relacionar al beneficiario del producto del delito con el delito principal. La misma lógica puede aplicarse a un simple pago de soborno.

En esta etapa de la investigación, se deberían abordar las defensas comunes que se han planteado, desarticulándolas adecuadamente en caso de que sean falsas. Entre dichas defensas, se incluyen las siguientes:

- *acaparamiento*: una reclamación por parte de la persona investigada de que tenía grandes cantidades de efectivo en el período de inicio y de que su única infracción fue no haber declarado el efectivo a las autoridades fiscales;
- *regalos o préstamos*: una reclamación por parte de la persona investigada de haber recibido regalos o préstamos privados durante el período;
- *ausencia de declaración por error*: una reclamación por parte de la persona investigada de no haber declarado a las autoridades fiscales los ingresos provenientes de fondos mantenidos en ciertas cuentas o instituciones financieras no bancarias, que no se tuvieron en cuenta en el análisis.

Matriz de pruebas

La matriz de pruebas es un producto clave de la investigación que garantiza que esta siga centrada en el objetivo y que las medidas que se adopten estén orientadas a recopilar pruebas pertinentes en relación con los presuntos delitos.

En las etapas iniciales, la matriz de pruebas se utiliza para identificar las pruebas que el investigador ha obtenido y determinar su alineación con los elementos de un delito

penal. En los casos financieros complejos, especialmente cuando se han cometido delitos en jurisdicciones extranjeras, el investigador puede encontrarse con lagunas en el caso porque el ejercicio de recopilación de pruebas no está completo. La matriz de pruebas ayuda a identificar esas deficiencias y orientar la labor que se llevará a cabo posteriormente. En esta etapa, en los casos complejos, también es una forma de registrar a quién se le ha asignado la investigación o parte de ella, y constituye un lugar para asentar los registros una vez que se ha completado cada etapa de la investigación.

A medida que avanza el caso, se utiliza la misma matriz para resumir las pruebas relativas a cada elemento que se está demostrando y para proporcionar una referencia cruzada a los documentos que respaldan u ofrecen esas pruebas.

Además, esta matriz es una herramienta útil para informar a los investigadores recientemente asignados, así como a la administración, sobre los avances de la investigación, identificar dónde pueden existir lagunas en las pruebas reunidas y facilitar decisiones estratégicas sobre la viabilidad de continuar una investigación.

Cuando se intentan obtener pruebas en el extranjero, uno de los principales desafíos puede ser probar que los elementos de un presunto delito cumplen con las normas exigidas no solo en el país que investiga el delito, sino también en el país que recibe la solicitud de asistencia judicial recíproca. La matriz de pruebas proporciona una estructura para esta solicitud, garantizando que las pruebas estén organizadas e identificadas de manera lógica y clara, lo que resulta especialmente útil cuando se procura satisfacer el requisito de doble incriminación de la solicitud de asistencia judicial recíproca. La función del requisito de doble incriminación es demostrar a la jurisdicción receptora que la conducta, tal como se establece en la solicitud, es un delito en su jurisdicción. Es poco probable que la jurisdicción receptora haya descrito un delito de la misma manera que la jurisdicción emisora, pero los hechos consignados deben constituir un delito en ambas jurisdicciones.

Para cada presunto delito penal que se investiga, debe prepararse una matriz de pruebas. Se acepta que, en particular en lo que respecta a los delitos financieros, el presunto delito penal pueda llegar a ser ligeramente distinto del imputado o procesado ante el tribunal. Por lo tanto, durante la investigación, es posible que sea necesario enmendar la matriz de pruebas para cumplir con los nuevos elementos del delito que probablemente se impute. Un ejemplo común puede ser cuando el delito penal que se está investigando inicialmente es el enriquecimiento ilícito, pero luego se llega a la conclusión de que el lavado de dinero es un delito más adecuado para el cargo o la acusación. En ese caso, sería apropiado ajustar los elementos del delito.

En principio, en la matriz de pruebas se debe exponer en un breve párrafo la denuncia que se está investigando (cuadro L.11). Si bien esto puede extraerse del resumen incluido en el plan de investigación (dentro de la pestaña “Registro de la investigación”), el resumen debe ser específico de este delito, por ejemplo: *Entre [fechas], el señor X recibió pagos de la Compañía Y a cambio de garantizar que la empresa fuera adjudicataria*

del contrato para la construcción de la carretera de circunvalación. En ese momento, el señor X era jefe del comité de evaluación de los contratos emitidos por la Secretaría de Vialidad, que en ese entonces adjudicó este contrato. Los pagos se efectuaron a una cuenta en el exterior a nombre de uno de sus hijos.

