

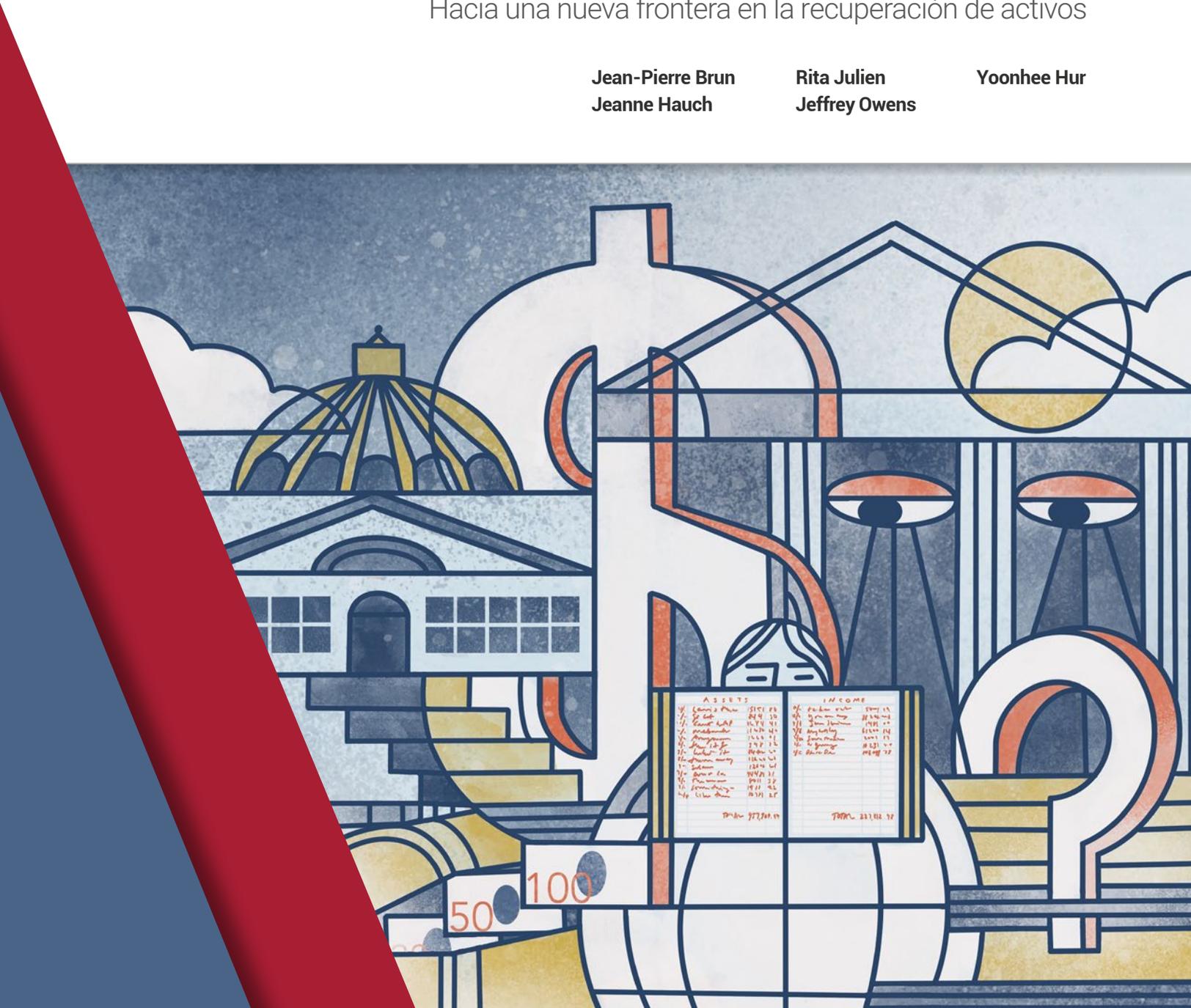
Órdenes de riqueza injustificada

Hacia una nueva frontera en la recuperación de activos

Jean-Pierre Brun
Jeanne Hauch

Rita Julien
Jeffrey Owens

Yoonhee Hur



Órdenes de riqueza injustificada

Hacia una nueva frontera
en la recuperación de activos

Jean-Pierre Brun
Jeanne Hauch
Rita Julien
Jeffrey Owens
Yoonhee Hur

© 2023 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial
1818 H Street NW, Washington, DC 20433
Teléfono: 202-473-1000
Internet: star.worldbank.org
Correo electrónico: starinitiative@worldbank.org
Twitter: [@returningassets](https://twitter.com/returningassets)
Algunos derechos reservados.

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (**StAR**) es una asociación entre el Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) que apoya los esfuerzos internacionales para acabar con los refugios seguros para fondos corruptos. La Iniciativa StAR colabora con países en desarrollo y centros financieros para prevenir el blanqueo del producto de la corrupción y facilitar una devolución más sistemática y oportuna de los activos robados.

Este trabajo es producto del personal del Banco Mundial y de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, con contribuciones externas. Los resultados, interpretaciones y conclusiones expresados en este trabajo no reflejan necesariamente las opiniones del Banco Mundial, de su Directorio Ejecutivo, de los gobiernos a los que representan, de las Naciones Unidas o de sus Estados miembros. El Banco Mundial y las Naciones Unidas no garantizan la exactitud de los datos incluidos en este trabajo. Las fronteras, colores, denominaciones y demás información que aparecen en los mapas de esta obra no implican juicio alguno por parte del Banco Mundial o de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de ninguno de los territorios citados, ni la aprobación o aceptación de tales fronteras.

Nada de lo aquí dispuesto constituirá o se considerará una limitación o renuncia a los privilegios e inmunidades del Banco Mundial o de las Naciones Unidas, todos los cuales están específicamente reservados.

Derechos y permisos

El material contenido en esta obra está sujeto a derechos de autor. Dado que el Banco Mundial fomenta la difusión de sus conocimientos, esta obra puede ser reproducida, total o parcialmente, con fines no comerciales siempre que se cite la fuente.

Todas las consultas sobre derechos y licencias, incluidos los derechos subsidiarios, deben dirigirse a World Bank Publications, The World Bank Group, 1818 H Street NW, Washington, DC 20433, EE. UU.; Fax: 202-522-2625; correo electrónico: pubrights@worldbank.org.

Ilustración de portada de Lindsay Jordan Kretchun
Diseño de Sensical Design

Contenido

Abreviaturas	6
Sobre los autores	7
Agradecimientos	8
Resumen	9
Introducción	12
I.1 Objetivo del estudio	12
I.2 Público objetivo	13
I.3 Resumen de los capítulos	13
Contexto de las órdenes de riqueza injustificada (UWO)	16
1.1 Panorama general de las UWO	16
1.2 Cómo pueden los sistemas de UWO reforzar los esfuerzos de recuperación de activos	18
1.3 Comparación entre los sistemas de UWO y el delito de enriquecimiento ilícito	24
1.4 Identificar y explicar la justificación de las UWO	26
Desarrollo de marcos de UWO	34
2.1 Sistemas de UWO por países	34
2.2 Alternativas a los sistemas de UWO	41
2.3 Principales elementos de los sistemas de UWO existentes	44
Aspectos operativos de las órdenes de riqueza injustificada	60
3.1 Procedimientos UWO	60
3.2 Coordinación de las autoridades y los marcos de aplicación en un país	72
3.3 Cooperación y coordinación internacionales	81

Consideraciones clave para el diseño de sistemas nacionales de UWO	90
4.1 Elección de los elementos de los futuros sistemas de UWO	90
4.2 Consideraciones políticas e institucionales para maximizar la eficacia de un sistema de UWO	96
4.3 Pasos concretos hacia un sistema de UWO	97
Garantías procesales	102
5.1 Considerar los desafíos legales a los sistemas de UWO	102
5.2 Principales garantías jurídicas de los sistemas de UWO	105
Conclusiones y recomendaciones	112
6.1 Recomendaciones clave para el establecimiento de un sistema de UWO	112
Apéndice A: estudios de casos e información relacionada	116
A.1 Reino Unido	116
A.2 Kenia	119
A.3 Australia	122
A.4 Irlanda	125
A.5 Mauricio	128
Apéndice B: información adicional	134
B.1 ¿Quién puede solicitar una UWO?	134
B.2 Enlaces a la legislación que autoriza las UWO	136
B.3 Montos recuperados por la Oficina de Activos Delictivos de Irlanda	138

Diagramas

Diagrama 2.1. Reino Unido: diagrama de flujo de los procedimientos y resultados de la UWO	37
Diagrama 2.2. Kenia: Comisión Anticorrupción contra Stanley Mombo Amuti (2020)	39
Diagrama 3.1. Mauricio: proceso de orden de riqueza injustificada	65
Diagrama 3.2. Mauricio: cronología de la orden de riqueza injustificada en un caso simple (parte uno)	70
Diagrama A.1. Mauricio: Cronología de la emisión de UWO en el caso simple nº 1	129
Diagrama A.2. Mauricio: Cronología de la emisión de UWO en el caso simple nº 2	129
Diagrama A.3. Mauricio: Cronología del complejo caso UWO	130

Tablas

Tabla 2.1. Diferentes definiciones de riqueza injustificada	51
Tabla 2.2. Umbrales para órdenes de riqueza injustificada (equivalente en dólares estadounidenses)	52
Tabla 3.1. Quién investiga y puede solicitar una orden de riqueza injustificada	64
Tabla 3.2. Consecuencias de la falta de respuesta a una UWO	68
Tabla 4.1. Muestreo de casos: período de tiempo durante el cual se acumuló el patrimonio injustificado	95
Tabla B.1. Quién investiga y puede solicitar una orden de riqueza injustificada	134
Tabla B.2. Importes recuperados por CAB por categoría, Irlanda, 2015-20	138

Recuadros

Recuadro 1.1. Relación con las pruebas de un delito: recursos basados en una condena, no basados en una condena y UWO	21
Recuadro 1.2. El caso Hajiyeva (Reino Unido 2018): un escenario típico	22
Recuadro 1.3. La UWO condujo a pistas para descubrir más riqueza injustificada ...	23
Recuadro 2.1. Reino Unido: definición de “motivo razonable para creer”	36
Recuadro 2.2. Orden de riqueza injustificada de Mauricio: condiciones y norma	38
Recuadro 2.3. Texto de la ley de Singapur	42
Recuadro 2.4. Caso del Reino Unido: vínculo con el “delito grave”, Nat’l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.)	44
Recuadro 2.5. Caso de Kenia: vínculo con la corrupción o el delito económico, Kenya Anti-Corruption Comm’n v. Amuti 2017] e.K.L.R. (H.C.K.), anteriormente High Court Civil Suit No. 448 of 2008 (O.S.).	44
Recuadro 2.6. Caso del Reino Unido: definición de una persona políticamente expuesta en el contexto de una orden de riqueza injustificada, Hajiyeva v. Nat’l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 (Eng.)	45
Recuadro 2.7. Requisitos para establecer un vínculo con la delincuencia: Reino Unido, Australia y Kenia	46
Recuadro 2.8. Caso del Reino Unido: el demandado principal no era el beneficiario efectivo y otros miembros de la familia “tenían posesión” de la propiedad por derecho propio, Nat’l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.)	47
Recuadro 2.9. Caso del Reino Unido: dificultades para demostrar la insuficiencia de ingresos en el caso de personas jurídicas en manos de fideicomisarios, Nat’l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.)	48
Recuadro 2.10. Kenia: alcance temporal de los “activos injustificados”	50
Recuadro 2.11. Caso de Australia: “embargo” de propiedad determinado por control, Re Application under Section 20A of the Proceeds of Crime Act 2002; ex parte Comm’r of Australian Federal Police [2017] WASC 114 [57].	52
Recuadro 2.12. Caso de Kenia: propiedad efectiva a través de familiares, Ethics and Anti-Corruption Comm’n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenya).	52

Recuadro 2.13. Definiciones de cómo deben “poseerse” los activos	53
Recuadro 2.14. Dos enfoques para evitar la doble contabilización	55
Recuadro 3.1. Detección de riqueza injustificada como base para una UWO	61
Recuadro 3.2. Ejemplos de disparidad de riqueza que dan lugar a una “sospecha razonable”	65
Recuadro 3.3. Australia: requisitos para una orden de interdicción en virtud de la Sección 20A	66
Recuadro 3.4. Bases comunes para las presunciones	71
Recuadro 3.5: utilización de formularios de declaración de ingresos y patrimonio en el procedimiento UWO, Kenia: Ethics and Anti-Corruption Comm’n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. [59], [81], [83] (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenia)	78
Recuadro 3.6. Proyecto de Ley de Auditoría del Estilo de Vida de Kenia de 2021	79
Recuadro 3.7. Reino Unido: casos de UWO relativos a propiedad dentro de la jurisdicción de ejecución	83
Recuadro 5.1. Salvaguardias contra la autoincriminación en la ley británica de orden de riqueza injustificada	106
Recuadro 5.2. Los demandados que ganan recuperan los honorarios de abogados: Nat’l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.)	108

Abreviaturas

ACECA	Ley contra la corrupción y los delitos económicos (Kenia)
AFP	Policía Federal Australiana
ATO	Oficina Fiscal Australiana
CAB	Oficina de Activos Criminales (Irlanda)
CACT	Grupo de trabajo para la confiscación de activos delictivos (Australia)
DPP	Director de la Fiscalía (Australia)
CAO	Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (Kenia)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
EEE	Espacio Económico Europeo
UE	Unión Europea
EWHC	(Ch.) England and Wales High Court (Chancery Division)
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
FCA	Autoridad de Conducta Financiera (Reino Unido)
FIAA	Ley de Activos Ilícitos Extranjeros (Suiza)
GGIRA	Ley de buena gobernanza e integridad 2015 (Mauricio)
HMRC	His Majesty's Revenue and Customs (Hacienda y Aduanas de Su Majestad) (Reino Unido)
ICAR	Centro Internacional de Activos
IFO	Orden de embargo preventivo de activos
IRSA	Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad (Mauricio)
JFAC	Centro Común de Análisis Financiero (Reino Unido)
MCMATM	Convenio multilateral de asistencia mutua en materia fiscal
MLA	Mutual legal assistance (Asistencia jurídica mutua)
MRA	Mauritius Revenue Authority (Autoridad tributaria de Mauricio)
NCA	Agencia Nacional contra la Delincuencia (Reino Unido)
NCB	No basado en condena [confiscación]
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PEP	Persona políticamente expuesta
PoCA	Ley de ganancias ilícitas (Australia y Reino Unido)
PULSE	La policía utiliza eficazmente el sistema Lead (Irlanda)
SARS	Servicio de Recaudación de Sudáfrica
OFS	Oficina de Fraudes Graves (Reino Unido)
StAR	Iniciativa para la recuperación de activos robados
UK	Reino Unido
ONU	Naciones Unidas
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
ONUDD	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UWO	Orden de riqueza injustificada
VAIDS	Plan de declaración voluntaria de activos e ingresos (Nigeria)
ZIMRA	Autoridad Tributaria de Zimbabue

Sobre los autores

Jean-Pierre Brun trabaja como Especialista Financiero Senior en el Banco Mundial desde 2008, especializado en asistencia técnica contra el blanqueo de capitales y recuperación de activos robados. Anteriormente, el Sr. Brun fue fiscal y juez de instrucción francés especializado en delitos de cuello blanco. También fue auditor jefe en el Tribunal de Cuentas francés y trabajó como director de investigaciones para Deloitte. Es el autor principal de "Asset Recovery Handbook", "Public Wrongs, Private Actions", "Identification and Quantification of the proceeds of Bribery", "Barriers to Asset Recovery", "Going for Broke" y "Taxing Crime."

Jeanne Hauch trabaja en el Banco Mundial desde 2009, centrándose en la lucha contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. También fue vicepresidenta y consejera general de la Millennium Challenge Corporation, una agencia de desarrollo internacional del gobierno estadounidense. Además, fue consejera del Fondo Monetario Internacional, miembro del profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington y fiscal federal en Estados Unidos. Estudió en la Facultad de Derecho de Yale y en la Universidad de Princeton. Fue becaria Fulbright en Francia y asistente jurídica en el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Rita Julien es profesora adjunta visitante de derecho fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. También imparte clases en el programa LLM de derecho tributario internacional de la Universidad de Economía y Empresa de Viena (WU) y lleva a cabo investigaciones para el grupo de discusión sobre riqueza injustificada en el Proyecto de Transparencia Fiscal y Corrupción del Global Tax Policy Center de la universidad. Anteriormente fue becaria de posgrado sobre fiscalidad en el programa LLM de derecho de Georgetown. Es doctora en derecho mercantil por la Universidad de Wisconsin, donde trabajó como investigadora y profesora asociada en el Instituto de Derecho Fiscal Austriaco e Internacional, y posee un máster en derecho fiscal europeo e internacional por la Universidad de Luxemburgo.

Jeffrey Owens es director del Centro de Política Fiscal Global del Instituto de Derecho Fiscal Austriaco e Internacional de la Universidad de Economía y Empresa de Viena. Es asesor principal del Comité Fiscal de las Naciones Unidas, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y varias organizaciones regionales de administración fiscal. Dirigió los trabajos fiscales de la OCDE durante más de 20 años. Es doctor en economía por la Universidad de Cambridge.

Yoonhee Hur trabaja como fiscal coreana desde 2009 en casos de delitos de cuello blanco y delitos económicos graves. Se licenció en economía por la Universidad Nacional de Seúl y obtuvo un máster en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Trabajó como profesional visitante en la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de La Haya y juró su cargo en el Colegio de Abogados de Nueva York en 2021. Estuvo destinada en el Banco Mundial de 2021 a 2023.

Agradecimientos

El equipo se benefició de muchos comentarios perspicaces de profesionales de todo el mundo. Los autores desean expresar su especial agradecimiento a los siguientes profesionales y colegas que ofrecieron su revisión, experiencia, perspectivas y conocimientos nacionales a lo largo del proceso: Simone Clare (AFP, Australia); Andrew Dornbierer (ICAR, Basel Institute on Governance); Stephen Goadby (CPS, Reino Unido); Tania Finnagan (AFP, Australia); Andrew Hanger (AFP, Australia); Paul Keyton (IRSA, Mauricio); Alison Moore (Home Office, Reino Unido); Kevin McMeel (CAB, Irlanda); Paul Mugwe (EACC, Kenia); Jonathan Leigh Pemberton (Consultor Fiscal Senior y miembro del Equipo Fiscal Global del Banco Mundial/ WU GTPC); Preeya Raghoonundun (IRSA, Mauricio); Catinka Smit (SARS, Sudáfrica); Dianne Willman (NPA, Sudáfrica); Stuart Yikona (Director de Programa, WB-FCI/EAP); Mr. Felipe Falconi (Oficial de Prevención del Delito y Justicia Penal, ONUDD), Sr. Frank Fariello (Consejero Principal, Banco Mundial).

El equipo también se benefició de la orientación y los comentarios perspicaces del Sr. Emile Van der Does de Villebois (coordinador de la StAR).

Resumen

La recuperación de los ingresos procedentes de la corrupción es un tema de creciente interés en todo el mundo. En un momento en que los medios de comunicación internacionales y los foros políticos mundiales —como el G-20¹ y el Grupo de Acción Financiera Internacional— prestan más atención a la cleptocracia y a su facilitación por las instituciones financieras y otros proveedores de servicios profesionales, la discrepancia entre las cantidades robadas y las recuperaciones reales es un tema cada vez más preocupante. La recuperación de los ingresos provenientes del delito forma parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ONU), pero las herramientas de que disponen los gobiernos para efectuar esas recuperaciones no están dando los resultados deseados. En los últimos años, varios países han introducido la orden de riqueza injustificada (UWO por las siglas de *unexplained wealth order*) como una herramienta para mejorar la recuperación de los ingresos provenientes del delito, en particular de la cleptocracia. Aunque aún es demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas sobre su eficacia para frenar la corrupción, la UWO contiene ideas novedosas que merece la pena examinar más a fondo.

Una UWO es una orden judicial civil que puede ayudar a los países a investigar o

“Una UWO es una orden judicial civil que puede ayudar a los países a investigar o confiscar activos que no se corresponden con las fuentes de ingresos conocidas de una persona.”

confiscar activos que no se corresponden con las fuentes de ingresos conocidas de una persona. Normalmente, lo que se requiere es demostrar una discrepancia manifiesta entre los ingresos legítimos (acreditados, por ejemplo, mediante declaraciones fiscales o declaraciones de ingresos y activos) y determinados activos especificados.

Una vez demostrada esa discrepancia, el interesado deberá, por lo general, probar a satisfacción del tribunal el origen legal de esos

activos. A diferencia de otros instrumentos de recuperación de activos (decomiso penal y decomiso sin condena), una UWO no exige establecer un vínculo entre el activo y un delito, requisito que a menudo resulta un obstáculo insalvable para tratar de decomisar el patrimonio mal habido de una persona por diversas razones, como el requerimiento de un engorroso proceso de asistencia judicial recíproca para obtener pruebas de ese vínculo o pruebas de que el activo se adquirió ilegítimamente mucho tiempo atrás. Una UWO reduce, o incluso elimina, tales obstáculos.

Algunas jurisdicciones, como Australia, Kenia, Mauricio y el Reino Unido, han adoptado e implementado sistemas de UWO.² En el Reino Unido, la UWO es una medida de investigación que permite a ciertas autoridades obligar al demandado a presentar información sobre el origen de ciertos activos. En otras jurisdicciones, el sistema de UWO

engloba tanto la capacidad de determinadas autoridades para obligar a la presentación de información como la capacidad de los tribunales para confiscar cualquier patrimonio que no se explique a satisfacción de los tribunales.