Cuadro L.11 Modelo de matriz preliminar de pruebas

A		Denuncia			
	Delito:				
	Artículo:				
	Elementos	Vías de indagación	Tarea	Quién	Cuándo
1					
2					
3					
4					
5					
6					

Fuente: STAR.

Luego, en la matriz se debe establecer el delito —una breve descripción, como *soborno* o *soborno de un funcionario público*—, seguido del artículo y la ley pertinentes que se contravienen, junto con la sanción por dicha infracción.

Esta información deberá incluirse en una solicitud de asistencia judicial recíproca. Este proceso, como se señaló, establece un punto de referencia útil para garantizar que se pueda hacer la acusación del delito. Dado que las investigaciones financieras pueden llevar meses o incluso años, si se llegara a modificar la ley sobre el acto penal, esto también puede ser tenido en cuenta y adoptado en la matriz.

Los elementos que componen el delito deben indicarse en cada fila. El investigador debe entender la ley y estar en condiciones de responder inmediatamente o durante la investigación las siguientes preguntas sobre el delito o los delitos que se investigan, utilizando una fila para indicar cada elemento del delito (por ejemplo, en este caso, *soborno de un funcionario público*):

1. “Un funcionario”: ¿Cuál es la definición de “funcionario” en la ley que se está aplicando?
2. “Acepta u obtiene corruptamente”: ¿Cuál es la definición e interpretación jurídica de “corruptamente”, “acepta” y “obtiene”?
3. “Cualquier soborno para sí mismo o para cualquier otra persona”: ¿Cuál es la definición de “soborno” y “cualquier otra persona”?

4. “Respecto de cualquier acto realizado u omitido”: ¿Cuál es la definición de “cualquier acto realizado” u “omitido”?
5. “En su capacidad oficial”: ¿Cuál es la definición de “capacidad” y “oficial”?

Junto con cada uno de estos elementos, el investigador deberá establecer la indagación que se iniciará para obtener las pruebas que demuestren el elemento respectivo (y respondan a la pregunta de la ley); identificar quién ha llevado a cabo la indagación, e ingresar la fecha de asignación, los anexos pertinentes y las notas. Por ejemplo, las entradas del elemento 1 pueden ser las siguientes:

- *Elemento:* Funcionario.
- *Vía de indagación:* Boletín oficial del Gobierno en el que se muestra su nombramiento como funcionario.
- *Tarea:* Obtener una copia certificada del boletín.
- *Quién y cuándo:* (nombre del investigador asignado), (fecha asignada).

A medida que se completan las indagaciones y se recopilan las pruebas, la matriz puede ampliarse con más entradas de pruebas para cada elemento del delito (cuadro L.12), como se muestra a continuación:

- *En la columna “Pruebas”:* Una descripción de las pruebas obtenidas. Cuando un testigo debe presentar las pruebas, puede ser útil extraer los párrafos específicos de su declaración o declaración jurada junto con cualquier prueba documental clave a la que el testigo pueda referirse. Cuando la prueba sea un documento, en la columna “Pruebas” se deberán explicar los elementos clave del documento.

Cuadro L.12 Ejemplo de ampliación de la matriz de pruebas, en la que se enumeran las pruebas clave por elemento

A		Pruebas clave pertinentes para cada elemento		
	Delito:			
	Artículo:			
	Elementos	Prueba	Referencia de pruebas	Notas
1				
2				
3				
4				
5				
6				

Fuente: StAR.

- *En la columna de referencia a las pruebas (“Registro de pruebas”)*: Una referencia de pruebas, a las que se debe hacer vinculación cruzada en la pestaña “Pruebas”.
- *En la columna “Notas”*: Cualquier cosa que pueda ser pertinente para el elemento de prueba. Por ejemplo, si se trata de un documento, puede indicar quién tendrá que elaborarlo.

El objetivo de completar toda la matriz de pruebas es proporcionar un resumen de las pruebas clave que se presentarán en apoyo de una acusación y un caso posterior de enjuiciamiento, y garantizar que los elementos faltantes del caso se identifiquen lo antes posible y se resuelvan.