Por su naturaleza, una UWO es probablemente lo más parecido a las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito, que normalmente también requieren una comparación entre las fuentes legítimas conocidas de riqueza y los activos de una persona (a menudo un funcionario público) y hacen recaer en esa persona la carga de demostrar el origen legal de los activos (con variaciones entre países). La diferencia importante entre ambas es que, mientras que una UWO es una medida civil —la persona objeto de una UWO no es declarada culpable de un delito—, el enriquecimiento ilícito suele ser un delito penal, castigado con penas de prisión. En consecuencia, las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito están siempre sujetas a todos los requisitos del debido proceso aplicables a los delitos penales, mientras que las UWO no lo están. Algunas jurisdicciones, sin embargo, han optado por consecuencias exclusivamente no penales en sus sistemas de enriquecimiento ilícito. En estos casos, por supuesto, la línea entre las UWO y el enriquecimiento ilícito se vuelve borrosa o inexistente.

Dicho esto, dado el efecto sobre el derecho de propiedad de una persona, las UWO también están sujetas a la revisión de un juez. Además, la prohibición de autoincriminarse implica que lo que el demandado aporte en respuesta a una UWO no puede utilizarse en un caso penal contra esa persona, aunque si la persona proporciona deliberadamente información falsa, eso podría constituir un delito.

Mientras que las UWO todavía se están explorando y probando, los países que tienen objeciones de principio a la adopción de delitos de enriquecimiento ilícito, precisamente por cuestiones de debido proceso, pueden desear examinar cómo las UWO podrían complementar sus herramientas existentes para perseguir los ingresos provenientes del delito y de la corrupción. Por supuesto, las UWO sólo son útiles como herramienta si añaden algo más, por lo que es importante analizar las razones por las que un sistema de recuperación de activos no está funcionando antes de introducir un sistema de UWO. Como ya se ha señalado, una de las grandes ventajas es no tener que demostrar un vínculo con un delito; pero si el sistema de decomiso de activos de una jurisdicción no se basa en tener que establecer ese vínculo (por ejemplo, porque el sistema de esa jurisdicción se basa en el valor equivalente), es posible que un sistema de UWO no resuelva los problemas. Por último, como ocurre con todas las herramientas de recuperación de activos, la eficacia de una UWO dependerá de la voluntad y la capacidad para ponerla en práctica.

Notas

- 1 El Grupo de los Veinte (G-20) está formado por 19 países (Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Estados Unidos, Federación Rusa, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, República de Corea, Sudáfrica y Turquía) y la Unión Europea.
- 2 Véanse otros ejemplos en la sección 1.1.2., como Barbados, Trinidad y Tobago y Zimbabue. Además, otras jurisdicciones, sin tener un sistema formal de UWO, utilizan los conceptos de riqueza injustificada, recursos injustificados o activos desproporcionados con fuentes legítimas de ingresos para desplazar la carga de la prueba para la confiscación cuando los activos se poseen o controlan en circunstancias específicas (delitos cometidos en el contexto de organizaciones delictivas, relaciones familiares estrechas o comerciales con delincuentes). Si los acusados no justifican o explican el origen legítimo de estos activos, la presunción de origen ilícito permite al tribunal ordenar su confiscación, aunque los fiscales no prueben el vínculo con un delito. Algunos de estos sistemas (por ejemplo, Colombia, Irlanda, Singapur y Suiza) se describen brevemente en la sección 2.2 como alternativas a las UWO.

Introducción

La corrupción persistente y los resultados insuficientes de los esfuerzos de recuperación de activos obligan a los países a buscar formas más eficaces de contrarrestar la pérdida de recursos que son muy necesarios. La importancia de la recuperación de activos para el desarrollo internacional se pone de relieve en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ONU), que incluyen la reducción significativa de los flujos financieros ilícitos y la restitución de los activos robados, así como la reducción sustancial de la corrupción y el soborno en todas sus formas.¹ Los Paradise Papers, los Panama Papers, las filtraciones de Luanda y los Pandora Papers, entre otros, han proporcionado cada vez más pruebas de los esfuerzos para blanquear y ocultar los ingresos provenientes del delito y la corrupción.

Debido a la complejidad de estos sistemas, puede resultar difícil y costoso para los países en desarrollo con capacidad limitada recurrir a los métodos tradicionales de seguimiento del dinero para investigarlos. Para diversificar las herramientas de recuperación de activos, un pequeño número de países ha empezado a explorar una nueva herramienta: la orden de riqueza injustificada (UWO). La UWO suele ser un procedimiento de investigación y confiscación que exige a determinadas personas que demuestren cómo obtuvieron ciertos activos una vez que las autoridades han demostrado que no se corresponden con sus ingresos y activos obtenidos legalmente. Puede aplicarse a cualquier persona, incluidas las personas jurídicas, o dirigirse específicamente a personas políticamente expuestas (PEP). Si el interesado no justifica el origen legítimo de los activos, puede ordenarse el decomiso, aunque no se establezca un vínculo entre el activo y un delito.

I.1 Objetivo del estudio

El objetivo de este estudio es ofrecer a los responsables de políticas una visión general de los sistemas de UWO, situándolos en el contexto de otros instrumentos de recuperación de activos y extrayendo enseñanzas para los países que contemplan la introducción de una legislación del tipo de la UWO. Si bien el diseño y la aplicación de los sistemas de UWO están en plena evolución, pueden cerrar una brecha en los sistemas de recuperación de activos. Los sistemas de UWO, al igual que otras herramientas jurídicas, dependen de otros aspectos jurídicos e institucionales de cada jurisdicción. Si un país se plantea implantar un sistema de UWO, éste debe formar parte de un conjunto más amplio de políticas y debe adaptarse al contexto jurídico específico. Por ejemplo, los países que han establecido un sólido sistema de decomiso basado en la confiscación del valor o en el decomiso civil, que no exige que los fiscales demuestren un vínculo entre los activos y un delito, pueden no necesitar las UWO tanto como otros países que no lo han hecho.

En un contexto de creciente interés tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, están surgiendo diferentes definiciones y diseños de las UWO. Mientras que muchos países ya disponen de un conjunto bien surtido de instrumentos (como el decomiso civil, los delitos de enriquecimiento ilícito y las demandas civiles), la UWO puede ofrecer otra vía para hacerse con los ingresos provenientes de la corrupción u otros delitos. Así pues, merece la pena estudiar el panorama para que los

responsables de políticas de los países puedan determinar mejor si esta herramienta de recuperación de activos tendría cabida en su propio contexto nacional y de qué manera. Por supuesto, dada la diversidad de sistemas jurídicos, una práctica o estrategia que ha funcionado en una jurisdicción puede no funcionar en otra. Del mismo modo, una técnica de investigación como la UWO, que está permitida en una jurisdicción, puede no estarlo —o tener requisitos procesales diferentes— en otra. No obstante, los ejemplos de otras jurisdicciones pueden ser puntos de comparación fructíferos a la hora de contemplar mejoras en el propio sistema.

Este estudio detalla las consideraciones clave a la hora de diseñar sistemas de UWO y arroja luz sobre su uso y los retos de su aplicación. También destaca cómo las UWO pueden ayudar a los centros financieros a colaborar con los países en desarrollo en la recuperación de activos. Concluye que un sistema de UWO bien diseñado puede ser un enfoque prometedor en los esfuerzos en curso para recuperar los ingresos provenientes de la corrupción, el blanqueo de capitales y los delitos fiscales.

Aunque en esta publicación se ofrece cierto análisis jurídico de las cuestiones, la intención es plantear, más que resolver, las cuestiones clave que se plantearán al estudiar la legislación sobre las UWO. No se defiende ningún enfoque específico, aunque se destacan algunas de las mejores prácticas. Las cuestiones que rodean a las UWO son demasiado complejas, específicas de cada país y diversas como para ofrecer una solución única. El objetivo es ofrecer opciones basadas en la experiencia de los países que han implantado sistemas de UWO, para que los responsables de políticas y los profesionales puedan buscar las soluciones más adecuadas a sus contextos.

El estudio también reconoce que algunas jurisdicciones han establecido delitos de enriquecimiento ilícito, como alienta (pero no ordena) el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), al tipificar como delito “un aumento significativo del patrimonio de un funcionario público que éste no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos lícitos”. Mientras que las UWO son órdenes civiles, los delitos de enriquecimiento ilícito permiten a las autoridades investigar y a los tribunales imponer una condena penal y la confiscación cuando los acusados no puedan explicar cómo un aumento de su patrimonio pueda basarse en transacciones legítimas. Los delitos de enriquecimiento ilícito se basan en un concepto similar al de las UWO, ya que ambos mecanismos exigen que el acusado demuestre que sus activos son legítimos. Pero establecer tales delitos penales es difícil y a veces imposible en muchas jurisdicciones por razones constitucionales, incluidos los principios vinculados al derecho al silencio, la protección contra la autoincriminación y la presunción de inocencia. La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR) y otras entidades han publicado estudios en los que se examinan los principales problemas y retos de estos delitos de enriquecimiento ilícito.² El presente estudio se centrará únicamente en la legislación sobre riqueza injustificada que no se basa en estos delitos penales.

I.2 Público objetivo

Este estudio pretende orientar a los responsables de políticas de todo el mundo a la hora de decidir si es necesario un sistema de UWO y cómo establecerlo en su jurisdicción. También se espera que los ejemplos de casos y los debates sobre los retos que plantea su implementación sean útiles para los profesionales del tema.

I.3 Resumen de los capítulos

El capítulo 1 ofrece una visión general de lo que es una UWO y de cómo se compara con un marco de recuperación de activos y cómo lo complementa proporcionando otro

método para buscar los ingresos provenientes del delito, y a continuación analiza la justificación de un sistema de UWO.

El capítulo 2 se centra en un análisis más profundo del diseño de los sistemas de UWO, concretamente los de Australia, Kenia, Mauricio y el Reino Unido, y los compara con algunas jurisdicciones con elementos similares, a saber, Colombia, Irlanda, Singapur y Suiza, para después desgranar los principales elementos del diseño de un sistema de UWO, como quién y qué está cubierto, y qué debe probarse y quién debe hacerlo.

El capítulo 3 identifica las principales cuestiones operativas que plantea la aplicación de las UWO en la práctica, incluidos los pasos y las etapas del procedimiento de las UWO; la coordinación de los marcos y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (especialmente las autoridades fiscales); y la cooperación internacional.

El capítulo 4 extrae enseñanzas de los sistemas de UWO existentes para proporcionar a los países interesados en diseñar su propio sistema las consideraciones clave que deben tener en cuenta, analiza el papel de la voluntad política y de la adecuada dotación de recursos y coordinación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y, por último, aborda las medidas que podría adoptar un país para introducir un sistema de UWO de forma eficaz.

En el capítulo 5 se analizan las garantías procesales y de procedimiento que son esenciales para un sistema de UWO, como lo demuestran diversos recursos legales, entre ellos la revisión por un funcionario judicial; la prohibición de utilizar declaraciones en procedimientos de UWO en procesos penales; la limitación del uso de la información revelada y su divulgación a terceros; la protección de terceros inocentes; la supervisión independiente por parte del parlamento u otro organismo del marco de UWO; posibles límites relacionados con el tiempo y el valor; y la recuperación de los honorarios legales de los demandados cuando se deniega una UWO en los casos en que las autoridades actuaron de forma poco razonable.

El capítulo 6 ofrece recomendaciones a las jurisdicciones que estén considerando crear sus propios sistemas de UWO.

Notas

- 1 Objetivos Mundiales de Desarrollo Sostenible, Metas 16.4 y 16.5.
- 2 Lindy Muzila et al., "On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption" (Washington, DC: Banco Mundial, 2012); Andrew Dornbierer, "Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth" (Basilea, Suiza: Basel Institute on Governance, 2021).

1 Contexto de las órdenes de riqueza injustificada (UWO)

Entre las herramientas de recuperación de activos

1.1 Panorama general de las UWO

En la última década, los medios de comunicación se han centrado cada vez más en el hecho de que los ingresos provenientes de la corrupción en los países en desarrollo suelen acabar en los países ricos en forma de intereses empresariales, cuentas bancarias, casas palaciegas, yates, joyas y otros artículos personales de lujo.¹ A medida que la corrupción se ha ido sometiendo a un mayor escrutinio público, la recuperación de los ingresos derivados de ella ha pasado a ocupar un lugar destacado en la agenda política mundial.² La recuperación de activos suele implicar diversos sistemas penales, civiles y administrativos de confiscación o acciones civiles privadas. A pesar de los esfuerzos realizados a escala mundial, exigir responsabilidades a los malhechores y recuperar el valor de los activos derivados de la corrupción sigue estando lejos de ser algo obvio, requiere mucho tiempo y está plagado de escollos jurídicos y prácticos. Este estudio se centra en una herramienta de recuperación de activos, la UWO.

1.1.1 ¿Qué es una orden de patrimonio injustificados?

Aunque existen variaciones, la mayoría de las órdenes de riqueza injustificada (UWO) se basan en el mismo concepto: las autoridades no tienen que demostrar que los activos proceden de un delito; la confiscación se basa más bien en la discrepancia entre los ingresos o el patrimonio legítimos de una persona y el patrimonio observado de dicha persona. El mecanismo puede aplicarse a cualquier persona, aunque a veces se centra en las personas políticamente expuestas (PEP) y, como establece la legislación de algunos países, en las personas de las que se sospecha (por ejemplo, por motivos razonables) que tienen vínculos con la delincuencia. Dependiendo de la legislación pertinente, esta conexión puede demostrarse mediante la condena del acusado o de sus familiares cercanos o asociados, o mediante pruebas circunstanciales más tenues que demuestren la participación en presuntas actividades delictivas o relaciones estrechas con sus presuntos actores.

El término UWO se utiliza para referirse a conceptos diferentes en distintos lugares. Algunos países tienen sistemas funcionalmente equivalentes a otros denominados UWO aunque utilizan términos diferentes. Esta "riqueza injustificada" está sujeta a una investigación o a una acción judicial, o a ambas, que exigen que el demandado ofrezca una explicación satisfactoria de cómo se obtuvo legalmente el patrimonio. A falta de tal explicación, las autoridades están facultadas para solicitar la confiscación. Si no se da ninguna explicación, a menudo las autoridades se benefician de presunciones de origen ilícito que facilitan la confiscación.

En los países que han establecido una UWO, esta herramienta se basa en una acción civil y no penal, por lo que suelen aplicarse las normas del procedimiento civil. En algunos países, la acción incluye su propio poder de recuperación que permite a las autoridades confiscar, en la medida en que no pueda explicarse, la propiedad en cuestión o exigir al individuo que pague la diferencia, mientras que en otros países la UWO es sólo una herramienta de investigación para reunir pruebas y es un primer paso que puede conducir a una medida civil de confiscación separada. En estos países, la UWO misma no es la orden civil de recuperación, sino más bien la orden de investigación.

Por ejemplo, en el Reino Unido, si existen “motivos razonables” para creer que una persona -que es una PEP extranjera o de la que se sospecha por “motivos razonables” que está implicada en un delito grave (presente o pasado)- posee activos (de un determinado valor, concretamente, más de £50.000 [US\$60.200]³) y cuyos ingresos obtenidos legalmente habrían sido insuficientes para obtener los activos, la orden obliga a esta persona a facilitar información específica (por ejemplo, una declaración, con la documentación adjunta) sobre cómo obtuvo los activos.⁴ Si no lo hace, se presume que el activo está sujeto a confiscación en una acción civil de recuperación en la que la acusación todavía tiene que demostrar por la norma aplicable que el activo debe ser confiscado.⁵

Otros marcos de UWO (incluidos Australia y Mauricio) contienen tanto un componente de investigación como disposiciones que permiten a los tribunales ordenar la confiscación de riqueza injustificada. En este caso, una UWO es otro tipo de confiscación que se añade a los estatutos de confiscación penal o civil establecidos. El componente de investigación puede ir seguido de una orden de pago de la parte no explicada satisfactoriamente. En Mauricio, aunque “UWO” se refiere únicamente a la orden de confiscación de activos, va precedida de una solicitud de información sobre cualquier sospecha de riqueza injustificada, dando al demandado la oportunidad de dar sus explicaciones. Si el demandado no responde a la solicitud, el organismo de ejecución debe solicitar a un juez una “orden de revelación”, que puede desembocar en una UWO. Por último, algunos países, como Kenia, disponen de una herramienta que es funcionalmente equivalente a una UWO, aunque no se utilice esa terminología.

En cuanto a las modalidades, la UWO suele basarse en el valor. Por ejemplo, en Australia, se refiere a “una orden que exige a la persona el pago de una cantidad igual a la parte del patrimonio total de la persona que ésta no pueda demostrar al tribunal que no procede o se ha realizado, directa o indirectamente, de determinados delitos”.⁶ Por lo tanto, la UWO puede ejecutarse contra activos que hayan sido embargados o, potencialmente, contra otros activos utilizando poderes civiles de recuperación de deudas (similares a otros tipos de órdenes de confiscación basadas en el valor). La legislación de Mauricio también prevé el pago de su equivalente monetario.⁷

Las UWO son diferentes de otros recursos no basados en condenas (NCB por *non-conviction based*). Existen cuatro diferencias principales: (a) el factor desencadenante de la UWO es diferente; la riqueza injustificada en lugar de la prueba de que un activo procede de una actividad delictiva; (b) la parte que soporta al menos parte de la carga de la prueba es diferente; el demandado de la UWO soporta la carga de demostrar, al menos *prima facie*, que los activos proceden de ingresos legales; (c) las normas relativas a la carga de la presentación y la prueba son diferentes a las de las NCB; en general, la carga de la prueba para las autoridades es menor en el caso de las UWO; y (d) si es necesario un vínculo con el delito, como ocurre en algunos tipos de UWO, éste puede ser más débil e indirecto que en el caso de un decomiso NCB. Aunque similares a los “delitos de enriquecimiento ilícito”, las UWO son generalmente civiles y no requieren una condena penal (véase el apartado 1.3).

1.1.2 ¿Dónde hay UWO?

En 2017, cuando el Reino Unido introdujo su ley sobre las UWO, sólo un puñado de países habían promulgado leyes del tipo de las UWO, entre ellos Australia, Kenia y Mauricio.

Recientemente, ha aumentado el interés por las UWO. En 2018, Zimbabue promulgó un marco de UWO similar al modelo del Reino Unido.⁸ En 2019, Trinidad y Tobago estableció un nuevo marco de UWO con una UWO “preliminar” de dos pasos (una orden para explicar) seguida de una UWO potencial (una orden para pagar la cantidad no explicada), similar al enfoque federal de Australia.⁹ En 2019, Barbados introdujo un marco de UWO en su Proceeds and Instrumentalities of Crime Act 2019-17.¹⁰ Algunos están pidiendo a Canadá o a todos los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que implementen UWO.¹¹ En Kenia, la ley de “activos injustificados” fue objeto de una destacada exposición en 2020, cuando el Tribunal Supremo confirmó el uso de esta ley para recuperar millones de un exfuncionario público que no podía explicar sus coches, dinero en efectivo y bienes inmuebles.¹² Estos acontecimientos indican un interés serio y continuo en el mecanismo de las UWO. Además, otros países —Colombia, Irlanda, Singapur y Suiza— cuentan con alternativas a las UWO basadas en conceptos similares.

Cuando el Reino Unido promulgó su sistema de UWO en 2017, abrió uno de los entornos objetivo más ricos, a la luz del papel de Londres como centro financiero y lugar deseable para disfrutar de un estilo de vida lujoso. Una vez que el Reino Unido comenzó a aplicar la ley UWO, el sistema judicial del Reino Unido comenzó a desarrollar un pequeño pero creciente cuerpo de jurisprudencia sobre el tema de UWO, que puede informar a los responsables de políticas y profesionales en otros lugares. Tanto en el Reino Unido como en Kenia, la introducción de las UWO se enfrentó a obstáculos debido a que hacer recaer en el demandado la carga de presentar pruebas que expliquen el patrimonio es supuestamente incompatible con las garantías procesales. No obstante, el mecanismo fue respaldado por los tribunales ya que las leyes concretas sobre las UWO contienen varias salvaguardias sustanciales y procesales importantes, como la revisión por un funcionario judicial. Este tema se tratará con más detalle en el capítulo 5.

1.2 Cómo pueden los sistemas de UWO reforzar los esfuerzos de recuperación de activos

En esta sección se analizan las vías legales para la recuperación de activos, una visión general del proceso y cómo encajan las UWO.

1.2.1 El proceso de recuperación de activos y sus vías jurídicas

Para entender cómo las UWO pueden apoyar el proceso de recuperación de activos es importante compararlas con las vías legales tradicionales de recuperación de activos. Estas vías no son excluyentes y deben seguirse en paralelo, si es posible, porque es imposible predecir cuáles tendrán éxito y sería difícil volver a empezar más adelante.

Estas vías principales son las siguientes:

- juicio penal nacional y decomiso basado en una condena, seguido de una solicitud de asistencia judicial mutua (MLA) para ejecutar una orden en el extranjero, en caso necesario;
- decomiso NCB, seguido de una solicitud de MLA para ejecutar una orden en el extranjero, en caso necesario;¹³
- acciones civiles privadas (como apropiación indebida, responsabilidad extracontractual, incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto civil), incluidos los procedimientos formales de insolvencia;¹⁴
- decomiso administrativo; y
- otras vías diversas, como la imposición de beneficios ilícitos, multas penales y órdenes de indemnización.

Cada vía legal tiene sus ventajas e inconvenientes y puede estar disponible o no en cada jurisdicción.¹⁵ En la práctica, los recursos más utilizados para la recuperación de activos son el decomiso basado en una condena y el decomiso NCB.¹⁶ Tanto en los casos UWO como en los tradicionales existen obstáculos probatorios que afectan a los resultados de la recuperación de activos.

Proceso de recuperación de activos en varias fases

Fase de investigación. La recuperación de activos exitosa es un proceso que consta de varias fases. Suele comenzar con una fase de investigación en la que se recopilan datos y pruebas y se rastrean los activos. Las autoridades intentan determinar si se ha cometido un delito, si se puede identificar al autor y si se puede identificar y localizar los ingresos derivados del delito (por ejemplo, dinero en efectivo, bienes y activos).¹⁷ Dado que los ingresos procedentes de la corrupción se mueven casi invariablemente de una jurisdicción a otra, puede buscarse la cooperación de otras jurisdicciones.

Congelación o embargo de activos. Tan pronto como se identifican activos como presuntos ingresos provenientes del delito (o, en algunos casos, “instrumentos” para cometer un delito), los investigadores pueden presentar una solicitud ante un tribunal para que los activos sean congelados o embargados, especialmente si existe la preocupación de que los activos puedan ser trasladados o destruidos.¹⁸

Fase judicial. A continuación, hay un proceso judicial o fase judicial. Las pruebas de la investigación se analizan y se remiten para su revisión ante un juez, que evaluará si existen suficientes pruebas persuasivas y si se han respetado las garantías procesales a lo largo de todo el proceso.¹⁹ El resultado puede ser el levantamiento de la orden temporal de embargo de los activos o la orden de confiscación en favor del estado.²⁰ La confiscación puede basarse en la propiedad o en el valor. El decomiso basado en la propiedad significa que la propiedad se deriva del delito y que se requiere un vínculo entre esos activos y el delito. La confiscación basada en el valor permite la determinación de un valor de los ingresos provenientes del delito y cualquier activo perteneciente al acusado, independientemente de su origen, puede ser confiscado hasta ese valor.²¹

Ejecución de la orden y devolución de los activos. Si un tribunal ordena la interdicción, confiscación o embargo de activos, el siguiente paso es la ejecución de la orden. Una vez ejecutada la orden, los procedimientos regulan la devolución de los activos: el uso o disposición y la devolución de los activos.²² Según los artículos 54, 55 y 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), los activos deben devolverse a la jurisdicción solicitante, si se ha establecido su propiedad previa.²³ Los países han establecido diferentes formas de devolver los activos.²⁴ Puede surgir la preocupación de que los fondos vuelvan a caer en manos corruptas.

Los sistemas de recuperación de activos basados en condenas tienen bajos índices de recuperación.²⁵ Los fracasos se producen en tres puntos principales: (a) problemas para establecer el nexo entre una persona condenada y los activos en cuestión; (b) el nexo requerido entre los activos y un delito determinado; y (c) las normas probatorias y la carga de la prueba.

No sólo existe la dificultad de establecer un nexo entre la propiedad y un delito determinado, sino que hay una dificultad adicional si la propiedad es el resultado de múltiples delitos, produciendo “acumulaciones de riqueza a largo plazo”.²⁶ Además, normalmente no se puede obtener una condena cuando el principal sospechoso ha fallecido, ha huido al extranjero o goza de inmunidad judicial.²⁷

Además, cumplir con la mayor carga de la prueba para obtener una condena penal puede ser cada vez más difícil a medida que la delincuencia se ha globalizado, ya que la recopilación de pruebas debe cruzar muchas fronteras para seguir el rastro del dinero. Desde el punto de vista jurídico, las investigaciones transfronterizas pueden toparse con obstáculos cuando los mecanismos de cooperación internacional entre

los organismos encargados de la aplicación de la ley son insuficientes y cuando la definición del delito en una jurisdicción difiere de la de otra, lo que puede dar lugar a una doble incriminación.²⁸

El decomiso NCB, a menudo descrito como *in rem*, que significa que es un acto tomado contra la propiedad derivada de actividades delictivas, permite una mayor recuperación. En consecuencia, no es necesario demostrar un delito penal con el máximo nivel de prueba (“más allá de toda duda razonable” en los sistemas de derecho anglosajón o por “convicción íntima” en los sistemas de derecho civil). Aun así, las autoridades deben demostrar un vínculo directo entre la propiedad y una actividad delictiva, lo que a menudo supone un reto. Además, muchas jurisdicciones no ofrecen recursos NCB.

1.2.2 Valor añadido potencial de las UWO

Trasladar la carga de la prueba al demandado

La principal innovación jurídica de las UWO en comparación con las medidas de procedimiento penal existentes es, en términos generales, que las medidas de UWO trasladan la carga de la presentación de pruebas a los demandados para explicar su patrimonio, si las autoridades establecen una discrepancia entre el patrimonio de un demandado y sus ingresos obtenidos legalmente. Además, en algunos sistemas, el procedimiento UWO puede, de hecho, trasladar la carga de la prueba al demandado si la ley permite a los tribunales decidir si confiscan el patrimonio cuando la explicación del demandado es inexistente o no convincente. Aun cuando la carga de la prueba en la parte del proceso relativa a la confiscación siga recayendo en las autoridades, el hecho de que los demandados tengan que aportar pruebas para explicar el origen de su patrimonio presenta grandes ventajas. Es probable que gran parte de la información esté bajo el control del acusado y sea difícil de obtener para la fiscalía. La eliminación de este reto del escondite suele aumentar significativamente las posibilidades de probar un caso de decomiso.

Sin embargo, si no se establecen las debidas garantías procesales, puede introducir riesgos. Además, es necesario establecer normas sobre la interacción del sistema de UWO con otros sistemas de confiscación existentes para evitar solapamientos. Por ejemplo, en Mauricio, la ley UWO tiene prioridad sobre todos los demás procedimientos de confiscación. En Australia también existe un solapamiento sustancial con otros procedimientos de recuperación de activos, en cuyo caso se realiza una sustracción, como se explica en la sección 2.3.6 de este estudio.

Reducir la carga de las autoridades

Con las UWO, las autoridades no tienen que vincular los activos con un delito para confiscarlos. Puede ser necesario establecer un vínculo entre una persona y un delito, pero el vínculo exigido suele ser débil (o, en el Reino Unido, por ejemplo, no se exige en absoluto en el caso de determinadas PEP). Esta es la razón por la que las UWO se consideran un complemento útil al decomiso, que va más allá de las leyes típicas sobre los ingresos provenientes del delito. En el recuadro 1.1 se ilustran las diferencias de la UWO en cuanto a las pruebas requeridas de un delito en comparación con las basadas en condenas y otras NCB.

Erosión de los bloqueos de la cooperación internacional

La recuperación de activos a menudo se ve obstaculizada por déficits en la cooperación internacional, y las UWO pueden ayudar en este sentido.²⁹ Entre los obstáculos a la recuperación de activos se encuentran los requisitos onerosos y estrictos para la prestación de MLA; el secreto bancario excesivo; la falta de procedimientos de confiscación de activos NCB; y las leyes procesales y probatorias excesivamente onerosas.³⁰ Incluso cuando un país cuenta con un sistema de decomiso NCB, pueden surgir obstáculos debido a que otros países no tienen los mismos sistemas y, por lo tanto, pueden no reconocer las

Recuadro 1.1. Relación con las pruebas de un delito: recursos basados en una condena, no basados en una condena y UWO

Decomiso basado en una condena	Persona y propiedad/activo = Delito → Decomiso de activos
Decomiso no basado en una condena	Propiedad/activo = Delito → Decomiso de activos
Orden de riqueza injustificada	Persona ≈ Delito → Presunción de origen delictivo → Confiscación de activos O Persona ≠ Delito (por ejemplo, en el Reino Unido, en casos de PEP) → Presunción de origen delictivo → Confiscación de activos

Mientras que el vínculo exigido para las UWO es más débil, la legislación sobre decomiso también puede diseñarse para establecer presunciones sobre los activos de origen delictivo o para exigir al acusado que demuestre que los activos son legítimos. De ser así, la ventaja de las UWO sobre el decomiso se reduce para los fiscales.

Fuente: Personal del Banco Mundial. Nota: PEP = persona políticamente expuesta; UWO = orden de riqueza injustificada.

solicitudes de MLA relacionadas con el decomiso NCB; alternatively, si otros países también cuentan con un sistema de decomiso NCB, pueden tener diferentes normas legales aplicables en sus respectivos sistemas, lo que dificulta la cooperación internacional.³¹ Entre los obstáculos operativos se incluyen las dificultades para identificar los puntos focales para realizar solicitudes de MLA y la falta de registros públicos, como registros de empresas, registros de la propiedad, registros de organizaciones sin ánimo de lucro y otras bases de datos.³²

Las UWO pueden ayudar a superar las barreras de acceso a las pruebas y la escasa cooperación internacional, lo que podría ser suficiente para que los investigadores cumplan con la carga probatoria necesaria. Dicho de otro modo, cuando parece existir la información para cumplir con la carga, pero hay barreras legales y operativas para acceder a ella, las UWO pueden ayudar al trasladar la carga de la presentación de pruebas a los demandados, exigiéndoles que proporcionen la información pertinente que presumiblemente está más fácilmente a su disposición.

Cerrar brechas y aumentar el impacto de la recuperación de activos

Las UWO pueden cerrar las brechas existentes en el arsenal de recuperación de activos y proporcionar otro método para localizar los productos de la corrupción. Aunque el número de UWO obtenidas puede no ser elevado, el impacto de un número pequeño puede ser significativo, ya que el valor de cada una de ellas puede ser alto. Por ejemplo, en el Reino Unido, en promedio el valor de los activos por investigación de UWO se estima entre £5 y £20 millones (US\$6 y US\$24 millones), lo que lleva a la recuperación de £10 millones (US\$12 millones).³³ Sin poder recurrir a una UWO, la recuperación de activos en ciertos casos podría llevar muchos años o incluso ser imposible porque no se podrían cumplir las normas para otros métodos de recuperación de activos basados en una condena o no. El recuadro 1.2 ilustra esta situación.

En otro caso de UWO, en 2020, el Tribunal Superior del Reino Unido ordenó a un empresario vinculado a conocidos delincuentes que entregara más de £10 millones (US\$12 millones) en propiedades, terrenos, dinero en efectivo y otros activos.³⁴

En otro ejemplo, en Kenia, el Tribunal de Apelación confirmó en 2019 una confiscación en virtud de una UWO de K Sh 41 millones (US\$332.800) contra un funcionario público sospechoso de corrupción.³⁵

Recuadro 1.2. El caso Hajiyeva (Reino Unido 2018): un escenario típico

2006: La esposa de un funcionario de Azerbaiyán se instala en Londres, Reino Unido.

2006–16: Se observó que había gastado más de £16 millones (US\$19,3 millones^a) en los grandes almacenes de lujo Harrods y que había comprado una casa cercana por £11 millones (US\$13,2 millones), gastos que no se correspondían con el salario oficial de su marido en el país de origen. La casa era propiedad de una empresa de las Islas Vírgenes Británicas vinculada tanto a ella como a su marido.

2016: Estos hechos no pasaron desapercibidos para las autoridades británicas, ya que su marido era funcionario de un banco estatal y había sido condenado en 2016 por varios cargos, entre ellos apropiación indebida y fraude. Además de 15 años de prisión, fue condenado a pagar 39 millones de dólares. Todas las posibles fuentes de ingresos legítimos eran insuficientes para adquirir la propiedad.

2017: La nueva legislación UWO se introdujo como parte de la ley revisada contra el blanqueo de capitales en virtud de la Ley de Finanzas Criminales de 2017.

2018: Las autoridades británicas obtuvieron una orden de riqueza injustificada que la obligaba a aportar pruebas del origen legítimo de sus activos. Su respuesta (poco convincente) se utilizó como parte de las pruebas en un caso de confiscación civil para obtener una orden de embargo de más de £20 millones (US\$24 millones) en activos.

Fuente: Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 (Eng.).

a Salvo que se indique lo contrario, todas las cifras en dólares del informe son estimaciones redondeadas basadas en los Tipos de Cambio Operativos del Tesoro de las Naciones Unidas, utilizando el tipo de cambio a 31 de diciembre de 2022, consultado el 10 de febrero de 2023, <https://treasury.un.org/operationalrates/OperationalRates.php>.

Además, los sistemas de UWO de los centros financieros ya están teniendo una influencia positiva en algunos países en desarrollo de formas imprevistas, más allá de las confiscaciones de activos vía UWO y la identificación de activos robados. Por ejemplo, la publicidad que rodea al sistema de UWO del Reino Unido ha estimulado la evolución en Nigeria y Kenia. En Nigeria, tras la promulgación de la UWO en el Reino Unido, los medios de comunicación informaron de una oleada de intentos frenéticos de funcionarios nigerianos por declarar ingresos y activos en el marco del Plan de Declaración Voluntaria de Activos e Ingresos de Nigeria (VAIDS), posiblemente por miedo a no poder dar explicaciones en el Reino Unido si el patrimonio no se había documentado previamente. Se ha informado que el aumento en la actividad habría hecho caer al sistema de declaración voluntaria.³⁶ Esto significa que Nigeria puede recaudar más ingresos fiscales atrasados y conseguir que los contribuyentes que antes no cumplían sus obligaciones fiscales vuelvan a la red fiscal, ojalá de forma sostenible. También podría proporcionar información útil sobre los activos e ingresos de los nigerianos en el extranjero. Algunos han pedido a Nigeria que considere la promulgación de su propio sistema de UWO.³⁷ Además, Kenia ha realizado esfuerzos diplomáticos de alto nivel para beneficiarse del sistema de UWO del Reino Unido.³⁸

Valor añadido tanto en sistemas de derecho civil como de common law

Hasta ahora el debate se ha centrado en los sistemas de *common law*. En los últimos años, las UWO se han introducido en los sistemas de *common law* y mixtos, y no como tales en los sistemas de derecho civil. Las razones por las que estos países no dan prioridad a tales reformas dependen de circunstancias nacionales.

Pero, en términos más generales, en muchos sistemas de derecho civil el decomiso sigue estando relacionado con la conducta delictiva y se basa en la condena del acusado. Invertir la carga de la prueba y extraer consecuencias de las presunciones legales

cuando un acusado no puede justificar que los activos son legítimos se hace a menudo en el contexto de la legislación penal sobre enriquecimiento ilícito, corrupción, blanqueo de capitales, fraude fiscal o delincuencia organizada.

Del mismo modo, mientras que las UWO en los países de *common law* proporcionan una herramienta legal para superar las estrictas normas sobre admisibilidad de pruebas y protección contra la autoincriminación, parecen menos cruciales en los países de derecho civil, donde los fiscales, los jueces de instrucción y, finalmente, los jueces pueden considerar cualquier hecho, declaración o documento como prueba circunstancial basándose en principios generales como la “manifestación de la verdad” o la “íntima convicción”.

Ninguna de estas razones, sin embargo, hace imposible o inútil el establecimiento de UWO tanto en los sistemas de derecho civil como en los de *common law*. Los fundamentos de la CNUCC, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las normas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las directivas de la Unión Europea (UE) han animado a los países a introducir recursos NCB de conformidad con sus principios constitucionales. Como resultado, jurisdicciones de derecho civil como Alemania, Italia y Suiza, así como varios países latinoamericanos (entre ellos Colombia) han establecido recursos NCB en su legislación. Estos países también podrían mejorar su sistema de NCB introduciendo la legislación de la UWO.

Las UWO siguen teniendo potencial para añadir valor en ambos sistemas. Cuando un acusado no puede explicar la posesión de activos en el contexto de una investigación por corrupción o blanqueo de capitales, un UWO de investigación puede seguir siendo útil para formalizar las declaraciones de los acusados sobre sus activos y comparar esas declaraciones oficiales con las conclusiones del investigador, apoyando así la confiscación. Por ejemplo, si un funcionario público controla muchos activos valiosos injustificados, que no están a su nombre, y ha sido imposible reunir pruebas admisibles para condenarle a él o a sus allegados por un delito, la posibilidad de exigir que el PEP o su allegado expliquen el origen a través de una UWO es muy útil. Del mismo modo, si figuras de alto rango de la delincuencia organizada están utilizando apoderados para poseer y gestionar la riqueza y ni ellos ni sus apoderados pueden ser directamente vinculados a un delito, el uso de los vínculos indirectos permitidos en virtud de una UWO puede conducir a la confiscación.

No obstante, en muchos países (especialmente en Sudamérica), se introdujo legislación adicional para permitir a los fiscales utilizar presunciones en los procedimientos de decomiso y trasladar esta carga de la prueba, o para garantizar que parte de la carga recaiga sobre el demandado, como en las UWO. (Por ejemplo, véase el análisis de

Recuadro 1.3. La UWO condujo a pistas para descubrir más riqueza injustificada

Hechos. Mediante una orden de patrimonio injustificado (UWO), la National Crime Agency (NCA) del Reino Unido obligó al demandado a presentar información relativa a un patrimonio injustificado de determinados bienes inmuebles y empresas. El demandado cumplió, presentando una extensa respuesta y gran cantidad de prueba documental, incluida una declaración testimonial de 76 páginas y 127 carpetas de pruebas documentales.

Resultados. La NCA pudo utilizar las pruebas generadas por la UWO para identificar una cartera de propiedades mayor de la que se conocía anteriormente. Finalmente, el demandado resolvió el caso cediendo a la NCA 45 valiosas propiedades, dinero en efectivo y activos por un valor total de aproximadamente £9,8 millones (US\$11,8 millones).

Fuente: Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.).

Colombia en la sección 2.2.2.). En estos países debe calcularse el beneficio de añadir las UWO al marco existente de recuperación de activos. Este cálculo tendría que tener en cuenta que, más allá de la norma de la prueba, otras distinciones clave entre las UWO y la confiscación NCB incluyen el desencadenante del proceso (riqueza injustificada para las UWO en lugar de sospechas o pruebas de actividad delictiva) y quién soporta la carga de la prueba (el demandado en las UWO, a menudo el fiscal en NCB, a menos que la ley disponga otra cosa).

1.3 Comparación entre los sistemas de UWO y el delito de enriquecimiento ilícito

La legislación sobre las UWO y el delito de enriquecimiento ilícito presentan similitudes. El artículo 20 de la CNUCC define el enriquecimiento ilícito como “un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público que éste no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos legítimos”,³⁹ refiriéndose a un patrimonio de origen desconocido y, por tanto, sospechoso. Sin embargo, también existen diferencias, que indican que un marco de UWO no sería necesariamente redundante en un país con un delito de enriquecimiento ilícito.

1.3.1 Delitos de enriquecimiento ilícito en contraste con los sistemas de UWO

Según la CNUCC, cada estado “considerará” tipificar el “enriquecimiento ilícito” “como delito penal, cuando se cometa intencionalmente”. Aunque el enriquecimiento ilícito suele calificarse de delito penal, en ocasiones se trata de una acción civil. En la actualidad, unos 98 países cuentan con algún tipo de ley sobre enriquecimiento ilícito,⁴⁰ y en 78 de ellas se lo tipifica como delito. Los tribunales de muchos países han confirmado estas leyes.⁴¹

Tanto los sistemas de UWO como los delitos de enriquecimiento ilícito se enfocan en aumentos injustificados o discrepancias entre los ingresos, el patrimonio y los activos obtenidos legalmente y el patrimonio y los activos totales que posee una persona. Sin embargo, las penas son diferentes. Mientras que los sistemas de UWO conducen generalmente a un mecanismo de recuperación civil (sanciones pecuniarias o confiscación de activos), los delitos de enriquecimiento ilícito pueden dar lugar a “una combinación de multas, encarcelamiento y confiscación de los ingresos provenientes del delito”, “sanciones administrativas y civiles, que incluyen el despido, la prohibición de ocupar cargos electos y restricciones del derecho a presentarse como candidato y a votar”.⁴² Para ser claros: ambos pueden dar lugar a la confiscación y, en última instancia, a la recuperación de los activos robados o de los daños y perjuicios por la parte perjudicada.

Un delito de enriquecimiento ilícito suele trasladar la carga de la prueba al acusado o demandado, de forma similar a como un marco de UWO hace recaer en el demandado la carga de proporcionar información; la diferencia es que en el primer caso lo hace en el marco de un proceso penal. Por esta razón, algunas jurisdicciones se han negado a promulgar delitos de enriquecimiento ilícito porque sostienen que el proceso contraviene las garantías procesales de sus sistemas.⁴³ Se considera que tales delitos conducen a una confrontación más directa con ciertos derechos fundamentales, como la presunción de inocencia y la protección contra la autoincriminación.