Registro de pruebas

Internamente, se establecerán varios procesos para registrar y gestionar las pruebas. Si bien es importante evitar la duplicación de procesos, mantener un registro de las pruebas pertinentes al expediente del caso dentro de este archivo electrónico constituye un método para actualizar y rastrear fácilmente los documentos de prueba. Este mecanismo también permite que dichos documentos se interrelacionen fácilmente con las demás pestañas del sistema y, si se utilizan archivos electrónicos, crear hipervínculos a los documentos.

Este registro también es una buena manera de identificar y compilar las pruebas que se presentarán a los testigos y sospechosos y, en el momento de preparar cualquier expediente judicial, de armar la lista de documentos de prueba y prepararla para su presentación.

Las columnas actuales de la pestaña “Pruebas” se pueden multiplicar fácilmente, de modo de incluir datos que ayudarían a mejorar el análisis y la clasificación (cuadro L.13). Por ejemplo, “fecha del documento”, “de/a” y “monto” son campos que se pueden agregar al completar el registro de pruebas.

Cronograma de los hechos principales

Un producto clave de la investigación obtenido durante una investigación es el cronograma (cuadro L.14). A medida que avanza la investigación y se recopilan pruebas adicionales, es importante comprender y recordar cómo se vinculan los hechos. El cronograma también es un método útil para identificar los elementos faltantes en la investigación, recordar los acontecimientos clave y prepararse para las entrevistas a las personas investigadas y los testigos.

El cronograma brinda la oportunidad de vincular una secuencia de hechos establecidos durante la investigación para ayudar a explicar el panorama completo de lo ocurrido. En casos especialmente difíciles o complejos, la secuencia de los acontecimientos puede extenderse a lo largo de años, no de meses ni días. Cada hecho tendrá una fuente, ya sea un informe de noticias local o las inquietudes planteadas por un miembro del personal de un departamento de auditoría acerca de las operaciones financieras. Es muy probable que se deban insertar nuevas filas para garantizar que todos los hechos clave se registren cronológicamente.

Cuadro L.13 Modelo de formato estándar del registro de pruebas

Elemento probatorio n.º	Descripción de las pruebas	Ubicación recuperada	Indagaciones	Fecha/hora de la obtención del elemento probatorio y persona responsable

Fuente: StAR.

Cuadro L.14 Modelo de formato del cronograma de hechos

Fecha	Hora	Hecho	Fuente

Fuente: StAR.

Entre los hechos clave también se pueden incluir operaciones significativas, aunque no se recomienda utilizar el cronograma para registrar cronológicamente todas las transacciones, en especial en una investigación financiera compleja, en la que es preferible utilizar el análisis de cuentas.

Listas de personas de interés y empresas de interés

A medida que se configure el perfil de la persona investigada y avance el proceso, se identificarán varios nombres y empresas a través de las búsquedas realizadas y en los documentos obtenidos. En muchos casos, se puede identificar tempranamente a estas personas como posibles testigos. A menudo, como en el caso de los agentes y las empresas, es posible que las funciones que desempeñaron no se hagan evidentes hasta que se reúnan más pruebas. En ocasiones, la persona de interés (PDI) o la empresa de interés (EDI) pueden no aparecer hasta que se reúnan pruebas varios meses o años después.

La implementación de una lista de PDI y EDI al inicio de la investigación garantiza que haya un registro de cada persona física o jurídica identificada y que una entrada

adecuada en la sección de notas (o “información adicional”) se vincule con la fuente de datos (cuadro L.15).

Una vez finalizado el caso, se debe considerar la posibilidad de utilizar la lista de PDI y EDI de cualquier base de datos de inteligencia.

Hoja de verificación del cierre del caso

Al finalizar un expediente, habitualmente se completa una hoja de cierre del caso y se registra la fecha en que se terminaron ciertas acciones. El formato de la hoja de verificación puede ser una copia del formulario existente utilizado por el organismo.

En el marco de las normas internacionales a las que adhieren los países signatarios —como las 40 recomendaciones y los 11 resultados inmediatos del GAFI—, los países están evaluando cada vez más la eficacia de sus sistemas para combatir el lavado de dinero y recuperar activos robados. Al actualizar la hoja de cierre del caso, se debe recopilar una serie de métricas nuevas, que se pueden tener en cuenta para preparar un estudio de caso o un informe de tipología si hay enseñanzas que se puedan extraer y compartir.

En el cuadro L.16 se muestran comprobaciones adicionales que deben incorporarse en el proceso de cierre del expediente.

Cuadro L.15 Modelo de formato de listas de personas y empresas de interés

a. Personas de interés							
Fecha	Apellido	Otros nombres	Dirección	Fecha de nacimiento	Números de teléfono de contacto	Información adicional	
b. Empresas de interés							
Fecha	Nombre de la empresa	Número de empresa	Dirección	Directores	Accionistas	Agente	Información adicional (empresas vinculadas)

Fuente: StAR.

Cuadro L.16 Ejemplos de elementos que se incluirán en una hoja de verificación de cierre del caso

Elemento	Descripción
Fecha de presentación ante el tribunal	Datos básicos que permitirán ubicar el caso en el sistema judicial.
Número de juicio	
Fecha de apelación	
Fecha de resolución de la apelación	
Resultado del caso	Condenado/absuelto, etc.
Nombre de los sospechosos	Una lista de todas las personas condenadas en el marco de este caso, junto con información sobre el delito imputado, las disposiciones de la ley y la pena impuesta. Se debe agregar una entrada nueva para cada persona.
Delito	
Sanción	
Solicitudes de asistencia judicial recíproca emitidas/jurisdicciones	Esta información respaldará la evaluación de la manera en que el país participa en la cooperación internacional.
Órdenes de confiscación emitidas	Detalles de las órdenes emitidas por el tribunal.
Activos confiscados/valor	Detalles de lo que fue confiscado en virtud de la orden.
Sectores utilizados para facilitar el delito y el lavado de dinero	Cuando el delito al que se refiere la acusación incluye lavado de dinero, se deben añadir detalles de cómo se realizó este proceso. Por ejemplo, ¿cómo ingresó el dinero en el sistema financiero? ¿Qué activos se compraron?
Fuente de información de inteligencia inicial	El objetivo es determinar si la información que dio origen a la investigación provenía de averiguaciones de organismos nacionales (como una UIF), de un organismo extranjero o de otras fuentes, como el público o un denunciante.

Fuente: StAR.

Nota: UIF = unidad de inteligencia financiera.

El Banco Mundial ha creado una herramienta integral de recopilación de casos de lavado de dinero en un formato basado en Excel o Javascript y HTML. Ambas versiones ofrecen flexibilidad para la personalización y la configuración de características adicionales. No hay ningún costo asociado con la obtención de esta herramienta, que permite recopilar información más detallada en todas las etapas del proceso de investigación. Para obtener más información, consulte el folleto de la Unidad de Integridad Financiera sobre la herramienta en <http://pubdocs.worldbank.org/en/422681580318460585/POC-Update-04.pdf>.

Búsqueda

La pestaña “Búsqueda” (que se puede agregar a las pestañas que se muestran en la figura L.1) es un registro central de enlaces y recursos útiles a los que pueden acceder

los equipos de investigación (cuadro L.17). Esto incluye sitios web de fuentes de datos, entre ellas páginas de Gobiernos y organismos a los que se debería contactar para comprobar si contienen información pertinente para el caso.

Al tener un repositorio central con esta información, los investigadores que trabajan en componentes específicos acceden a una lista de contactos para las consultas que deban considerarse. Dependiendo de cómo se utilice esta pestaña, se pueden agregar columnas adicionales para mostrar cuándo y quién puede haber hecho un contacto o iniciado consultas, a fin de evitar la duplicación de tareas. Garantizar que esta pestaña se gestione adecuadamente —de modo que se actualicen los enlaces y contactos que ya no corresponden— permitirá la máxima eficacia de lo que puede convertirse en una valiosa fuente de información.

Cuadro L.17 Información que se puede incluir en la pestaña “Búsqueda”

Teléfonos	Internet	Señalamiento	Aspectos financieros	Otras comprobaciones
Información de la cuenta	Información de la cuenta de correo electrónico	Comprobación de información	Control aduanero	Nacimientos, muertes y matrimonios
Solicitud de facturación	Verificación de la dirección IP	Formulario de señalamiento	Agencia tributaria	Control tributario local
Servicios especiales	Otros	Comprobación de alertas	Comprobación de la UIF	Registro de empresas
RNPTM		Interpol	Comprobación en empresas de servicios públicos	Equifax
Otros			Orden de exhibición	Experian
			Búsqueda en Moneyweb	Inmigración
			Experian	Comprobación de información
			Equifax	Agencia tributaria
			Registro de la propiedad	Registro de la propiedad
			Otros	Código abierto
				Comprobación de pasaporte
				Comprobación de alertas
				Comprobación en empresas de servicios públicos
				Registro de votantes
				Otros

Fuente: StAR.