Con menor frecuencia, algunas jurisdicciones han optado por secuencias exclusivamente no penales en el marco de sus sistemas de enriquecimiento ilícito. En estos casos, por supuesto, la línea divisoria entre las UWO y el enriquecimiento ilícito se vuelve borrosa o inexistente.⁴⁴

Otra diferencia es que los delitos de enriquecimiento ilícito suelen concentrarse en los funcionarios públicos, mientras que las UWO pueden abarcar a cualquier persona

con una riqueza injustificada. Sin embargo, esta diferencia no se da siempre, ya que los delitos de enriquecimiento ilícito también pueden abarcar a una gama más amplia de personas.⁴⁵

1.3.2 Interacción de los delitos de enriquecimiento ilícito y las leyes UWO en el mismo sistema

Cuando los responsables de políticas distinguen entre el enriquecimiento ilícito y las UWO, deben considerar cómo los sistemas de UWO y los delitos de enriquecimiento ilícito pueden coexistir dentro del mismo sistema legal. Como se ha señalado, muchas jurisdicciones ya han codificado un delito de enriquecimiento ilícito, incluidos varios países en desarrollo.⁴⁶ Un examen de los elementos de los delitos de enriquecimiento ilícito puede servir de base para el diseño de los sistemas de UWO. Los delitos de enriquecimiento ilícito inspirados en la definición de la CNUCC contienen cinco componentes principales: "(1) un funcionario público que (2) durante el período de tiempo pertinente (3) experimenta un aumento significativo de activos (4) a sabiendas y (5) sin justificación".⁴⁷ Para el enriquecimiento ilícito, el componente intencional requerido por el término "a sabiendas" distingue este delito de los sistemas de UWO, que generalmente no requieren un elemento de intención criminal. En algunos casos, cuando se incluye un elemento de intencionalidad en el enunciado, no es necesariamente un elemento independiente que el estado deba establecer (por ejemplo, puede presumirse la intencionalidad si se determina que la persona posee un patrimonio desproporcionado en relación con sus ingresos).⁴⁸

¿Pueden tanto un delito de enriquecimiento ilícito como las UWO desempeñar un papel en la misma jurisdicción legal? El Reino Unido planteó preguntas similares en su "Plan de acción para la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo" de 2016.⁴⁹ El Reino Unido decidió adoptar su enfoque de las UWO como el medio preferido para perseguir la riqueza injustificada, en parte debido a la preocupación por las posibles infracciones de las garantías procesales de los delitos de enriquecimiento ilícito.⁵⁰ Además, cuando la UWO del Reino Unido da lugar a la presunción de que la propiedad es "recuperable", esta presunción se deriva técnicamente del incumplimiento de la orden y no de una sospecha de enriquecimiento ilícito.⁵¹

Si los responsables de políticas están sopesando ambas herramientas, una cuestión relativa al solapamiento es si el sistema de UWO debe dirigirse (o no) a los mismos funcionarios públicos que ya están cubiertos por el delito de enriquecimiento ilícito. Es habitual que se solapen leyes que cubren la misma conducta ofensiva. Si la jurisdicción permite un solapamiento en el ámbito personal, entonces se planteará la cuestión de -en cualquier caso dado de un funcionario público con una riqueza injustificada, que esté cubierto por ambos sistemas- cómo deben coordinarse las dos herramientas (por ejemplo, cuál de las dos herramientas debe prevalecer o si ambas deben aplicarse simultáneamente). Las opciones incluyen que la UWO podría funcionar como un recurso alternativo en los casos en que ciertos elementos del delito de enriquecimiento ilícito (por ejemplo, la intención, en su caso) no se pueden establecer. Además, la UWO podría utilizarse en otros casos, como la delincuencia organizada, donde se sospecha que existen vínculos con delitos que no implican a funcionarios públicos, ya que los delitos de enriquecimiento ilícito tienden a aplicarse casi exclusivamente a funcionarios. Por último, en los países con discrecionalidad procesal, puede ocurrir que el procesamiento penal se considere una herramienta demasiado dura para un caso concreto, pero que se considere apropiado recurrir a una UWO.

1.4 Identificar y explicar la justificación de las UWO

Dada la existencia de numerosas herramientas de recuperación de activos, cada país interesado debe evaluar la eficacia de su inventario de herramientas y si un sistema de UWO sería una adición adecuada, en términos de complemento de otras herramientas existentes. Esta sección presenta los principales argumentos políticos a favor de los sistemas de UWO, señala los riesgos y sugiere algunos pasos recomendados en el proceso de evaluación. Si un sistema de UWO parece estar justificado, el análisis de los próximos capítulos compara diferentes marcos de UWO e identifica algunas de las consideraciones y elementos comunes que los responsables de políticas pueden desear tener en cuenta a la hora de diseñar un marco adecuado para su propio sistema jurídico.

1.4.1 Impulsar la recuperación de activos reforzando las investigaciones y los sistemas de decomiso

Uno de los propósitos de las UWO —en particular, para los enfoques no penales no basados en condenas— es remediar cualquier ineficacia de las herramientas existentes de recuperación de activos mediante el establecimiento de la base jurídica para obligar a las partes a revelar el origen de sus activos identificados. Las UWO también abordan las dificultades para demostrar que los activos están vinculados a la corrupción, permitiendo a los tribunales utilizar las respuestas insatisfactorias como presunciones o como pruebas circunstanciales del origen ilícito de los activos.

Los países pueden encontrar útil un análisis empírico. Para ganar fuerza de cara a posibles reformas, los gobiernos podrían estimar los ingresos procedentes de determinadas actividades delictivas y comparar esas cantidades con las (menores) recuperadas con los sistemas existentes. Australia, Mauricio y el Reino Unido llevaron a cabo este tipo de análisis, un proceso que llevó a la conclusión de que se necesitaban herramientas más afiladas.⁵² En Australia, una razón clave esgrimida a favor de las UWO fue que éstas no dependen de que los fiscales puedan vincular la riqueza a un delito.⁵³

El marco de las UWO en el Reino Unido se estableció como parte de un paquete más amplio para proporcionar más capacidades y poderes para recuperar los ingresos provenientes del delito; abordar el blanqueo de capitales, la evasión fiscal y la corrupción; y combatir la financiación del terrorismo.⁵⁴ Estos cambios legislativos se produjeron tras un cuidadoso examen y un debate público sobre si la actual combinación de herramientas del Reino Unido era eficaz en este esfuerzo.⁵⁵ Además, las UWO pueden resultar atractivas para los responsables de políticas de los países en desarrollo, especialmente porque los efectos corrosivos de la corrupción en estos países se cobran un precio especialmente alto.

1.4.2 Apoyar la integridad de los principales mercados financieros

En el Reino Unido, una de las consecuencias de la insuficiente recuperación de activos era que el país corría el riesgo de ser percibido como un refugio para individuos corruptos y sus activos. El Reino Unido reconoció que esto suponía una amenaza para la integridad y la reputación de sus mercados financieros.⁵⁶ Además, si miles de millones de fondos ilícitos se canalizan hacia la compra de valiosos inmuebles en Londres, por ejemplo, esto a su vez afecta negativamente a los residentes en el Reino Unido respetuosos de la ley, ya que distorsiona un mercado inmobiliario ya de por sí caro, presionando los presupuestos de las personas debido a los costos de la vivienda.⁵⁷

1.4.3 Contrarrestar el riesgo de reputación específico de un centro financiero

La percepción de que una jurisdicción es un paraíso para la riqueza ilícita puede disuadir la inversión. Por ejemplo, en Mauricio existía preocupación por el impacto del daño a la

reputación en la inversión, como lo demuestra el hecho de que la UWO se incluyera en una ley de 2015 con el objetivo general de promover una cultura de buena gobernanza y presentación de informes de integridad.⁵⁸

1.4.4 Evitar que los delincuentes se aprovechen de los retos que plantea la cooperación internacional entre autoridades

Como se señaló en relación con la evaluación del Reino Unido de las deficiencias en la recuperación de activos, la causa más común fue la falta de cooperación plena de otras jurisdicciones, en particular en los casos que implican a PEP extranjeras, donde su enorme influencia podría obstaculizar las investigaciones.⁵⁹ La influencia continua incluso de PEP o exPEP ausentes a menudo significa que la jurisdicción donde se encuentran las pruebas será reacia a cooperar plenamente. En el Reino Unido, una de las preocupaciones que impulsaron la implantación de un sistema de UWO fue la elevada concentración de funcionarios extranjeros corruptos y sus ganancias, con unos instrumentos jurídicos persistentemente inadecuados. En consecuencia, esta situación configuró el ámbito de aplicación del sistema de UWO del Reino Unido para incluir un mayor escrutinio de dichas PEP.

1.4.5 Crear uniformidad de leyes dentro de un sistema federal

Otra justificación de las UWO es eliminar los refugios seguros dentro de un estado federal donde se pueden mover los activos. En Australia, una de las razones era que la existencia de una UWO en una jurisdicción australiana (por ejemplo, Australia Occidental y el Territorio del Norte ya habían implementado sistemas de UWO⁶⁰) y su ausencia en otras creaba mayores dificultades “a la hora de identificar y confiscar activos que pudieran encontrarse en varias jurisdicciones o desplazarse entre ellas”.⁶¹ Como estado federal, era aconsejable contar con leyes de UWO coherentes a nivel federal.⁶² Una enmienda de 2018 a la ley de UWO de Australia pretendía abordar precisamente estas cuestiones.⁶³ Los países en desarrollo con sistemas federales pueden tener consideraciones similares.

1.4.6 Responsabilizar a los altos cargos

Tanto en Australia como en Irlanda, la delincuencia organizada (por ejemplo, los “clubes de moteros” o los “grupos delictivos graves y organizados”) eran los principales motivos de preocupación para los sistemas del tipo de la UWO.⁶⁴ Los que más se beneficiaban de los delitos, a menudo los líderes, eran cada vez más sofisticados y capaces de distanciarse de los delitos cometidos: “Sus soldados rasos eran capturados y condenados, mientras que ellos permanecían a salvo y fuera del alcance del sistema legal”.⁶⁵ Se necesitaban herramientas policiales más potentes, como las UWO y procedimientos civiles reforzados de confiscación, para hacer frente al creciente poder, sofisticación y violencia de la delincuencia organizada.⁶⁶

1.4.7 Desarrollar sinergias a partir de otras innovaciones recientes

Algunas barreras relacionadas con la información se han reducido en los últimos años como resultado de las iniciativas de mayor transparencia a nivel internacional.⁶⁷ Medidas que habrían sido impensables hace tan sólo una década están ahora muy extendidas, como el intercambio automático de cierta información financiera y fiscal. Como resultado de la presión diplomática y económica internacional para adoptar diversas leyes y acuerdos de intercambio de información, muchos bastiones históricos del secreto bancario han relajado sus restricciones.⁶⁸ Muchas de estas medidas de transparencia se adoptaron a raíz de la crisis financiera de 2008-2009, cuando las necesidades presupuestarias de los gobiernos y el apoyo público coincidieron para crear una voluntad política sin precedentes, impulsada por la ira popular ante la austeridad resultante, al

tiempo que filtraciones ampliamente difundidas revelaban que personas con grandes patrimonios y empresas multinacionales escapaban a su parte de la carga.⁶⁹

Aunque la aplicación del intercambio de información sigue planteando numerosos retos, especialmente en los países en desarrollo, y los registros todavía tienen que progresar mucho, la evaluación del Reino Unido concluyó, no obstante, que la legislación sobre la UWO podría aprovechar los avances logrados hasta la fecha.

1.4.8 Cuidado para evitar abusos en la UWO

Por último, todas las opciones entrañan riesgos, así como beneficios potenciales, por lo que cada jurisdicción debe contemplar el principal riesgo de las UWO. Dado que las autoridades pueden necesitar sólo una pequeña cantidad de pruebas (“sospecha razonable”) para pasar a la siguiente fase, que consiste en imponer al demandado la carga de presentar pruebas para explicar su riqueza, la herramienta de la UWO podría ser objeto de abuso si las autoridades la utilizan en casos en los que no está realmente justificada, por ejemplo, para mancillar el nombre de un oponente político. Aunque el abuso potencial es innegablemente un riesgo para los sistemas de UWO, este punto no distingue a las UWO de otras herramientas similares. Hay dos formas principales de reducir este riesgo. En primer lugar, deben incorporarse al sistema salvaguardias sustantivas y procesales, como exigir que la solicitud de una UWO se presente ante un funcionario judicial independiente y permitir las apelaciones. Estas salvaguardias son el tema del capítulo 5. En segundo lugar, el requisito previo más fundamental para todas las leyes es la solidez de las instituciones jurídicas y políticas de un país determinado (véase el apartado 4.2).

Los beneficios de los sistemas de UWO dependen de su aplicación. Además, si el principal problema de un país no es la falta de leyes, sino más bien la falta de aplicación, es poco probable que las UWO muevan la aguja en la recuperación de activos. Si hay falta de voluntad política para recuperar activos, poco personal cualificado o recursos inadecuados, es posible que las UWO no mejoren la situación.

1.4.9 Reflexiones finales

Los países pueden reflexionar sobre estos imperativos y factores a la hora de plantearse si es necesario un sistema de UWO en su contexto. Para los países que respondan afirmativamente, la siguiente sección describe los sistemas de UWO en varios países y analiza los principales elementos de los sistemas.

Notes

- 1 Véase, por ejemplo, Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, “Luxembourg Leaks: Global Companies’ Secrets Exposed” (2014); “Panama Papers: Exposing the Rogue Offshore Finance Industry” (2017); “Paradise Papers: Secrets of the Global Elite” (2017); “Luanda Leaks” (2020), consultado el 26 de abril de 2020, <https://www.icij.org/>.
- 2 Véanse, por ejemplo, los esfuerzos de numerosas organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el G-20, el Banco Mundial y su Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR). Estos esfuerzos incluyen, entre otros, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resolución 58/4 de la Asamblea General del 31 de octubre de 2003; Cumbre del G20 de Seúl de 2010, Anexo III, Plan de Acción Anti-corrupción del G20, Agenda de Acción del G20 para Combatir la Corrupción, Promover la Integridad del Mercado y Apoyar un Entorno Empresarial Limpio; OCDE, “Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes”-Third Edition (París: OECD Publishing, 2017).
- 3 A menos que se indique lo contrario, todos los equivalentes en dólares estadounidenses a lo largo del informe son estimaciones redondeadas basadas en los Tipos de Cambio Operativos del Tesoro de las Naciones Unidas, utilizando la fecha de cambio del 31 de diciembre de 2022, consultada el 10

- de febrero de 2023, <https://treasury.un.org/operationalrates/OperationalRates.php>
- 4 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, modificada por la Criminal Finances Act de 2017 y la Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, sec. 362B, consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/chapter/2/crossheading/unexplained-wealth-orders> [en adelante, Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada].
 - 5 Id. en sec. 362C.
 - 6 Australia, Ley de ganancias ilícitas de 2002, Recopilación núm. 51, incluye las enmiendas hasta la Ley núm. 13 de 2021, sec. 179A [en adelante, Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada].
 - 7 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, Ley 31/2015, Gaceta del gobierno de Mauricio n.º 122 de 10 de diciembre de 2015, modificada por la Ley n.º 13 de 2019, la Ley n.º 5 de 2020 y la Ley n.º 15 de 2022, sec. 16(1) [en lo sucesivo, Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada].
 - 8 Zimbabue, Statutory Instrument 246 of 2018, Presidential Powers (Temporary Measures) (Amendment) Regulations, 2018, Chapter IIIA, Section 37A-37O; Zimbabue, Parliament, Money Laundering and Proceeds of Crime Amendment Bill, H.B. 4, 2019.
 - 9 The Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act, Act No 8 of 2019 (2019), consultado el 14 de diciembre de 2022, <https://www.tparliament.org/publication/the-civil-asset-recovery-and-management-and-unexplained-wealth-act-2019/>. Véase también ["Fact Sheet on the Civil Asset Recovery and Management Unexplained Wealth Bill," Trinidad and Tobago Government News](#).
 - 10 Proceeds and Instrumentalities of Crime Act 2019–17 (2019), secs. 135–39, consultado el 14 de diciembre de 2022, <https://barbadosfiu.gov.bb/wp-content/uploads/2019/10/Proceeds-Instrumentalities-of-Crime-Act-2019-17.pdf>
 - 11 Martin Kenney, "Canada Can Learn from U.K. on How to Crack Down on Money Laundering", Toronto Star, 8 de julio de 2019, <https://www.thestar.com/opinion/contributors/2019/07/08/canada-can-learn-from-uk-on-how-to-crack-down-on-money-laundering.html>; "Unexplained Wealth Orders: Should Canada Adopt the UK's Weapon against Money Laundering and Foreign Political Corruption?", Global Investigations Review, 13 de marzo de 2019, <https://globalinvestigationsreview.com/article/1188700/unexplained-wealth-orders-should-canada-adopt-the-uk%E2%80%99s-weapon-against-money-laundering-and-foreign-political-corruption>; Hamid Sharif, managing director, Compliance, Effectiveness and Integrity, Asian Infrastructure Investment Bank, "OECD Nations Should Criminalize the Unexplained Wealth of Politically Exposed Persons", Global Anticorruption Blog, 5 de diciembre de 2018, consultado el 20 de febrero de 2020, <https://globalanticorruptionblog.com/2018/12/05/oecd-nations-should-criminalize-the-unexplained-wealth-of-politically-exposed-persons/#more-12575>.
 - 12 Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n (2020) e.K.L.R. (S.C.K.), Petición n.º 21 de 2019.
 - 13 Los recursos NCB no existen en todas las jurisdicciones.
 - 14 Jean Pierre Brun y otros, "Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets" (Washington, DC: Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) del Banco Mundial y la UNODC, 2015).
 - 15 Véase Jean-Pierre Brun y otros, "Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners", 2ª ed. (Washington, DC: Banco Mundial, 2021), <https://star.worldbank.org/resources/asset-recovery-handbook-guide-practitioners-second-edition> [en adelante ARH2] en 14–19 para un análisis del importante tema de las consideraciones que guían cada opción.
 - 16 Véase ARH2, cap. 1.
 - 17 Véase, por ejemplo, Mat Tromme, "Waging War against Corruption in Developing Countries: How Asset Recovery Can Be Compliant with the Rule of Law", Duke Journal of Comparative and International Law 29, n.º2 (primavera de 2019): 165–234 en 175–76; ARH2 en 8–11.
 - 18 ARH2 en 8–9.
 - 19 Idem; Tromme, "Waging War against Corruption in Developing Countries", en 176.
 - 20 Tromme, "Waging War against Corruption in Developing Countries", en 181.
 - 21 ARH2 en 9–10.
 - 22 Id. en 10–11.
 - 23 Véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003, arts. 54–57; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000, arts. 13–14.
 - 24 ARH2 en 268–70, 307–22.
 - 25 Véase, por ejemplo, Kevin M. Stephenson et al., "Barriers to Asset Recovery" (Washington, DC: Grupo del Banco Mundial, Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados [StAR], 2011) [en adelante StAR "Barriers to Asset Recovery", 2011]; Consejo de Europa, "Reversal of the Burden of Proof in Confiscation of the Proceeds of Crime: A Council of Europe Best Practice Survey" (Best Practice Survey No. 2), PC-S-CO (2000) 8 Rev (Estrasburgo, 25 de mayo de 2000) en 4–5.

- 26 Véase Ben Clarke, "Confiscation of Unexplained Wealth: Western Australia's Response to Organized Crime Gangs," *South African Journal of Criminal Justice* 15, no. 1 (2002) at 69 (and sources cited therein).
- 27 Véase Theodore S. Greenberg y otros, "Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture" (Washington, DC: Banco Mundial, 2009) en 1 (en adelante, StAR A Good Practices Guide for NCB Asset Forfeiture 2009) y Tromme, "Waging War against Corruption in Developing Countries" en 177.
- 28 Véase ARH 2 en 15; Larissa Gray y otros, "Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery" (Washington, DC: Banco Mundial y OCDE, 2014) en 41, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20002>; Tromme, "Waging War against Corruption in Developing Countries" en 177.
- 29 Véase, por ejemplo, StAR "A Good Practices Guide for NCB Asset Forfeiture 2009"; StAR "Barriers to Asset Recovery", 2011.
- 30 StAR "Barriers to Asset Recovery", 2011 en 3.
- 31 StAR "Barriers to Asset Recovery", 2011 en 67 ("Incluso cuando se acepta el decomiso NCB, la cooperación internacional en estos casos puede ser un reto porque los sistemas varían significativamente, tanto en la identificación del tribunal (civil o penal) como en los elementos procesales y sustantivos, tales como el estándar de prueba (equilibrio de probabilidades, más allá de toda duda razonable o íntima convicción)").
- 32 StAR "Barriers to Asset Recovery", 2011 en 3, 92–93.
- 33 Hoja informativa: "Unexplained Wealth Order Reforms", gobierno del Reino Unido (4 de marzo de 2022) en 4, consultado el 3 de enero de 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/economic-crime-transparency-and-enforcement-bill-2022-overarching-documents/factsheet-unexplained-wealth-order-reforms-web-accessible>.
- 34 Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.).
- 35 Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n (2019) e.K.L.R. (S.C.K.), Recurso civil n.º 184 de 2018.
- 36 Véase, por ejemplo, Paul Olanitan, "Unexplained Wealth Orders...Why Nigerians Should Take Careful Note of This New UK Law", *Prompt News Online*, 11 de febrero de 2018, consultado el 18 de febrero de 2020, <https://promptnews.com/unexplained-wealth-orders-why-nigerians-take-careful-note-new-uk-law/>; véase también Francis Ndubuisi, "Nigerians with Property in UK Panic over New Law", *This Day*, 12 de febrero de 2018, consultado el 20 de abril de 2020, <https://www.thisdaylive.com/index.php/2018/02/12/nigerians-with-property-in-uk-panic-over-new-law/>.
- 37 Rahmon Olalekan Yussuf, "Anti-Money Laundering Framework in Nigeria: An Umbrella with Wide Leakage", *Journal of Law, Policy and Globalization* 66 (2017) en 172–77.
- 38 Duncan E Omondi Gumba, "Kenia debe hacer algo más que encontrar el dinero", blog del Instituto de Estudios de Seguridad, 18 de junio de 2019, consultado el 20 de febrero de 2020, <https://issafrica.org/iss-today/kenya-must-do-more-than-just-find-the-money> ("En otro frente de la ofensiva diplomática de Kenyatta, altos funcionarios de seguridad viajaron a Londres en 2018 en un intento de repatriar la riqueza injustificada que los kenianos tienen en el Reino Unido. 'Kenia quiere explotar la legislación de "riqueza injustificada" del Reino Unido para recuperar el dinero', dijo el director de la Fiscalía Pública de Kenia, Noordin Haji").
- 39 CNUCC, Artículo 20; véase también, por ejemplo, Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), Artículo IX; Unión Africana (UA), Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (AUCPCC), Artículo 8; Lindy Muzila et al., "On the Take" en la tabla 2.1 y en el apéndice A.
- 40 Andrew Dornbierer, "Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth" (Basilea, Suiza: Instituto de Basilea sobre la Gobernanza, 2021) en 44–45.
- 41 Id. en 120–52.
- 42 StAR "Penalización del enriquecimiento ilícito" 2012 en 53–55.
- 43 Véase, por ejemplo, EE. UU., Senado, Congressional Record, Vol. 146, No. 100, S7809 (2000) ("Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito establecido en el artículo IX de la Convención hace recaer la carga de la prueba en el acusado, lo que es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico estadounidense."); Canadá, Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), Signatarios y Ratificaciones (1996), Declaración de Entendimiento del Artículo IX, Enriquecimiento Ilícito, consultado el 5 de enero de 2023, https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp ("Como el delito contemplado por el Artículo IX sería contrario a la presunción de inocencia garantizada [sic] por la Constitución de Canadá, Canadá no implementará el Artículo IX").
- 44 Véase, por ejemplo, StAR "Criminalizing Illicit Enrichment" 2012 en 2 (menciona ejemplos como Rumanía y Brasil); Leonid Antonenko, "Why Ukraine Should Abandon Efforts to Criminalize Illicit Enrichment", blog del Atlantic Council, 18 de marzo de 2019, consultado el 21 de abril de 2020, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/why-ukraine-should-abandon-efforts-to-criminalize-illicit-enrichment/> (en el que se analiza el ejemplo de Rumanía, donde el enriquecimiento ilícito no está tipificado como delito, sino que "está sujeto a responsabilidades disciplinarias, civiles y fiscales", como "perder la titularidad de activos en litigio que están siendo embargados en un tribunal