Nota: IP = protocolo de internet; RNPTM = Registro Nacional de Propiedad de Teléfonos Móviles.

La información contenida en este registro también puede trasladarse a nuevos expedientes de investigación.

Gráficos

Si bien no están en una pestaña separada, los gráficos de flujo financiero y de asociación creados dentro de Excel son productos útiles que se pueden agregar al SGC. Mediante el uso de recuadros o cuadros de texto de diferentes formas, se pueden representar visualmente y con facilidad las personas, las empresas y las asociaciones o los vínculos.

Esto resulta particularmente útil cuando no se dispone de herramientas analíticas más avanzadas, como i2¹. Cuando las investigaciones abarcan flujos financieros complejos, puede ser más fácil desglosar estos últimos para cubrir un período específico, una operación, una empresa y los vínculos inmediatos, o una persona sospechosa.

Archivo de los documentos

Los expedientes de gran tamaño generarán una cantidad considerable de información obtenida de archivos electrónicos, desde copias digitales de extractos bancarios obtenidos de instituciones financieras hasta correos electrónicos y documentos incautados de computadoras portátiles. Además, puede ser necesario crear copias electrónicas de los documentos y preparar otros documentos durante el proceso de investigación.

Al crear el SGC electrónico, se debe considerar la estructura más amplia de la incorporación de todos los archivos electrónicos. Durante la transición al proceso electrónico de SGC, puede ser apropiado adoptar una estructura similar a la del sistema anterior en papel. Es probable que, dentro de la carpeta del caso, haya varias subcarpetas, como se muestra a continuación:

- Carpeta del caso (*número de archivo*)
 - SGC (*ubicación de la carpeta del archivo Excel de gestión del caso*)
 - Administración (*documentos generados internamente*)
 - Directivas (*orientaciones emitidas o recibidas en el expediente*)
 - Solicitudes (*copias digitales de la orden de allanamiento, asistencia judicial recíproca y solicitudes de la UIF*)
 - Documentos de prueba (*copias digitales de todas las pruebas*)
 - Subcarpetas basadas en la fuente de los documentos y los sospechosos
 - Productos del trabajo
 - Subcarpetas para cada producto, como análisis bancarios y gráficos

¹ IBM i2 Analyst's Notebook se puede utilizar para analizar y descubrir conexiones y patrones en los datos. Para obtener más información, consulte el sitio web del producto en <https://www.ibm.com/products/analysts-notebook>.

Recursos

La Iniciativa StAR ha creado un programa de capacitación para presentar el sistema de gestión de casos a los participantes. El programa de dos cursos, adaptado a la legislación y las prácticas específicas de cada país, incluye lo siguiente:

1. Una introducción, a través de ejercicios prácticos, a los principios básicos de una investigación financiera, el uso de los recursos internos y la participación en la cooperación internacional. Este curso también proporciona enlaces útiles a una serie de recursos de fuentes abiertas que pueden utilizarse para respaldar la configuración del perfil financiero y el perfil de la persona investigada y para acelerar la obtención de pruebas relacionadas con empresas y propiedades en jurisdicciones extraterritoriales.
2. La aplicación del aprendizaje del curso inicial a un ejercicio de simulación utilizando el sistema de gestión de casos. En esta simulación, los participantes deben analizar la información financiera, rastrear activos, redactar solicitudes y preparar los productos básicos de trabajo para la investigación, lo que culminará con la preparación del expediente de pruebas financieras y la presentación del caso.

El programa es más eficaz cuando se lleva a cabo con participantes de todos los organismos de investigación y de la fiscalía del país. Este enfoque multidisciplinario del equipo fomenta la cooperación nacional y una comprensión amplia del modo en que cada organismo puede contribuir a garantizar que se realice una investigación eficaz. Cada programa incluye una serie de cuestionarios mediante los cuales se evalúan los conocimientos y el aprendizaje de los participantes durante el curso.