- civil”). Para la investigación más reciente sobre el tema, véase Dornbierer, “Illicit Enrichment”, en 23, 44–45 (donde se analiza que, aunque la gran mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito son de naturaleza penal, algunas son de naturaleza civil o administrativa).
- 45 Dornbierer, “Illicit Enrichment” en 48–49 (citando Lituania: Ley de Aprobación y Entrada en Vigor del Código Penal 26 de septiembre de 2000 No VIII-1968 (modificada 21 de noviembre de 2017 No XIII-791) (Lituania), Artículo 189(1); Bolivia: Ley De Lucha Contra La Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación De Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” (Ley No 004 de 31.03.2010) (Bolivia), Artículo 28. Dornbierer añade: “aunque este régimen viene con una condición adicional, a saber, que si se apunta a una persona privada, se requiere que el fiscal demuestre además que el enriquecimiento ilícito “afectó” a los activos del estado”).
- 46 Véase STAR “Penalización del enriquecimiento ilícito”, 2012 en xiii. Véase también Dornbierer, “Illicit Enrichment”, en 44–45.
- 47 Jeffrey R. Boles, “Criminalizar el problema de la riqueza injustificada: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations”, New York University Journal of Legislation and Public Policy 17, no. 4 (2014) en 852–853. Véase también StAR “Criminalizing Illicit Enrichment”, 2012 en xiii y en 13.
- 48 Dornbierer, “Illicit Enrichment”, en 119.
- 49 Reino Unido, Ministerio del Interior y Tesoro de SM, “Action Plan for Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Finance”, abril de 2016, consultado el 5 de enero de 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/action-plan-for-anti-money-laundering-and-counter-terrorist-finance>.
- 50 Véase Reino Unido, Ministerio del Interior y Tesoro de SM, Plan de acción, párr. 2.33; Olivia English, “Unexplained Wealth Orders or an Illicit Enrichment Offence?”, Lexology, Bright Line Law, 23 de mayo de 2019, consultado el 25 de febrero de 2020, <https://brightlinelaw.co.uk/unexplained-wealth-orders-or-an-illicit-enrichment-offence/>.
- 51 Dornbierer, op. Cit., en 28–29, 79.
- 52 Véase, por ejemplo, Australia, Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, “Inquiry into the Legislative Arrangements to Outlaw Serious and Organised Crime Groups”, agosto de 2009, en 7–33 (el capítulo 2 ofrecía una “visión general de la delincuencia grave y organizada en Australia”, incluidos algunos de los datos recopilados sobre el problema; en los capítulos siguientes se abordaba la forma en que la legislación vigente se había enfrentado a este problema y si eran necesarios nuevos enfoques); Reino Unido, Ministerio del Interior, “Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Impact Assessment”, 20 de junio de 2017, en 4 (“Evidence Base”), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/621205/Impact_Assessment_-_UWOs.pdf. El Reino Unido realiza periódicamente evaluaciones de impacto. Para una evaluación más reciente de las UWO, véase, por ejemplo, Ministerio del Interior del Reino Unido, “Reforms to Unexplained Wealth Orders (Economic Crime Bill 2022)”, 12 de marzo de 2022, en 3 (“Evidence Base”), <https://bills.parliament.uk/publications/45474/documents/1584>.
- 53 Véase, por ejemplo, Australia, Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, Inquiry at 101 (see para. 5.23), 106–7 (para. 5.29), 109 (para. 5.50), 110 (paras. 5.52, 5.53), 114 (para. 5.66, última viñeta).
- 54 Esta es la descripción de la Criminal Finances Act 2017 proporcionada por el Ministerio del Interior del Reino Unido en el sitio web oficial Gov.UK, Criminal Finances Act 2017, consultado el 6 de abril de 2020, <https://www.gov.uk/government/collections/criminal-finances-act-2017>.
- 55 El gobierno realizó estudios y contó con la participación activa de la sociedad civil. Véase, por ejemplo, Ministerio del Interior del Reino Unido, “Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Impact Assessment”; Reino Unido, National Crime Agency, “How We Work-How We Tackle Illicit Finances”, consultado el 6 de julio de 2020, <https://nationalcrimeagency.gov.uk/what-we-do/how-we-work/how-we-tackle-illicit-finances>.
- 56 Ministerio del Interior británico, “Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Impact Assessment”.
- 57 Véase, por ejemplo, Transparency International UK, “Faulty Towers: Understanding the Impact of Overseas Corruption on the London Property Market”, marzo de 2017, en 1, “Key Findings”; véase también Louise Story, “Inside the Towers of Secrecy”, New York Times, 19 de febrero de 2015, <https://www.nytimes.com/times-insider/2015/02/19/inside-the-towers-of-secrecy/> (similar para Estados Unidos).
- 58 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 11. En comparación, Mauricio no expresó preocupaciones relacionadas con los funcionarios corruptos extranjeros, ya que la UWO en Mauricio sólo se aplica a los ciudadanos de Mauricio.
- 59 Véase, por ejemplo, Ministerio del Interior británico, “Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Impact Assessment”.
- 60 Véase Western Australia-Criminal Property Confiscation Act 2000 (WA); Northern Territory-Criminal Property Forfeiture Act 2002 (NT).
- 61 Australia, Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, “Inquiry into the Legislative Arrangements to Outlaw Serious and Organised Crime Groups”, agosto de 2009, en 111 (véanse los párrafos 5.56–5.57).

- 62 Australia, Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, Inquiry en 108–11.
- 63 Véase Australia, Unexplained Wealth Legislation Amendment Act 2018, n.º 126, 2018, An Act Relating to the National Cooperative Scheme on Unexplained Wealth, and for Related Purposes, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00126>.
- 64 Australia, Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, en 108–11. En Irlanda, véase, por ejemplo, el informe de Booz Allen Hamilton para el Departamento de Justicia de EE. UU., en 3.2.2 Ireland/Background, 122–23 [en lo sucesivo, Informe BAH].
- 65 Véase el informe BAH en 123.
- 66 En Irlanda, la violencia contribuyó a facilitar la aprobación de la legislación reforzada sobre los ingresos provenientes del delito. Véase, por ejemplo, BAH Report en 122–23.
- 67 Véase, por ejemplo, G20, Documento de la Cumbre de Seúl, 2010, en párr. 39, consultado el 23 de abril de 2020, <https://www.oecd.org/g20/summits/seoul/Seoul-Summit-Documnt.pdf>; OCDE, Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales, <http://www.oecd.org/tax/transparency/>.
- 68 Véase, por ejemplo, GAFI, "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation" (París: GAFI, 2012–2019), www.fatf-gafi.org/recommendations.html, Rec. 24–25; Reino Unido, Federico Mor, Registers of Beneficial Ownership (Biblioteca de la Cámara de los Comunes, Briefing Paper 8259, 7 de agosto de 2019).
- 69 Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, "Luxembourg Leaks"; "Panama Papers"; "Paradise Papers".

2 Desarrollo de marcos de UWO

Variaciones entre países y principales elementos de su diseño

Tal y como se expone en el capítulo 1, los sistemas de UWO tienen como objetivo detectar la riqueza injustificada y, en una etapa dada, trasladar la carga de presentar pruebas para explicar la discrepancia entre las fuentes legítimas de ingresos y la riqueza aparente a la persona demandada. Más allá de esto, existe una gran diversidad en los sistemas de UWO. En el apartado 2.1 de este capítulo se presenta una visión general de determinados sistemas de UWO: los de Australia, Kenia, Mauricio y el Reino Unido, cada uno de ellos único. En el apartado 2.2 se describen algunos sistemas alternativos con elementos similares: Colombia, Irlanda, Singapur y Suiza. Dado que estos sistemas hacen uso de presunciones y otras características comunes a las UWO, su experiencia sirve de contexto. El objetivo de este capítulo es presentar estas variantes y sus principales características para facilitar la comparación.

Tras trazar las líneas maestras de algunos sistemas de UWO, la sección 2.3 analiza en mayor profundidad los diseños y elementos específicos de las UWO, centrándose en las opciones elegidas y sus implicaciones. Los aspectos examinados incluyen el alcance de las personas cubiertas (todos, sólo ciudadanos, aquellos con vínculos con el delito, PEP, personas físicas o jurídicas o ambas), el alcance temporal (límites temporales, retroactividad y cuestiones *ex post facto*), los activos cubiertos (umbrales de valor y relación entre persona, activos y delito), el alcance territorial y los elementos y criterios de prueba.

2.1 Sistemas de UWO por países

En esta sección se examinan en su totalidad las leyes de varios países para discernir las características que han elegido los distintos países y sus implicaciones. Se describen en detalle cuatro sistemas: (a) Reino Unido, (b) Mauricio, (c) Kenia y (d) Australia. Otros países, como Zimbabue y Barbados, que promulgaron disposiciones muy similares, han seguido el planteamiento de la legislación británica en materia de riqueza injustificada; del mismo modo, Trinidad y Tobago promulgó disposiciones que se asemejan al abordaje de la ley federal australiana.

2.1.1 El sistema de UWO del Reino Unido

Aunque en este estudio ya se han mencionado algunas características de la ley británica sobre las UWO, resulta útil en este momento tener una visión general de sus orígenes, disposiciones y consecuencias jurídicas.¹ La ley británica se originó como parte del Plan de Acción de 2016 para contrarrestar los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En virtud de la Ley de Finanzas Criminales de 2017, la UWO se introdujo

como un poder civil y una herramienta de investigación emitida por el Tribunal Superior. Su característica distintiva es que, una vez satisfechos determinados criterios, la carga de la presentación de pruebas se traslada al titular de los activos, que debe explicar el origen de los fondos utilizados para obtener dichos activos (entre otra información relacionada con los activos, según se solicite en la orden).²

Como se indica a continuación, en 2022 se introdujeron algunas modificaciones importantes en la ley.

En el Reino Unido, “una UWO es una herramienta de investigación en virtud de la parte 8 de la Ley de ganancias ilícitas (Proceeds of Crime Act, PoCA) destinada a ayudar a la obtención de pruebas. Está diseñada específicamente para apoyar la construcción de un caso para la recuperación civil en virtud de la parte 5 de la PoCA, pero también puede ser utilizado por otras razones tanto penales como civiles (siempre que exista una base legal para el uso de dicha información)”.³ Como herramienta de investigación, entra en la misma categoría que las órdenes de presentación, las órdenes de allanamiento e interdicción y las órdenes de control de cuentas. “Una UWO proporciona a una autoridad de ejecución la capacidad de exigir a un individuo o empresa que proporcione documentos o información específicos con el fin de establecer si los activos en cuestión se han obtenido legítimamente. Como tal, proporciona un medio alternativo de obtener información y permite considerar la posibilidad de actuar contra personas y sus activos sobre los que se dispone de poca información”.⁴

Cuando se cumplen determinados criterios, una autoridad de aplicación de la ley, como la National Crime Agency (NCA), His Majesty’s Revenue and Customs (HMRC), la Financial Conduct Authority (FCA), el Director de la Serious Fraud Office (SFO) o el Director of Public Prosecutions (DPP), puede presentar una solicitud ante el tribunal.⁵ En primer lugar, la ley UWO del Reino Unido se aplica a dos categorías de demandados: (a) personas extranjeras políticamente expuestas (PEP que no sean del Reino Unido o del Espacio Económico Europeo, EEE) o sus familiares o allegados; y (b) personas sobre las que existan “motivos razonables para sospechar que... el demandado está o ha estado implicado en un delito grave” o que “una persona relacionada con el demandado está o ha estado implicada en dicho delito”.⁶

Además, se aplica a “cualquier activo” si el tribunal está convencido de que existen motivos razonables para creer que el demandado posee el activo, que el valor del activo es superior a £50.000 (US\$60.200) y que “existen motivos razonables para sospechar que... las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado habrían sido insuficientes” para que el demandado obtuviera el activo.⁷ El vínculo necesario con el delito son “motivos razonables” para creer, más débiles que para otras órdenes, como ilustra el recuadro 2.1 con su definición de motivos razonables para creer según la legislación británica.

En general, en el Reino Unido no existe un plazo específico para solicitar una UWO, ya que se trata de un instrumento de investigación y no de la base para una orden de decomiso.⁸ En caso de que las pruebas obtenidas mediante una UWO conduzcan finalmente a una orden civil de decomiso en virtud de la legislación británica en materia de decomiso NCB, el plazo de prescripción civil establece que los procedimientos deben iniciarse en un plazo de 20 años a partir de la fecha en que se originó la causa de la acción, es decir, cuando se adquirió el patrimonio injustificado.⁹

Una vez emitida, la UWO exige a los demandados que expliquen su legítima propiedad de los activos y los medios por los que los obtuvieron. En particular, los demandados deben presentar una declaración sobre la naturaleza y el alcance de su interés en la propiedad, explicar cómo la obtuvieron, exponer los detalles de la liquidación si la propiedad está en manos de fideicomisarios y proporcionar otra información o documentos relativos a la propiedad.¹⁰ Desde la perspectiva de las autoridades existen dos ventajas notables: (a) no es necesario demostrar que el demandado cometió un delito o recibió ganancias; y (b) a diferencia de una orden de presentación en la que las autoridades deben especificar categorías de documentos, como extractos bancarios

Recuadro 2.1. Reino Unido: definición de “motivo razonable para creer”

Para la condena penal se requiere una prueba más allá de toda duda razonable. Para el decomiso civil se requiere una prueba sobre la base de un equilibrio de probabilidades. Para las UWO el Tribunal Superior exige motivos razonables para creer que (a) el demandado posee los activos, (b) el valor de los activos es superior a £50.000 y (c) existen motivos razonables para sospechar que las fuentes lícitas de ingresos son insuficientes para justificarlos.

“Una prueba de ‘causa razonable para creer’ no es lo mismo que cumplir con la carga de la prueba, ya sea en el ámbito civil o penal. Pero sí requiere motivos objetivamente razonables para la creencia declarada.”^a

“Los motivos razonables para creer un hecho primario, como que la persona investigada se ha beneficiado de su conducta delictiva, o ha cometido un delito de blanqueo de capitales, no implican probar que ha hecho tal cosa, ya sea según el estándar de prueba penal o civil.”^b

“La prueba no se refiere a la prueba, sino a la existencia de motivos (razones) para creer (pensar) algo, y a la razonabilidad de esos motivos. El debate sobre el nivel de prueba exigido, como el que se llevó a cabo en cierta medida en los tribunales inferiores, es inadecuado porque la prueba no exige que se demuestre el hecho principal. Sólo pide que el solicitante demuestre que se cree que existe, y que hay motivos objetivamente razonables para esa creencia.”^c

Por lo tanto, debe existir alguna base objetiva para la sospecha basada en hechos, información o inteligencia.

Nota: EWCH = England and Wales High Court (Chancery Division).

a Reino Unido, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [25] (Eng).

b Reino Unido, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC [25] (Eng) (citando Assets Recovery Agency (*ex parte*) (Jamaica) [2015] UKPC 1 [19], [2015] 85 WIR 440).

c Reino Unido, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC [25] (Eng) (citando Assets Recovery Agency (*ex parte*) (Jamaica) [2015] UKPC 1 [19], [2015] 85 WIR 440).

o correspondencia y plazos concretos, la UWO exige que el demandado identifique cualquier categoría, documento y material que pueda explicar el origen del patrimonio.

Si el demandado no cumple los requisitos de una UWO -no responde o responde de forma inadecuada- sin una excusa razonable, se presume que los activos son recuperables en el marco de cualquier acción de recuperación civil posterior.¹¹ Si se inicia un procedimiento de recuperación civil, el demandado puede aportar pruebas para refutar la presunción de que sus activos son recuperables en dicho procedimiento (diagrama 2.1).

Además, aunque la información revelada a través de las UWO puede utilizarse en procesos de recuperación civil separado, en virtud de la PoCA,¹² las declaraciones realizadas en el curso de procedimientos de UWO no pueden utilizarse contra el demandado en un proceso penal.¹³

Por último, el demandado comete un delito distinto cuando la declaración facilitada es materialmente falsa o engañosa, con una pena máxima de dos años de prisión o multa, o ambas, según el caso.¹⁴

Recientemente, el Reino Unido modificó la ley sobre las UWO para abordar las deficiencias percibidas que podrían haber desincentivado el uso de la herramienta.¹⁵ En primer lugar, las modificaciones ampliaron los motivos para obtener una UWO para incluir cuando un tribunal está convencido de que existen motivos razonables para sospechar que “la propiedad se ha obtenido a través de una conducta ilícita”.¹⁶ Esto proporciona un motivo alternativo para demostrar que las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado habrían sido insuficientes para que el demandado obtuviera la propiedad.

En segundo lugar, cuando la propiedad está en manos de una entidad corporativa la ley establece ahora que también se puede solicitar una UWO contra los “funcionarios responsables” de dicha entidad, como directores, socios y quienes actúen como tales, aunque no “tengan posesión” de la propiedad.¹⁷ Las reformas están diseñadas para facilitar la solicitud de UWO contra la propiedad en fideicomiso y otras estructuras de propiedad complejas, como las fundaciones opacas.¹⁸

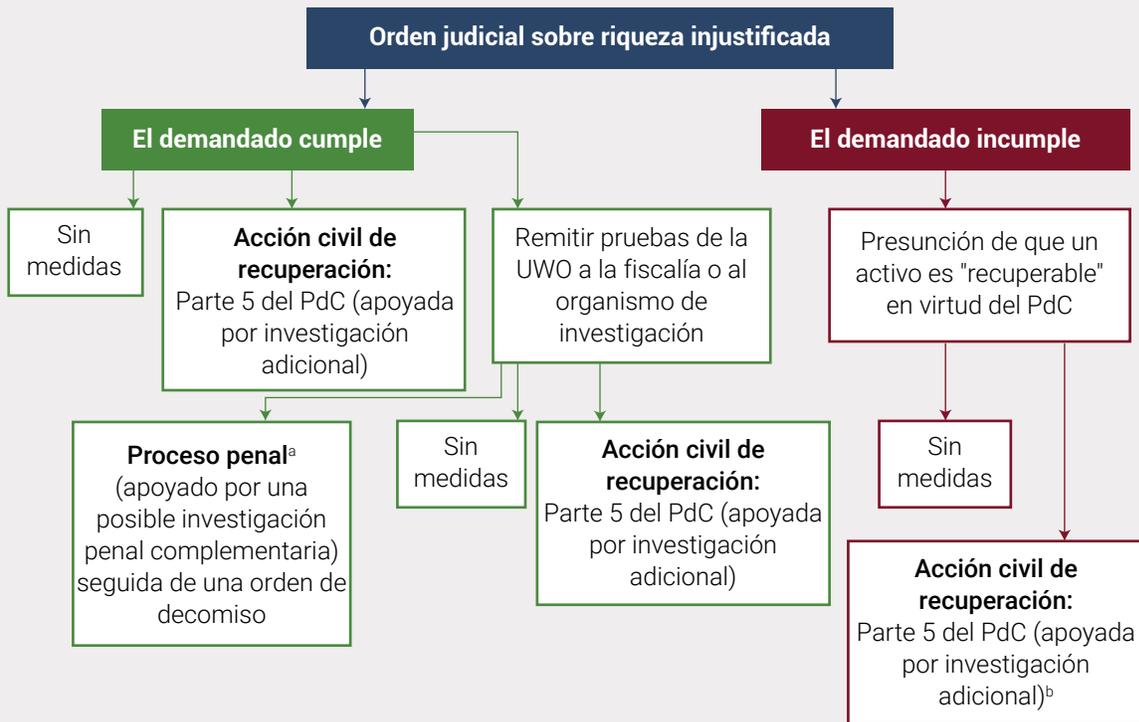
En tercer lugar, la ley amplía el período durante el cual pueden congelarse las propiedades y otros períodos de tiempo determinados en virtud de una UWO mientras las autoridades competentes investigan las presuntas fuentes de riqueza.¹⁹ Este cambio elimina algunos obstáculos al uso de las UWO al aumentar el tiempo de que disponen las autoridades competentes para examinar el material facilitado en respuesta a una UWO.²⁰

Por último, la nueva legislación modifica las normas sobre costas para proteger a los cuerpos y fuerzas de seguridad de incurrir en costes judiciales sustanciales tras una sentencia adversa.²¹

2.1.2 El sistema de UWO de Mauricio

La forma y el funcionamiento de la ley de UWO de Mauricio difieren de la UWO del Reino Unido. La base de la ley de UWO de Mauricio es la Ley de Buena Gobernanza e Informes de Integridad de 2015.²² En primer lugar, para implementar el sistema de UWO, la ley

Diagrama 2.1. Reino Unido: diagrama de flujo de los procedimientos y resultados de la UWO



Fuente: elaborado para esta publicación. Nota: en virtud del artículo 304 de la PoCA, los activos “recuperables” se definen como los activos obtenidos mediante una conducta ilícita. PoCA = Proceeds of Crime Act; UWO = unexplained wealth order.

- a No obstante, véase UK, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362F, en relación con las restricciones a la utilización de declaraciones obtenidas en virtud de UWO en procedimientos penales.
- b El demandado puede aportar pruebas para refutar la presunción de que sus activos son recuperables en el procedimiento de recuperación civil.

estableció dos nuevos organismos especializados, la Agencia de Servicios de Informes de Integridad (la Agencia) y la Junta de Informes de Integridad. Esto crea un proceso de revisión de dos niveles antes de que se pueda solicitar una UWO ante el Juez de Sala. En segundo lugar, la ley sólo autoriza las confiscaciones a ciudadanos mauricianos y de sus activos. A pesar de esta limitación, la Agencia puede presentar una solicitud legal de información a cualquier persona²³ —mauricana o no mauricana— y el tribunal puede determinar si los activos de un no mauricano, que son la fuente o parte de la fuente de los fondos de los activos de un mauricano, constituyen “riqueza injustificada”.²⁴ En tercer lugar, no se requiere ningún vínculo con el delito.

Por lo general, el procedimiento comienza con la Agencia, que recibe informes de riqueza sospechosa e injustificada de las fuerzas del orden, las autoridades reguladoras civiles o “cualquier otra persona”.²⁵ A continuación, la Agencia investiga detenidamente los informes, tratando de corroborar la información. A continuación, la Agencia puede solicitar a una persona que explique el origen de fondos sospechosos utilizados para adquirir, poseer o controlar cualquier activo.²⁶ Si no recibe respuesta, la Agencia está obligada a solicitar a un juez una orden de divulgación y, si la orden no se cumple, el activo se considera automáticamente riqueza injustificada.²⁷ Si se recibe respuesta, una vez que la Agencia ha completado sus investigaciones, envía un informe a la Junta de Informes de Integridad, independiente e imparcial, que decide qué medidas deben adoptarse y si debe presentarse una solicitud de orden de divulgación a un funcionario judicial.

Si la Agencia solicita una orden de riqueza injustificada a un funcionario judicial (el Juez de Instrucción), debe especificar los motivos razonables para sospechar que una persona ha adquirido riqueza injustificada. Por “riqueza injustificada” se entienden los activos que son desproporcionados en relación con los emolumentos y otros ingresos de una persona y que no pueden justificarse satisfactoriamente. Se incluyen todo tipo de activos, pero la riqueza injustificada debe tener un valor superior a 10 millones de MUR (US\$227.800) (o 2,5 millones de MUR [US\$57.000] en el caso de incautaciones de efectivo durante una investigación penal) y haber sido adquirido en los últimos siete años (véase el recuadro 2.2). Con arreglo a la legislación mauricana, la carga de la prueba se desplaza: corresponde al demandado demostrar, mediante un equilibrio de probabilidades, que los activos no constituyen un patrimonio injustificado.²⁸

Si el funcionario judicial concluye que el demandado posee un patrimonio injustificado, dictará una UWO o una orden para el pago de su equivalente monetario. Además, una persona comete un delito separado cuando la revelación que se proporciona es falsa, maliciosa o vejatoria y se expone en caso de condena a multas y penas de prisión de hasta un año. Esta disposición también se aplica a personas que informan falsamente que otros poseen un patrimonio injustificado.²⁹

2.1.3 El sistema de “activos injustificados” de Kenia

El sistema de Kenia difiere de los de Mauricio y el Reino Unido. La ley de “activos injustificados” de Kenia se enmarca en su Ley de Lucha contra la Corrupción y los Delitos Económicos (ACECA) de 2003, que fue ratificada por el más alto tribunal de Kenia en 2020.³⁰ Sólo las autoridades anticorrupción de Kenia (actualmente la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción; EACC) tienen potestad para investigar e iniciar

Recuadro 2.2. Orden de riqueza injustificada de Mauricio: condiciones y norma

Elementos. Para cumplir las condiciones de una orden de patrimonio injustificado, la riqueza o los activos deben cumplir los siguientes criterios:

- desproporción con los emolumentos y otros ingresos;
- no puede explicarse adecuadamente;
- un valor superior a 10 millones de MUR (US\$227.800) o a 2,5 millones de MUR en el caso de incautaciones de dinero en efectivo (US\$57.000); y
- adquirida en los últimos siete años.

Norma de prueba: el demandado debe demostrar, mediante un balance de probabilidades, que la propiedad no es una riqueza injustificada.

Fuente: Elaborado para esta publicación.

procedimientos de recuperación sobre la base de activos injustificados.³¹ La EACC está compuesta por determinados funcionarios encargados de la aplicación de la ley y de la política, así como por abogados.

La ley keniana exige una sospecha razonable de corrupción o delitos económicos y traslada la carga de la prueba al demandado. En primer lugar, la EACC debe demostrar que el demandado posee activos cuyo valor es desproporcionado en relación con sus fuentes legítimas de ingresos conocidas y para los que no se ha dado ninguna explicación satisfactoria. Una vez que la EACC ha cumplido esta obligación a satisfacción del tribunal, la carga de la prueba se traslada al demandado para que demuestre al tribunal que los activos se adquirieron de una forma que no haya sido una conducta corrupta.

El procedimiento comienza cuando la EACC observa una “desproporción” entre el patrimonio de una persona y “sus fuentes legítimas de ingresos conocidas” y “sospecha razonablemente [de la persona] de corrupción o delito económico”. El diagrama 2.2 ilustra cómo se cumplió el primer paso (mostrar los activos injustificados que posee un funcionario público) en un reciente caso emblemático en Kenia.³²

A continuación, la EACC debe emitir una notificación exigiendo explicaciones a la persona. La notificación debe contener (a) el período de investigación en el que la persona era sospechosa de corrupción; (b) una lista de los activos sospechosos y cuándo fueron adquiridos; y (c) la notificación exigiendo una explicación sobre la forma en que se adquirieron los activos. La persona debe “proporcionar, en un plazo razonable especificado en la notificación, una declaración por escrito” sobre los “activos especificados” “indicando, en relación con cualquier activo que se haya adquirido en el momento de la sospecha de corrupción o delito económico o en torno a él, si el activo se adquirió mediante compra, donación, herencia o de alguna otra forma, y qué contraprestación, en su caso, se dio por el activo”.³³ Si la persona no proporciona una declaración, la EACC puede seguir

adelante, ya que se considera que no ha dado una explicación satisfactoria.

Si, tras esta investigación, y después de dar a la persona “una oportunidad razonable de explicar la desproporción entre los activos en cuestión y sus fuentes legítimas de ingresos conocidas”, la EACC sigue sin estar satisfecha con la explicación y sigue opinando que la persona tiene activos injustificados, la EACC debe solicitar al tribunal el decomiso de los activos injustificados.³⁴

En esta fase, la carga de la prueba recae en la EACC. La EACC debe aportar pruebas de que el demandado posee activos injustificados, y el demandado tiene derecho a impugnar las pruebas y a interrogar a los testigos. El criterio es el equilibrio de probabilidades. Una vez que el tribunal considere que la EACC ha cumplido su obligación, la carga de la prueba se traslada al demandado.

Si al concluir el procedimiento civil de decomiso, el tribunal no está convencido, según un equilibrio de probabilidades, de que todos los activos se adquirieron “de otra manera

Diagrama 2.2. Kenia: Comisión Anticorrupción contra Stanley Mombo Amuti (2020)



Fuente: elaborado para esta publicación. Nota: los importes monetarios se expresan en chelines kenianos (K Sh).

a Estimaciones basadas en hechos comunicados en la decisión de 2011; véanse los casos para más detalles sobre cualquier modificación de las cifras.

que como resultado de una conducta corrupta”, puede ordenar el pago de esa cantidad equivalente.

La ley prohíbe el uso de la información obtenida del sospechoso en respuesta a la notificación en procedimientos penales, protegiendo así contra la autoincriminación.³⁵ Sin embargo, el acta (resultado) del procedimiento civil es admisible como prueba en procedimientos penales.

2.1.4 El sistema de UWO de Australia

En 2010, Australia introdujo una UWO en su ley de 2002 sobre ingresos provenientes del delito con su Ley de Enmienda de la Legislación sobre Delitos (Delincuencia Grave y Organizada) de 2010 (la Ley de la Commonwealth), que establece el requisito de que, en determinadas circunstancias, se traslade al demandado la carga de demostrar que el patrimonio no procede de determinados delitos.³⁶ La UWO de Australia se aplica en la medida en que una “persona no pueda convencer al tribunal [de que el patrimonio de la persona] no procede ni se ha obtenido, directa o indirectamente, de determinados delitos”,³⁷ vinculando así indirectamente la riqueza al producto del delito en todos los casos. Trinidad y Tobago ha adoptado una ley muy similar a la de Australia. Aunque Australia tiene un sistema federal y algunos sistemas de UWO son aplicables en diferentes estados, esta discusión se centra en el sistema nacional.³⁸

La ley australiana puede aplicarse contra cualquier persona, independientemente de su condición política, y la responsabilidad de iniciar un procedimiento recae en el Comisario de la Policía Federal Australiana y en el Director de la Fiscalía de la Commonwealth, o en sus delegados. La UWO consta de tres fases: interdicción, preliminar y final. El procedimiento suele comenzar con la solicitud de una “orden de interdicción de riqueza injustificada”, para preservar los activos. Para obtener una orden de interdicción de riqueza injustificada, el tribunal debe tener la certeza de que existen motivos razonables para sospechar que el patrimonio total de la persona supera el valor de su patrimonio adquirido legalmente, y que la persona ha cometido determinados delitos o que parte de su patrimonio procede de determinados delitos. El juez puede rechazar la solicitud de una orden de interdicción UWO si está convencido de que no existen motivos razonables para sospechar que la riqueza injustificada de la persona supera los \$A100.000 (US\$67.600) o decide que no es de interés público.³⁹ Una vez que las autoridades alcanzan el umbral en la etapa de interdicción, la autoridad de procedimientos penales no está obligada a probar que el sospechoso ha cometido un delito o que alguna parte de su riqueza se ha derivado de ciertos delitos para obtener una UWO preliminar.

El siguiente paso es la UWO preliminar (aunque en la práctica suele producirse simultáneamente con la UWO de interdicción). Las autoridades que presentan la solicitud ante un tribunal deben convencer a éste de que un “funcionario autorizado” tiene “motivos razonables para sospechar que la riqueza total de una persona excede [la que] fue adquirida ilícitamente”.⁴⁰ La UWO preliminar lleva a una persona ante el tribunal para una vista en la que el tribunal decidirá si se emitirá una UWO. Una vez que la fiscalía demuestra motivos razonables para sospechar que el patrimonio total del demandado supera su patrimonio adquirido legalmente, la carga de la prueba se traslada al demandado para que presente pruebas que convencan al tribunal de que la riqueza injustificada no procede de determinados delitos. Si el tribunal “no está convencido de que la totalidad o parte del patrimonio de la persona” no procede de determinados delitos, el tribunal llegará a la fase final y emitirá la UWO.⁴¹

Con respecto a la orden final, el juez puede ejercer su discreción para rechazar la orden si el valor es inferior a \$A100.000 (US\$67.600) o si decide que una UWO no es de interés público.⁴² Si se emite la UWO, exigirá el pago de la riqueza injustificada o su valor equivalente.

2.2 Alternativas a los sistemas de UWO

Son relativamente pocas las jurisdicciones que cuentan con una UWO o un sistema muy similar. Dicho esto, la frontera entre estos sistemas y otros puede ser muy fina en algunos casos (por ejemplo, las leyes de enriquecimiento ilícito que son de naturaleza civil). Algunos otros sistemas tienen características similares a las leyes UWO. Además de Irlanda, los ejemplos de Singapur, Suiza y Colombia se destacarán aquí para ilustrar la amplia gama de leyes en diferentes países y su naturaleza híbrida.

2.2.1 Ley reforzada sobre los ingresos provenientes del delito de Irlanda

La Proceeds of Crime Act de Irlanda de 1996⁴³ es un sistema de recuperación sin condena con similitudes y cierta equivalencia funcional con los sistemas de UWO en el sentido de que la carga de presentación se traslada a la persona que posee el patrimonio. Una diferencia es que, para obtener el decomiso, los fiscales deben demostrar que los activos proceden de una actividad delictiva. Además, el tribunal tiene que estar convencido de que existen motivos razonables para creer que el demandado está en posesión o control de activos específicos y que dichos activos constituyen, directa o indirectamente, ingresos provenientes del delito.

Así pues, el sistema de decomiso de Irlanda no requiere una condena penal más allá de toda duda razonable, pero sí exige que se demuestre que los activos son producto del delito. En consecuencia, difiere de las UWO, cuyo objetivo es identificar y confiscar los activos para los que el acusado no demuestra pruebas de origen legítimo.

La similitud con los sistemas de riqueza injustificada se debe a que la carga de la presentación de pruebas recae en el demandado: una vez que los indicios razonables permiten creer o sospechar el origen ilícito de los activos, el tribunal puede exigir al demandado que presente una declaración jurada en la que explique las fuentes de ingresos hasta los últimos 10 años que justifican la posesión o el control de los activos.⁴⁴ La declaración jurada no es admisible contra el demandado en un proceso penal (salvo en caso de perjurio). Pero la falta de respuesta o la presentación de pruebas convincentes que expliquen la posesión legítima de los activos, junto con otras pruebas circunstanciales, ayudarán a los fiscales a justificar y obtener el decomiso NCB. Este sistema irlandés se consideró pionero en el momento de su promulgación, hacia 1996, y atrajo a visitantes de Australia y países europeos y africanos, entre otros, para estudiar su funcionamiento. Irlanda creó un cuerpo especial encargado de hacer cumplir la ley, la Oficina de Activos Delictivos (Criminal Assets Bureau, CAB), para supervisar la recuperación de los ingresos provenientes del delito y los impuestos impagados. El proceso de confiscación suele comenzar cuando la CAB solicita al tribunal el embargo temporal de los activos por considerar que son producto del delito y que su valor supera los €5.000 (US\$5.300).

2.2.2 Alternativas adicionales a las UWO: Singapur, Suiza y Colombia

Estos tres sistemas son mucho más lejanos, pero análogos, ya que se centran en el mismo problema de la riqueza injustificada.

Singapur

En 2018, Singapur promulgó una variación de una UWO penal.⁴⁵ Contiene elementos de un delito de enriquecimiento ilícito, una medida de ingresos derivados del delito y de una orden de riqueza injustificada. La Sección 47AA⁴⁶ de Singapur crea un delito penal cuando una persona no puede explicar satisfactoriamente el origen de ciertos "activos". A diferencia de los delitos de enriquecimiento ilícito basados en la CNUCC, su ámbito de aplicación personal abarca no sólo a los funcionarios públicos, sino a "cualquier persona", incluidas las personas jurídicas. Al igual que algunos sistemas de UWO, el enfoque

de Singapur obliga al acusado a explicar la posesión de activos cuando se cumplen determinadas condiciones previas. El principal requisito es que las autoridades demuestren que hay “sospechas razonables” de que los activos proceden (total o parcialmente y directa o indirectamente) del “tráfico de drogas u otros delitos graves” (incluida la corrupción), cometidos en Singapur o en el extranjero. No existe un umbral mínimo para el valor de los activos. “Vale la pena mencionar también que la prueba de una ‘sospecha razonable’ es significativamente más baja que el estándar civil de carga de la prueba en un equilibrio de probabilidades”.⁴⁷ Las consecuencias jurídicas son multas de más de US\$100.000 y penas de prisión de hasta tres años.⁴⁸ El recuadro 2.3 contiene el texto de la ley.

Suiza

Como reacción al descubrimiento de varios cientos de millones de dólares estadounidenses en bancos suizos de Ferdinand Marcos (destituído del poder en Filipinas en 1986) y millones de dirigentes de otros países durante los disturbios árabes de 2011, Suiza reconoció la necesidad de adoptar un enfoque más proactivo frente a los “activos adquiridos ilícitamente de personas extranjeras políticamente expuestas”.⁴⁹ Así, a lo largo de los años, desarrolló una práctica de recuperación y restitución de activos que se codificó parcialmente en la Ley de Activos Ilícitos Extranjeros (FIAA por las siglas de *Foreign Illicit Assets Act*) de 18 de diciembre de 2015.⁵⁰ El ámbito de aplicación de la FIAA se aplica a las “personas extranjeras políticamente expuestas” y a los “allegados cercanos”.⁵¹ El objetivo es “abordar situaciones en las que líderes extranjeros se han enriquecido, con toda probabilidad, mediante la apropiación indebida de activos a través de la corrupción o de otros delitos graves y transfiriéndolos a otros países”.⁵²

La ley suiza prevé tres funciones: (1) congelación de activos para apoyar la cooperación futura en el marco de los procedimientos de asistencia judicial mutua, (2) confiscación en caso de que fracasen los esfuerzos de asistencia judicial mutua y (3) restitución de los activos confiscados mediante la aplicación de la FIAA. En caso de que los procedimientos de asistencia jurídica mutua no tengan éxito, la función de confiscación de la sección 4 de la ley es similar a los sistemas de UWO, en el sentido de que no requiere una condena penal y aplica una “presunción de origen ilícito” de los activos en determinadas condiciones, lo que hace recaer la responsabilidad sobre la PEP extranjera o sus asociados.⁵³ Según el artículo 15,

(1) Existirá presunción de que los activos son de origen ilícito cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. la riqueza de la persona física que tiene el poder de disposición sobre los activos o que es el beneficiario efectivo de los mismos aumentó desmesuradamente, facilitado por el ejercicio de una función pública por una persona políticamente expuesta extranjera;
- b. el nivel de corrupción en el país de origen o en el entorno de la persona políticamente expuesta extranjera en cuestión era notoriamente alto durante su mandato.

Recuadro 2.3. Texto de la ley de Singapur

11. La Ley CDS se modifica insertando, inmediatamente después del artículo 47, el siguiente artículo:

Poseer o utilizar activos de los que se sospeche razonablemente que proceden del tráfico de drogas, etc.

47AA.—(1) Toda persona que posea o utilice activos de los que pueda sospecharse razonablemente que son, o representan en todo o en parte, directa o indirectamente, beneficios del tráfico de drogas o beneficios de conductas delictivas será culpable de un delito si no explica satisfactoriamente cómo ha obtenido dichos activos.

(2) Toda persona que cometa un delito contemplado en el apartado (1) podrá ser condenada...

(a) si se trata de una persona física, a una multa no superior a 150.000 dólares [111.400 dólares] o a una pena de prisión no superior a 3 años, o a ambas; o

(b) si la persona no es un particular, a una multa no superior a 300.000 dólares [222.700 dólares].

Fuente: República de Singapur, Government Gazette, Serious Crimes and Counter-Terrorism (Miscellaneous Amendments) Act 2018, No. 51 of 2018, consultado el 20 de febrero de 2020, <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/51-2018/Published/20181231?DocDate=20181231>.

(2) Un incremento se considerará desmesurado cuando exista una desproporción significativa, incompatible con la experiencia ordinaria y las circunstancias imperantes en el país, entre los ingresos legítimamente obtenidos por la persona con poder de disposición sobre los activos y el crecimiento del patrimonio de dicha persona.

(3) Esta presunción se invertirá cuando se haya demostrado con una probabilidad abrumadora que los activos en cuestión se adquirieron legítimamente.⁵⁴

Si no se supera esta presunción, y si se combina con otras dos condiciones - a saber, que los activos “estén sujetos al poder de disposición de un [PEP] extranjero o de un asociado cercano de ese individuo, o de los cuales esos individuos sean los beneficiarios efectivos” y “hayan sido congelados por orden del Consejo Federal en previsión de su confiscación”- entonces la consecuencia jurídica es que el “Tribunal Administrativo Federal ordenará la confiscación de los activos”.⁵⁵

Colombia

Al igual que en Suiza, la legislación colombiana en materia de confiscación demuestra que los países de derecho civil pueden establecer sistemas de recuperación de activos que se basen, al menos en parte, en conceptos que también se utilizan en las UWO; a saber, trasladar la carga de la prueba a los acusados una vez que se establece un caso *prima facie* de activos injustificados y permitir la confiscación en ausencia de una condena penal. Otros países de América Latina han promulgado leyes similares.

El sistema de recuperación de activos de Colombia -denominado “extinción de dominio”- es un procedimiento sin condena. En 2002, los legisladores promulgaron la Ley 793 de 2002,⁵⁶ que creó una acción real por la cual el Estado podía solicitar a un tribunal la confiscación de activos independientemente de un proceso penal. Esta ley se adoptó en gran medida como respuesta a los retos a los que se enfrentaban sus leyes anteriores, en virtud de las cuales la incautación y el decomiso de activos no eran totalmente independientes de los procesos penales.⁵⁷ Cabe destacar que, en esta ley, uno de los fundamentos de dicha acción era el “incremento injustificado de la riqueza, en cualquier momento, para el cual no se prevea un origen legal”.⁵⁸ Teniendo en cuenta la inversión de la carga de la prueba para explicar este aumento injustificado de la riqueza, los estudios se han referido a veces al enfoque de Colombia para la recuperación de activos como un sistema de orden de riqueza injustificada,⁵⁹ aunque en realidad es muy diferente de las UWO que son el tema principal de este estudio.

En 2014, la Ley 793 de 2002 fue derogada y sustituida por la Ley 1708 de 2014.⁶⁰ Entre otros cambios, estableció tribunales y fiscales especializados y aumentó el número de causas de decomiso. En particular, se introdujo un cambio en la causal de decomiso de “incremento patrimonial injustificado”: se refería a los activos que “hagan parte de un incremento patrimonial injustificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.” De este modo, un incremento patrimonial injustificado por sí solo ya no es suficiente, pues ahora las autoridades también deben demostrar, aunque con un nivel de prueba bajo, algún vínculo entre los activos y la actividad ilícita.