Además de esta iniciativa, la Iniciativa StAR conduce otros programas para respaldar los esfuerzos de recuperación de activos de los países y ha creado una serie de recursos para los profesionales intervinientes, incluidas las siguientes publicaciones:

- *Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales.*
- *Barreras para la recuperación de activos: Análisis de las barreras principales y recomendaciones para la acción.*
- *Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets* (Infracciones públicas, acciones privadas: Demandas civiles para recuperar bienes robados). Los juicios civiles no suelen tenerse en cuenta como una forma de recuperar activos robados. En este informe de la Iniciativa StAR se muestra cómo pueden complementar eficazmente los enfoques penales más utilizados.
- *Los maestros titiriteros: Cómo los corruptos utilizan las estructuras legales para ocultar activos robados y qué hacer al respecto.*
- *Going for Broke: Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases* (Ir a por todas: Herramientas de insolvencia para apoyar la recuperación transfronteriza de activos en casos de corrupción). Una guía paso a paso para los profesionales de la recuperación de activos sobre el uso de los

procedimientos de insolvencia para recuperar los fondos provenientes de actos de corrupción.

Todas las publicaciones pueden descargarse del sitio web de la Iniciativa StAR: <https://star.worldbank.org>.

AUDITORÍA AMBIENTAL

Declaración sobre los beneficios para el medio ambiente

El Grupo Banco Mundial tiene el compromiso de reducir su huella ambiental. En apoyo de este compromiso, aprovechamos las opciones de publicación electrónica y la tecnología de impresión por encargo, disponible en centros regionales de todo el mundo. En conjunto, estas iniciativas permiten reducir las tiradas y las distancias de envío, lo que se traduce en una reducción del consumo de papel, del uso de productos químicos, de emisiones de gases de efecto invernadero y de residuos.

Seguimos las normas de uso de papel recomendadas por la Iniciativa Prensa Verde. La mayoría de nuestros libros se imprimen en papel certificado por el Consejo de Administración Forestal (FSC), y casi todos tienen entre un 50 % y un 100 % de contenido reciclado. La fibra reciclada del papel de nuestros libros está sin blanquear o blanqueada mediante procesos totalmente libres de cloro (TCF), procesados libres de cloro (PCF) o mejorados libres de cloro elemental (EECF).

Puede encontrarse más información sobre la filosofía ambiental del Banco en <http://www.worldbank.org/corporateresponsibility>.





Cada año, los países en desarrollo pierden miles de millones de dólares a través del cohecho, la apropiación indebida de fondos y otras prácticas corruptas. Gran parte de los fondos de esta actividad de corrupción encuentran “refugio seguro” en centros financieros de todo el mundo. Estos flujos de procedencia delictiva quitan recursos destinados a los servicios sociales y los programas de desarrollo económico, lo que contribuye al empobrecimiento de los países más desfavorecidos del mundo. Muchos países en desarrollo han puesto en marcha diversas iniciativas de recuperación de activos robados. Varios casos exitosos de alta repercusión, respaldados por una cooperación internacional creativa, han demostrado que es posible. Sin embargo, el proceso es sumamente complejo, ya que implica la coordinación y colaboración con organismos y ministerios nacionales de múltiples jurisdicciones, así como la capacidad para rastrear e inmovilizar activos, además de aplicar diversas opciones legales, ya sea confiscación penal, confiscación sin condena, acciones civiles u otras alternativas.

Esto puede resultar abrumador incluso para los profesionales más experimentados, y se vuelve sumamente difícil para quienes trabajan en el contexto de Estados fallidos, corrupción generalizada o recursos limitados. Teniendo esto en cuenta, la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) ha elaborado y actualizado este *Manual para la recuperación de activos: Una guía orientada a los profesionales* con el objetivo de ayudar a quienes tienen que lidiar con los desafíos estratégicos, organizativos, investigativos y jurídicos de recuperar activos robados. En este manual —un proyecto dirigido por los mismos profesionales de investigación—, se presentan enfoques comunes para recuperar los activos robados ubicados en jurisdicciones extranjeras, se identifican los desafíos que probablemente deban afrontar los especialistas y se presentan buenas prácticas de operación. Asimismo, se incluyen ejemplos de herramientas que pueden utilizar los profesionales intervinientes, como plantillas de informes de inteligencia, solicitudes de órdenes judiciales y solicitudes de asistencia judicial recíproca.

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados es una alianza entre el Grupo Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que respalda los esfuerzos internacionales por poner fin a los “refugios seguros” para fondos provenientes de la corrupción. Trabaja con países en desarrollo y centros financieros para prevenir el lavado de fondos provenientes de la corrupción y facilitar una restitución más sistemática y rápida de los activos robados.

 Stolen Asset Recovery Initiative
The World Bank • UNODC



WORLD BANK GROUP

ISBN 978-1-4648-1616-1



SKU 211616