El sistema colombiano actual procede en dos pasos principales. En primer lugar, hay una fase de investigación previa al juicio durante la cual la fiscalía identifica y rastrea los activos y busca pruebas suficientes para establecer una de las causas de decomiso. A continuación, decide presentar o bien una resolución (que esencialmente pone fin al proceso e implica una notificación oficial del juez de que los activos seguirán perteneciendo a la persona; no obstante, el expediente puede reabrirse si aparece nueva información) o bien una demanda de confiscación de dominio.⁶¹ En segundo lugar, hay una fase de juicio en la que se aplica una “carga dinámica de la prueba”, que hace recaer la carga sobre la parte más capacitada para probar un elemento determinado. En este

proceso, la fiscalía debe demostrar que se cumple uno de los motivos de confiscación y que el demandado no es un tercero de buena fe. El demandado debe probar que estos dos puntos son falsos, demostrando esencialmente el origen lícito de los activos.⁶²

2.3 Principales elementos de los sistemas de UWO existentes

Ahora volvemos a centrarnos en los sistemas de UWO. Pasar de los sistemas nacionales a los distintos elementos del ámbito de aplicación de los sistemas de UWO -personal, temporal, patrimonial y territorial- permite realizar comparaciones informativas, al igual que los procedimientos y las normas de prueba. Cada uno de ellos se aborda sucesivamente con el objetivo de dilucidar las opciones de diseño y evaluar las prácticas comunes, que se destacarán en el capítulo 4.

2.3.1 Personas cubiertas

Vínculo con la delincuencia

Aunque la motivación de los sistemas de UWO es perseguir las ganancias ilícitas, no todos los sistemas de UWO requieren un vínculo con la delincuencia. La ley de Mauricio no exige ningún vínculo delictivo y la ley del Reino Unido no lo exige en el caso de las PEP extranjeras.

Cuando los sistemas añaden especificaciones que exigen un vínculo con una presunta actividad delictiva, suele tratarse de un vínculo indirecto o con un nivel de prueba inferior, o ambas cosas. El sistema británico tiene dos vertientes, una para las PEP y otra para las no PEP. En el caso de los no PEP, la ley UWO se refiere a las personas sobre las que existen “sospechas razonables” de que están implicadas en un delito “grave” (por tanto, un umbral más bajo que la carga de la prueba civil “en el equilibrio de probabilidades”). Del mismo modo, Kenia exige que las autoridades “sospechen” del demandado de “corrupción o delito económico”. Véanse los recuadros 2.4 y 2.5.

La otra vertiente del Reino Unido se centra en las PEP extranjeras (es decir, las que no pertenecen al Reino Unido ni al Espacio Económico Europeo, EEE). Es importante señalar que, en este caso, no se exige que existan motivos razonables para sospechar que existe un vínculo con la delincuencia. Lo único que importa es el estatus: que la persona sea una PEP extranjera con un patrimonio injustificado. El recuadro 2.6 ilustra la sentencia de un tribunal en un caso en el que se impugnó la condición de PEP extranjera.

La ley británica se redactó de este modo porque,

Recuadro 2.4. Caso del Reino Unido: vínculo con el “delito grave”, Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.)

Hechos. La National Crime Agency (NCA) alegó “sospechas razonables”^a de que un demandado era un “facilitador profesional”^b y un “blanqueador de dinero en serie”^c de varios individuos implicados en la delincuencia organizada, y aportó pruebas de que en repetidas ocasiones proporcionó fondos y una residencia a miembros de bandas, financió sus órdenes de confiscación monetaria y a menudo les acompañó a sus juicios penales. Algunas de las propiedades objeto de la orden de riqueza injustificada (UWO) se utilizaban como domicilio de miembros de bandas.

Sentencia. El tribunal consideró que el demandado era razonablemente sospechoso de estar implicado en un delito grave y concedió las UWO.

a Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 [10] (Eng.).

b Id. [102].

c Id. [102].

Recuadro 2.5. Caso de Kenia: vínculo con la corrupción o el delito económico, Kenya Anti-Corruption Comm'n v. Amuti 2017] e.K.L.R. (H.C.K.), anteriormente High Court Civil Suit No. 448 of 2008 (O.S.).

Hechos. Se observó que un demandado poseía diversos activos de gran valor, desproporcionados en relación con su salario, que era su única fuente de ingresos declarada durante el período. Entre ellos figuraban fondos que, según se comprobó, había recibido de contratistas y proveedores del organismo público en el que trabajaba el demandado, por lo que se sospechaba que se trataba de sobornos.

Sentencia. Como procedimiento civil de recuperación, la orden de patrimonio injustificado (UWO) podría proceder sobre la base de la conducta en relación con la propiedad sin identificación de ninguna conducta ilícita en particular.

según se informó, un obstáculo considerable para la recuperación de activos en el Reino Unido eran las dificultades para obtener información y pruebas en casos transfronterizos de funcionarios públicos extranjeros no pertenecientes a la UE, debido a la falta de cooperación plena de otras jurisdicciones. Se hizo hincapié en las PEP extranjeras porque los legisladores británicos consideraron que, en el caso de las PEP del Reino Unido o de otros países del EEE, este obstáculo no existía; es decir, los acuerdos y prácticas existentes en materia de intercambio de información y MLA entre los países de la UE y del EEE ofrecen un sistema suficientemente sólido para recabar información y pruebas.⁶³

En Mauricio, en comparación, el ámbito de aplicación personal del sistema de UWO es en algunos aspectos más amplio y en otros más limitado que los demás. Es más amplio en el sentido de que, según su redacción, técnicamente no es necesario que exista un vínculo con el delito, y más limitado en el sentido de que sólo se aplica a los ciudadanos mauricianos. No obstante, en función de su finalidad subyacente, la ley mauricana se aplica a los activos “sospechosos de ser fruto de un delito”.⁶⁴ Los principales destinatarios son las personas cuyo patrimonio se adquirió de forma ilícita y no las que adquirieron sus activos de forma legítima pero simplemente no llevaron un buen registro. Las condiciones incluyen (a) la naturaleza “desproporcionada” de la propiedad en comparación con los ingresos y (b) que no se pueda “justificar satisfactoriamente”, sin que se requiera un vínculo sospechoso con determinados delitos.⁶⁵

Recuadro 2.6. Caso del Reino Unido: definición de una persona políticamente expuesta en el contexto de una orden de riqueza injustificada, Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 (Eng.).

Hechos. El marido de la demandada ocupaba el cargo de presidente del consejo de administración del Banco Internacional de Azerbaiyán, una institución en la que el Ministerio de Finanzas era accionista mayoritario. La demandada argumentó que el marido no era una persona políticamente expuesta (PEP) porque (a) la participación del Estado en el banco no era suficiente para demostrar que el banco era una empresa estatal; y (b) no se le habían confiado “funciones públicas prominentes”.^a

Sentencia. El tribunal dictaminó que (a) la propiedad estatal de la mayoría de las acciones del banco y el control sobre el mismo lo convertirían en una empresa estatal, señalando que la norma era amplia; y (b) dado que el marido era miembro del órgano de dirección del banco, se le habían encomendado funciones destacadas. El tribunal concluyó que el marido era una PEP y que, por extensión, la demandada también lo era.

a Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 [20] (Eng.).

Vínculo exigido entre persona y delitos: ¿qué delitos?

Cuando la ley exige un vínculo entre una persona y los delitos, se plantea la cuestión de qué delitos y si sólo abarca los delitos lo suficientemente graves como para justificar una determinada severidad de la pena. Al explorar estos matices, el Reino Unido se refiere a “delitos graves”, mientras que Australia se refiere, de forma más amplia, a “infracciones”. Para definir los delitos cubiertos, se remiten -explícita (en el Reino Unido) o implícitamente (en Australia e Irlanda)- a otras leyes, como la Ley de Delitos Graves de 2007 en el Reino Unido o la Ley de Delitos de 1914 en Australia, o al corpus de jurisprudencia. Todos los sistemas del tipo UWO parecen cubrir una amplia gama de delitos, en lugar de establecer un umbral para la gravedad de los delitos cubiertos, excepto en Australia, donde un “delito extranjero perseguible” está sujeto a un umbral, a saber, que el delito sea punible con 12 meses de prisión o más.

¿Qué ocurre con los delitos cometidos en el extranjero? Los sistemas de UWO suelen abarcar los delitos cometidos en el extranjero. En relación con el ámbito territorial, si la presunta actividad delictiva se llevara a cabo en el extranjero (por ejemplo, corrupción en un país extranjero), la UWO sólo se aplicaría si el comportamiento constituyera un delito tanto en el Estado emisor de la UWO como en el Estado extranjero (lo que se conoce como doble incriminación) y si los delitos fueran de un determinado tipo (como en el caso del requisito de corrupción o delitos económicos de Kenia).

Por ejemplo, el Reino Unido y Australia cubren los activos si se sospecha que proceden de un delito extranjero, siempre que la conducta esté tipificada como delito tanto en el Estado emisor de la UWO como en el Estado extranjero. El recuadro 2.7 ilustra algunas variaciones.

¿Qué personas: ciudadanos o todos?

Los países pueden optar por cubrir a todas las personas o sólo a sus propios ciudadanos. La mayoría de los países con UWO cubren a todas las personas. Entre los países estudiados, sólo Mauricio limita el ámbito personal en función de la ciudadanía. Aunque permite solicitar información a los no mauricianos, la confiscación vía UWO sólo se aplica a los ciudadanos de Mauricio. Esto suscitó tanto preguntas como preocupaciones. Por ejemplo, el Consejo de Informes de Integridad estudió un caso de doble nacionalidad, una persona que era a la vez mauriciana y francesa, y decidió que la ley debía aplicarse, ya que la ciudadanía francesa adicional no cambia el hecho de que la persona es realmente un ciudadano mauriciano.⁶⁶

Otra cuestión puede plantearse en el caso de parejas casadas, una de las cuales es ciudadana y la otra no. Como han preguntado algunos parlamentarios: ¿podría la pareja

Recuadro 2.7. Requisitos para establecer un vínculo con la delincuencia: Reino Unido, Australia y Kenia**Reino Unido**

Las disposiciones de la orden de riqueza injustificada (UWO) cubren los "delitos graves". Para esta definición, el Reino Unido se remite a otra ley británica, la Ley de Delitos Graves de 2007 (Serious Crime Act 2007),^a que abarca numerosos delitos, como el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, el fraude, los delitos relacionados con los ingresos públicos (es decir, determinados delitos fiscales), el soborno y la delincuencia organizada.^b También abarca los delitos graves cometidos fuera del Reino Unido y, en ese caso, exige la doble incriminación.^c

Australia

En Australia, la UWO se aplica cuando el tribunal no está convencido de que todo o parte del patrimonio injustificado no procede de determinados "delitos", que abarcan de cuatro a cinco categorías (art. 179E(1)(b)). Lo más importante es que también se requiere la doble incriminación: (1) "un delito contra una ley de la Commonwealth" (a diferencia del Reino Unido, la propia ley no hace referencia explícita a otra ley australiana en la que se defina esto, pero este mismo término - "un delito contra una ley de la Commonwealth" o "delitos contra leyes de la Commonwealth"- se encuentra, por ejemplo, en la Ley del Código Penal de 1995^d y en la Ley de Delitos de 1914, e incluye el robo, el fraude y la evasión fiscal, entre otros numerosos);^e y (2) "delito extranjero perseguible",^f definido en la ley como "conducta que constituyó un delito contra una ley de un país extranjero" y "si la conducta hubiera ocurrido en Australia habría constituido un delito punible con al menos 12 meses de prisión".

Kenia

El demandado debe ser "razonablemente sospechoso de corrupción o delito económico" por la autoridad anticorrupción (la Comisión de Ética y Anticorrupción), que debe haber observado una "desproporción" entre el patrimonio de una persona y sus "fuentes legítimas conocidas de ingresos".^g

a Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(9)(a).

b Reino Unido, Ley de Delitos Graves de 2007, consultada el 23 de febrero de 2020, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/27/contents>.

c Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ley de Delitos Graves de 2007, art. 2(5) y art. 2(7).

d Australia, Ley del Código Penal de 1995, Recopilación n.º 98 (incluye enmiendas hasta la Ley n.º 60 de 2015), consultado el 9 de abril de 2020, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2015C00254>.

e Australia, Ley de delitos de 1914, Compilación n.º 118 (incluye enmiendas hasta la Ley n.º 93 de 2017), sec. 15GE(2), consultado el 9 de abril de 2020, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00297>.

f Australia, Ley de 2002 sobre el producto del delito, en su versión modificada, sec. 337A.

g Kenia, ACECA, secs. 2, 26, 55.

tener todos los activos a nombre del cónyuge no ciudadano y escapar así a la ley? Si la pareja tiene derecho a adquirir activos en virtud de la Ley de Restricción de Activos de los No Ciudadanos, ¿excluye esto a dichos activos de las UWO?⁶⁷ Esto se apartaría no sólo del objetivo de las UWO, sino también de otras medidas contra la delincuencia en Mauricio, como la Ley de Recuperación de Activos, la Ley de Drogas Peligrosas, la Ley de Inteligencia Financiera y Lucha contra el Blanqueo de Capitales o la Ley de Prevención de la Corrupción, ninguna de las cuales distingue entre ciudadanos y no ciudadanos, y de la forma en que están redactadas las obligaciones internacionales relacionadas, como en la CNUCC.⁶⁸

Si se cubre a las personas jurídicas. Otro aspecto del ámbito de aplicación personal de los sistemas de UWO es si el sistema abarca tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En el Reino Unido, por ejemplo, la noción de “personas” incluye expresamente “cualquier persona jurídica, ya sea constituida o formada con arreglo a la legislación de una parte del Reino Unido o en un país o territorio fuera del Reino Unido”.⁶⁹ Esto es necesario, aunque su aplicación sea complicada. Si no se incluyera a las personas jurídicas, se produciría una gran laguna jurídica que limitaría la ley UWO. Además, es

útil cuando los investigadores encuentran dificultades para vincular directamente los activos con el presunto beneficiario efectivo, que es la persona física realmente sospechosa de estar implicada en el delito. En este caso, los “demandados” también pueden ser otras “personas” -incluidas entidades jurídicas, como sociedades ficticias o fundaciones, presumiblemente creadas por el presunto beneficiario efectivo- que “tengan posesión” de los activos y que estén, por ejemplo, “conectadas” con el beneficiario efectivo. Véase el apartado 2.3.3 (sobre el requisito de “posesión”). El significado de “vinculado” puede ir más allá de los familiares cercanos y los socios, e incluir también las relaciones a través de acuerdos fiduciarios y de asociación.⁷⁰ Sin embargo, existen límites, y los meros vínculos familiares no bastarán si otras pruebas indican lo contrario. En el recuadro 2.8 se muestra un caso en el que los familiares del demandado demostraron con éxito que el demandado no “tenía posesión” de los activos, sino que ellos mismos la tenían.

El mero hecho de garantizar que las personas jurídicas estén incluidas como sujetos de las UWO no ha sido suficiente para permitir el uso de la herramienta UWO contra ellas en algunos casos. Es cierto que cuando se persigue una UWO contra una persona jurídica, como una fundación privada registrada en Panamá,⁷¹ pueden surgir problemas con respecto a los requisitos de “posesión” e “ingresos”.⁷² Cumplir el requisito de “ingresos” significa demostrar que los ingresos de la persona jurídica eran insuficientes para adquirir los activos en poder de dicha persona jurídica. Los aspectos del caso Baker destacados en el recuadro 2.9 ilustran el punto de que esto puede ser muy difícil, a menos que se redacte una ley UWO para anticiparse a los obstáculos.

Recientemente, el Reino Unido abordó este problema de la dificultad de demostrar los ingresos cuando el

Recuadro 2.8. Caso del Reino Unido: el demandado principal no era el beneficiario efectivo y otros miembros de la familia “tenían posesión” de la propiedad por derecho propio, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.).

Hechos. La Agencia Nacional contra la Delincuencia (NCA) obtuvo órdenes de riqueza injustificada (UWO) contra varias propiedades supuestamente poseídas a través de complejos acuerdos corporativos por RA, un antiguo funcionario de Kazajstán que había sido condenado por delitos y había fallecido varios años antes. La esposa y el hijo de RA alegaron que eran los legítimos propietarios efectivos de algunas de las propiedades porque (a) habían estado legalmente separados de RA durante muchos años; (b) las ganancias ilícitas de RA habían sido confiscadas muchos años antes; (c) la esposa y el hijo tenían riqueza legítima propia con la que habían adquirido las propiedades en cuestión; y (d) estaban utilizando legítimamente vehículos financieros corporativos que, aunque complicados, eran legales.

Sentencia. El tribunal desestimó los UWO, dando la razón a los demandados en todos sus argumentos y concediéndoles importantes sumas para reembolsar sus gastos legales. El tribunal también opinó que el mero uso de estructuras offshore complejas no constituía motivo para suponer fines ilícitos.

Recuadro 2.9. Caso del Reino Unido: dificultades para demostrar la insuficiencia de ingresos en el caso de personas jurídicas en manos de fideicomisarios, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.).

En el caso Baker estaban implicadas varias personas jurídicas y transacciones en distintas jurisdicciones (por ejemplo, Panamá y las Islas Vírgenes Británicas). La Agencia Nacional contra la Delincuencia del Reino Unido (NCA) intentó identificar tanto a las personas jurídicas (por ejemplo, la Fundación Privada Manrick, una fundación privada en Curaçao, y la Fundación Villa Magna, una fundación privada en Panamá) como al presidente de algunas de esas entidades, el Sr. Baker, con el fin de descubrir a los beneficiarios finales de varias propiedades (mantenidas a través de estas personas jurídicas dispersas) y cómo se obtuvieron los fondos para adquirir dichas propiedades. Se sospechaba que las propiedades habían sido adquiridas para blanquear los fondos obtenidos ilegalmente por el difunto Sr. Rakhat Aliyev, de nacionalidad kazaja, que había sido condenado por delitos.^a Una de las principales alegaciones de la NCA era que ni el propio Sr. Baker, como presidente de algunas de las entidades, ni la propia entidad (por ejemplo, Villa Magna) tenían suficientes ingresos conocidos y obtenidos legalmente para adquirir las propiedades, por lo que los ingresos debían proceder de otro lugar (presumiblemente, fuentes ilícitas).

Una cuestión era el requisito de posesión: este elemento no pudo establecerse de forma satisfactoria porque, aunque el Sr. Baker era presidente de ciertas entidades, este cargo no le proporcionaba necesariamente ningún "interés legal o beneficioso en la propiedad", ni había participado en su compra.^b

Otra cuestión era el requisito de los ingresos: por extensión, dado que no "tenía posesión" de la propiedad, se deduce que el requisito de los ingresos tampoco puede cumplirse con respecto al Sr. Baker.^c

El requisito de los "ingresos" también constituyó un problema en relación con las UWO emitidas a favor de las personas jurídicas. Por ejemplo, una persona jurídica (como Manrick en Curaçao) podía obtener un interés legal en la propiedad, pero no podía ser el beneficiario efectivo final. Debido a la relación entre el requisito de posesión y el requisito de ingresos parecía, según el tribunal, que esto significaba que, al aplicar el "requisito de ingresos" a los "fideicomisarios, etc.", la ANC sólo podía fijarse en el alcance de la titularidad legal (sin suponer que la entidad tenía plenos intereses legales y usufructuarios en la propiedad) y "preguntarse si las fuentes conocidas de ingresos obtenidos legalmente habrían sido insuficientes para permitirle obtener el *interés legal* en la propiedad" (énfasis añadido).^d

a Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [67] (Eng.).

b Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors, Tribunal de Apelación (Civil), Carr, J., 17 de junio de 2020 (Fundamento 2).

c Id.

d Baker & Ors [2020] EWHC [207].

demandado posee los activos como fideicomisario o algo similar. Las enmiendas de 2022 a la Ley de ganancias ilícitas (Proceeds of Crime Act) pretenden ayudar a este respecto de dos maneras: (a) añadiendo un criterio alternativo para que, en lugar de tener que demostrar que los activos no podrían haberse obtenido con los ingresos lícitos del demandado, las autoridades puedan demostrar que "los activos [se obtuvieron] a través de una conducta ilícita";⁷³ y (2) permitiendo a las autoridades expedir UWO a cualquiera de los demandados o, si el demandado es una persona jurídica, a "una persona que sea un funcionario responsable del demandado", independientemente de si el funcionario "tiene posesión" los activos en cuestión.⁷⁴

2.3.2 Ámbito temporal

En cuanto al alcance temporal de los sistemas de UWO, la mayoría de las veces es ilimitado, en el sentido de que la ley se aplica a los activos adquiridos en cualquier momento antes o después de la promulgación de la ley UWO. Por ejemplo, en Australia, no hay límite temporal en cuanto a la fecha de adquisición de los activos, ya que las

definiciones abarcan los activos poseídos, controlados efectivamente o enajenados en cualquier momento.⁷⁵

Los límites temporales también dependen del tipo de UWO. Si la UWO es sólo un poder de investigación, esencialmente una herramienta procesal, no contendría su propia limitación, sino que el plazo de prescripción, en su caso, vendría determinado por el derecho sustantivo que podría servir de base para una orden. Por ejemplo, en el Reino Unido no existe un plazo específico para solicitar una UWO, ya que se trata de una herramienta de investigación y no de una base para una orden de confiscación.⁷⁶ En el caso de que las pruebas aportadas por una UWO conduzcan finalmente a una orden de confiscación civil en virtud de la ley de confiscación NCB del Reino Unido, la ley de prescripción civil establece que los procedimientos deben iniciarse en un plazo de 20 años a partir de la fecha en que se originó la causa de la acción,⁷⁷ es decir, cuando se adquirió el patrimonio injustificado.

Algunos países con UWO que son a la vez herramientas de investigación y bases para una orden de confiscación imponen límites temporales específicos al alcance de las autoridades. Por ejemplo, Mauricio tiene un límite de siete años. En su forma original, la ley excluía los activos adquiridos siete años antes de la promulgación de la ley o siete años antes de una solicitud de información. Una de las razones para elegir este período de tiempo es que los bancos de Mauricio están obligados a mantener determinados registros durante un mínimo de siete años.⁷⁸ La idea es que, tras un período de siete años, puede resultar más difícil para el demandado reunir la información necesaria para explicar la propiedad, ya que es posible que ya no pueda solicitar registros a su banco.

Recientemente se modificó la ley de Mauricio, después de que la Junta de Informes de Integridad manifestara su preocupación por el hecho de que el segundo plazo, que corre a partir del momento en que se presenta una solicitud de información, “pudiera tener consecuencias insatisfactorias”: “Como el período de siete años corre desde la fecha de presentación de una UWO, el dueño de los activos puede, al retrasar su respuesta a una solicitud legal de información bajo la sección 5, poner los activos fuera del límite temporal para hacer la presentación”.⁷⁹ El informe anual de 2017 de la Junta indicó que el límite de siete años había bloqueado las investigaciones; de aproximadamente 35 casos relacionados con sospechas de riqueza injustificada,⁸⁰ no se pudieron tomar medidas en 8 casos por este motivo.⁸¹ Por ello, recientemente se ha modificado la legislación para establecer que si la agencia presenta una solicitud legal (el primer paso del proceso) en un plazo de siete años a partir de la adquisición de un activo, el reloj deja de correr y se puede solicitar la UWO sin límite de tiempo.⁸²

En Kenia existe cierta limitación; sin embargo, no se trata de un número fijo de años, sino que está vinculado al momento en que tuvo lugar la presunta conducta delictiva: es decir, cuando la persona es razonablemente sospechosa de corrupción o delito económico. La autoridad anticorrupción (actualmente la EACC) es la encargada de solicitar las UWO y los “activos injustificados” deben haberse adquirido como resultado de la sospecha de corrupción o delito económico. El límite temporal se define como “activos injustificados” adquiridos “en el momento en que la persona era razonablemente sospechosa de corrupción o delito económico o en torno a ese momento” cuyo valor es “desproporcionado en relación con sus fuentes de ingresos conocidas en ese momento o en torno a él y para los que no existe una explicación satisfactoria”.⁸³ Así, si la presunta corrupción se remonta bastante atrás, el demandado está obligado a explicar el origen de los activos durante ese período de tiempo especificado. En el recuadro 2.10 figura un caso como ejemplo.

En Mauricio, la junta amplió el límite: “En algunos de estos casos, la propiedad en cuestión había sido adquirida dentro del plazo de siete años, pero el origen de los fondos utilizados para adquirir esta propiedad podía rastrearse más allá del plazo de siete años”.⁸⁴ Acoplar ambos límites podría restringir indebidamente la aplicación de la ley en la práctica, ya que puede suponerse en algunos casos que la propiedad se adquiere con fondos que se han acumulado durante muchos años (especialmente teniendo en cuenta

que la ley se aplica, en general, a propiedades por valor de 10 millones de MUR [US\$227.800] o más).

2.3.3 Aspectos relativos a la propiedad (umbral de valor, relación persona/ propiedad/delito)

Ámbito material

En lo que respecta al ámbito material de los sistemas de UWO, es pertinente considerar (a) la noción de "propiedad" o activos cubiertos, (b) los umbrales para el valor de los activos, (c) la noción de "posesión" de los activos y (d) el alcance de los delitos subyacentes cubiertos (para (d), véase el recuadro 2.7 supra).

Noción de "propiedad" o activos cubiertos

Todos los sistemas parecen adherirse a una noción omnicompreensiva de la propiedad. Es decir, el sistema de UWO abarca todo tipo de activos, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles. Esto es de agradecer, ya que, de lo contrario, cualquier activo al que no se aplicara la ley crearía una laguna potencial: los delincuentes se adaptarían e invertirían en cualquier activo que no estuviera cubierto.

Aunque todos los activos están cubiertos, la riqueza injustificada se define de forma diferente en los distintos países, como ilustra el tabla 2.1.

Si se requiere un umbral de valor

Uno de los aspectos en los que difieren los sistemas es el umbral del valor de los activos que debe alcanzarse para que pueda aplicarse la UWO. A modo de ejemplo, los umbrales son, en Mauricio, 10 millones de MUR, en general (US\$227.800), o 2,5 millones de MUR (US\$57.000) en los casos en que se incauta dinero en efectivo durante una investigación penal; en Australia, un umbral opcional de \$A100.000 (US\$67.600) de patrimonio injustificado (opcional porque el tribunal tiene la facultad discrecional de negarse a emitir una orden cuando el importe del patrimonio injustificado cae por debajo de este umbral⁸⁵); en el Reino Unido, £50.000 (US\$60.200); Kenia no tiene umbral. El tabla 2.2 resume los umbrales.

En la mayoría de los casos, el umbral se aplica al valor de los activos en cuestión, pero en Australia el umbral se aplica a la cantidad que parece representar una riqueza injustificada, es decir, el valor de los activos que posee la persona menos cualquier riqueza conocida obtenida legalmente.

Relación entre la persona o el demandado y la propiedad ("posesión")

Además de una definición amplia de los activos o propiedad a los que se aplican estos sistemas, hay una comprensión amplia de cómo el demandado tiene posesión de ellos (el requisito de posesión). Lo que importa es el control, además de la propiedad, como se ilustra en el recuadro 2.11.

Además, los sistemas de Australia y Kenia cubren incluso los activos que se han vendido, consumido o regalado (recuadro 2.12), por lo que también abarcan los flujos de

Recuadro 2.10. Kenia: alcance temporal de los "activos injustificados"

La ley se aplica a los "activos injustificados" adquiridos "en el momento en que la persona era razonablemente sospechosa de corrupción o delito económico o en torno a él" cuyo valor es "desproporcionado en relación con sus fuentes de ingresos conocidas en ese momento o en torno a él y para los que no existe una explicación satisfactoria".

En *Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n* (2019) e.K.L.R. [64] (C.A.K.), Civil Appeal No. 184 of 2018, el tribunal exigió a la autoridad anticorrupción que identificara un "período de tiempo establecido para la investigación de una persona", durante el cual el demandado está obligado a explicar los activos adquiridos. En este caso, por ejemplo, inicialmente se exigió al demandado que explicara su patrimonio durante un período de 16 años (de 1992 a 2008), que posteriormente se redujo a un período de 10 meses (de septiembre de 2007 a junio de 2008) para el procedimiento judicial, después de que las explicaciones del demandado fueran consideradas insatisfactorias por la autoridad anticorrupción para ese período en particular.

En otro caso, el tribunal especificó que la notificación debe indicar el período de tiempo de la investigación. Véase *Murungaru v. Kenya Anti-Corruption Comm'n et al.* (2006) e.K.L.R. (H.C.K.), Miscellaneous Civil Application No. 54 of 2006.

Tabla 2.1. Diferentes definiciones de riqueza injustificada

País	Definición	Fuentes
Australia	<p>“Riqueza injustificada”</p> <ul style="list-style-type: none"> El patrimonio total de la persona supera el valor del patrimonio de la persona adquirido legalmente. Discrecionalidad para el tribunal si el importe de riqueza injustificada < \$A100.000 (US\$67.600). Activos poseídos, efectivamente controlados, enajenados o consumidos. “Procedente” de actividades delictivas. Cualquier persona. 	PoCA 2002, sec. 179B, sec. 179G.
Kenia	<p>“Activos injustificados”</p> <ul style="list-style-type: none"> Activos (a) adquiridos en el momento en que la persona era razonablemente sospechosa de corrupción o delito económico o en torno a ese momento; y (b) cuyo valor es desproporcionado en relación con las fuentes de ingresos conocidas en ese momento o en torno a él y para los que no existe una explicación satisfactoria. Activos: incluye los mantenidos en fideicomiso o en nombre de una persona; adquiridos de una persona como regalo o préstamo sin la contraprestación adecuada. Persona sospechosa de corrupción o delito económico. 	ACECA 2003, sec. 2(1), sec. 55(7).
Mauricio	<p>“Patrimonio injustificado”</p> <p>Cualquier propiedad:</p> <ul style="list-style-type: none"> propiedad de una persona en una medida desproporcionada a sus emolumentos y otros ingresos; la propiedad, posesión, custodia o control no puede justificarse satisfactoriamente; o está en poder de una persona para otra persona; >10 millones de MUR o 2,5 millones de MUR si es en efectivo (US\$227.800 o US\$57.000); ciudadano de Mauricio. 	GGIRA 2015, sec. 2.
Reino Unido	<p>“Riqueza injustificada”</p> <ul style="list-style-type: none"> Fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado insuficientes para permitirle obtener la propiedad. Fuentes de ingresos “conocidas” (por ejemplo, trabajo, activos) razonablemente determinables. Valor > £50.000 (US\$60.200). Requisitos de posesión. PEP extranjera o persona relacionada con delitos graves. 	PoCA 2002, sec. 362B(3).

Nota: PEP = persona políticamente expuesta.

Tabla 2.2. Umbrales para órdenes de riqueza injustificada (equivalente en dólares estadounidenses)

Australia	Kenia	Mauricio	Reino Unido
\$A100.000 (opcional) (US\$67.600)	Ninguno	10 millones de MUR (US\$227.800); (en efectivo) 2,5 millones de MUR (US\$57.000)	£50,000 (US\$60,200)

Fuente: Cuadro original de este informe.

Recuadro 2.11. Caso de Australia: "embargo" de propiedad determinado por control, Re Application under Section 20A of the Proceeds of Crime Act 2002; ex parte Comm'r of Australian Federal Police [2017] WASC 114 [57].

Hechos. La policía solicitó una orden de riqueza injustificada contra una pareja, el Sr. P (un narcotraficante declarado) y la Sra. N (su esposa), con el fin de fijar interdicción a activos que no sólo estaban a nombre de P y N, sino también de dos empresas, la empresa DN y la empresa DNA. La policía afirmó que existían sospechas razonables de que todos estos activos estaban controlados por el Sr. P y la Sra. N basándose en pruebas de interrelaciones, entre ellas que la Sra. N era la única administradora de la empresa DN y una administradora de la empresa DNA; la Sra. N era la única accionista de la empresa DNA; el Sr. P y la Sra. N eran los únicos empleados de la empresa DN; la Sra. N y el Sr. P eran beneficiarios del fideicomiso familiar DN; y una de las cuentas bancarias del Sr. P consumía fondos de la cuenta bancaria de la Sra. N.

Sentencia. El tribunal dictó las órdenes de interdicción contra todos los activos, concluyendo que todos ellos estaban controlados por el Sr. P y la Sra. N.

Recuadro 2.12. Caso de Kenia: propiedad efectiva a través de familiares, Ethics and Anti-Corruption Comm'n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenya).

Hechos. El demandado era un alto funcionario del Ministerio de Hacienda sospechado de autorizar ilegalmente pagos de fondos públicos a empresas extranjeras ficticias y de obtener beneficios personales. Sus activos visibles parecían desproporcionados en relación con sus fuentes legítimas de riqueza. La agencia anticorrupción solicitó una orden de riqueza injustificada sobre esas bases y alegó que ciertas empresas propiedad de su esposa y otros familiares eran en realidad propiedad del demandado.

Sentencia. El tribunal sostuvo que el demandado era el beneficiario efectivo de las empresas basándose en que (a) se encontraron en su casa documentos que indicaban su participación en la propiedad, (b) su esposa declaró que los activos habían sido adquiridos únicamente por él y (c) un director de una de las empresas fideicomisarias declaró de forma similar que los activos a nombre de la empresa eran realmente propiedad del demandado.

activos que pueden repetirse pero que a menudo escapan a la detección. Por ejemplo, se cubriría el dinero en efectivo que un funcionario corrupto entrega cada semana a su familia y que se gasta inmediatamente en cenas y ocio. Esto es fundamental, ya que el uso de apoderados y la rápida disipación de activos a través de un alto nivel de vida están muy extendidos.

Estas disposiciones no sólo abarcan los activos que se poseen en la actualidad, sino también otros indicadores clave de riqueza excesiva, como los gastos o estilos de vida opulentos. La definición de “posesión” varía según las jurisdicciones, como se indica en el recuadro 2.13.

Todas las formulaciones van más allá de la mera propiedad directa a nombre del demandado, al incorporar el “control”. Abarcan los activos poseídos directa o indirectamente para mirar a través de sociedades ficticias y fideicomisos. Por ejemplo, en el caso Hajjyeva (Reino Unido, 2020), la propiedad en cuestión era un valioso inmueble londinense poseído a través de una sociedad constituida en las Islas Vírgenes Británicas; aunque esta sociedad era formalmente propietaria de la propiedad, el demandado era el beneficiario efectivo y, por tanto, “tenía posesión” de esta propiedad en virtud de la legislación británica.⁸⁶

Recuadro 2.13. Definiciones de cómo deben “poseerse” los activos

Reino Unido. “Tiene posesión”,^a “ya sea que haya o no otras personas que también tengan posesión de la propiedad”,^b incluyendo cuando el demandado “tiene control efectivo de la propiedad”, “es el liquidador de una resolución en el que la propiedad está incluida”, “es un beneficiario (ya sea real o potencial) en relación con dicha resolución”.^c

Mauricio. “Propiedad, posesión, custodia o control”, “en poder de una persona para otra persona en una medida desproporcionada en relación con los emolumentos u otros ingresos de esa otra persona”.^d

Australia: “Propiedad de la persona en cualquier momento”, “bajo el []control efectivo de la persona en cualquier momento” o “que la persona haya enajenado (ya sea mediante venta, donación o de otro modo) o consumido en cualquier momento”.^e

Kenya: “Tiene”^f incluidos los activos ajenos “mantenidos en fideicomiso” o “adquiridos de la persona ... como regalo o préstamo sin la contraprestación adecuada”.^g

a Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(2)(a), consultado el 5 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/chapter/2/crossheading/unexplained-wealth-orders> (“El Tribunal Superior debe estar convencido de que existen motivos razonables para creer que-(a)el demandado posee los activos”).

b Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(5)(a).

c Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2022, en su versión modificada, sec. 362H (relativa a la “Tenencia de activos: fideicomisos y acuerdos entre empresas, etc.”).

d Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 2, <https://www.irsa.mu/legislation/>.

e Australia, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 179G(1), consultado el 5 de enero de 2023, http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/poca2002160/.

f Kenia, Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos de 2003, enmendada, sec. 55(7), consultado el 30 de julio de 2020, <http://kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=No.%203%20of%202003> (“A los efectos de los procedimientos en virtud de esta sección, se considerará que los activos de la persona cuyos activos están en cuestión incluyen cualquier activo de otra persona que el tribunal determine-(a) se mantiene en fideicomiso para la persona cuyos activos están en cuestión o de otra manera en su nombre; o (b) fueron adquiridos de la persona cuyos activos están en cuestión como un regalo o préstamo sin contraprestación adecuada”).

g *Id.*

2.3.4. Ámbito territorial

En cuanto al ámbito territorial del sistema de UWO, a partir de los análisis anteriores, todos ellos pueden describirse como globales en lo que respecta a (a) los delitos (cometidos en el Estado emisor de la UWO o en el extranjero); (b) las personas (aplicables a cualquier persona, independientemente de su ciudadanía o nacionalidad, con la excepción de Mauricio); y (c) los activos (situados dentro o fuera del Estado o poseídos indirectamente, incluso a través de, por ejemplo, sociedades extraterritoriales). La amplia formulación de las leyes permite flexibilidad para abordar las infinitas variaciones de situaciones que pueden existir y la facilidad con que se mueven las personas y los activos. El límite es que, obviamente, el delito o la persona deben tener algún nexo con la jurisdicción de aplicación, en consonancia con las normas jurisdiccionales habituales.⁸⁷

2.3.5 Elementos y criterios de prueba de las UWO

Todos los sistemas de UWO prevén al menos un cierto desplazamiento de la carga de presentar pruebas al demandado, si bien los elementos de la causa de acción varían,⁸⁸ al igual que la naturaleza y la redacción exactas. Por ejemplo, en virtud de la ley británica relativa a las UWO, las autoridades deben demostrar al tribunal que existen “motivos razonables” o “causas razonables para creer” que se cumplen los requisitos de la UWO (por lo tanto, un nivel de exigencia muy inferior al penal),⁸⁹ lo que significa que en el Reino Unido, además de establecer la discrepancia de ingresos y patrimonio, las “autoridades de ejecución” pertinentes deben demostrar al tribunal que: “existen motivos razonables para creer que (a) el demandado posee los activos, y (b) el valor de los activos es superior a £50.000” (US\$60.200)⁹⁰ y que “el demandado es una persona políticamente expuesta” (PEP) o se sospecha razonablemente que está implicado en un delito grave.⁹¹ Una vez cumplidos estos requisitos, la orden se expide al demandado, que debe explicar, entre otras cosas, “la naturaleza y el alcance del interés del demandado en los activos” y “cómo obtuvo los activos el demandado”.⁹²

La ley UWO a nivel federal en Australia también exige que las autoridades aporten “motivos razonables” “para sospechar que el patrimonio total de la persona supera el valor del patrimonio de la persona que fue adquirido legalmente”.⁹³ La orden se emitirá cuando el tribunal no esté convencido -por parte del demandado- de que parte o la totalidad de la riqueza injustificada no procede de determinados “delitos”. Así pues, el demandado debe demostrar, mediante un equilibrio de probabilidades, que la riqueza es de origen lícito o no procede de delitos.⁹⁴ En Kenia, si al término del procedimiento civil de confiscación el juez no está convencido, mediante un equilibrio de probabilidades, de que todos los activos se adquirieron “de forma distinta a la derivada de una conducta corrupta”, puede ordenar el pago de esa cantidad equivalente.⁹⁵

En Mauricio las solicitudes en virtud de la Ley UWO constituyen procedimientos civiles, y recae en el demandado la carga de demostrar, mediante un equilibrio de probabilidades, que cualquier propiedad no es riqueza injustificada.⁹⁶ La sección “Estudios de caso” del apéndice ayuda a ilustrar el funcionamiento de las normas legales.

Así pues, hay bastante variación de elementos y normas, aunque en cada sistema el demandado debe presentar al menos alguna prueba para explicar el origen de la riqueza.

2.3.6 Evitar la “doble contabilización”: protecciones contra el solapamiento

Si el sistema de UWO crea nuevos motivos para requerir información y su propia orden de recuperación, puede solaparse con otros estatutos. Teóricamente, los distintos procedimientos podrían funcionar al mismo tiempo: por ejemplo, una UWO para confiscar activos y un procedimiento civil de recuperación contra el mismo activo.⁹⁷ La lógica dicta que un mismo activo no debería, o no puede, recuperarse o confiscarse dos veces y, en

Recuadro 2.14. Dos enfoques para evitar la doble contabilización

Australia: enfoque matemático. Al calcular el importe del patrimonio injustificado que una persona debe pagar, "el tribunal debe deducir un importe igual al valor, en el momento de dictar la orden, de cualquier propiedad de la persona confiscada en virtud de una orden de confiscación".^a

Mauricio: enfoque de jerarquía jurídica. La Junta de Informes de Integridad, que es responsable de evaluar si se debe presentar una solicitud de UWO,^b "en caso de jurisdicción concurrente con una autoridad de ejecución, prevalecerá en relación con cualquier acción relativa a la confiscación de activos".^c

a Australia, Ley de 2002 sobre el producto del delito, en su versión modificada, sec. 179J.

b Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 8(1).

c Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 8(2).

aras de la equidad, una persona no debería tener que pagar el equivalente monetario de un activo y que se le confisque el mismo.

En Australia y Mauricio, por ejemplo, el término "UWO" hace referencia a una orden de confiscación de los activos en cuestión o a una orden de pago de una cantidad equivalente al valor de la riqueza injustificada. Esta orden debe coordinarse con los mecanismos existentes de recuperación de activos. Los enfoques de la coordinación incluyen un enfoque matemático (por ejemplo, Australia) o un enfoque de jerarquía legal (por ejemplo, Mauricio). Véase un resumen en el recuadro 2.14.

Enfoque de jerarquía jurídica

Según un enfoque de jerarquía jurídica, si se incoa más de un procedimiento de decomiso respecto de un mismo activo, o bien (a) uno de los organismos "prevalecerá" sobre los demás, o bien (b) un tipo de sistema de decomiso prevalecerá sobre los demás.

Enfoque matemático

Según un enfoque matemático, si se emite más de una orden de decomiso con respecto a la misma propiedad, el valor de la orden de decomiso pendiente puede restarse de la orden de riqueza injustificada.

Cada enfoque tiene sus ventajas y sus limitaciones.

Por un lado, una de las ventajas del enfoque de Mauricio

puede ser que evita la duplicación de esfuerzos de diferentes autoridades con respecto a la misma propiedad y, por lo tanto, puede ahorrar recursos. Esto podría ser útil en países con limitaciones de capacidad. Por otro lado, esta jerarquía jurídica sólo se aplica a las autoridades de ejecución dentro del mismo país; no puede evitar un solapamiento con una orden de decomiso extranjera.

Enfoque combinado

Por esta razón, en función del ordenamiento jurídico de cada país, podría considerarse un enfoque combinado: cuando más de una autoridad de la misma jurisdicción emprenda acciones simultáneas con respecto a los mismos activos, alguna norma de prioridad o jerarquía jurídica puede garantizar la coordinación, mientras que la acción simultánea en una jurisdicción extranjera puede tenerse en cuenta utilizando el enfoque matemático o, de lo contrario, tiene que coordinarse por medio de la asistencia judicial mutua.⁹⁸ Como se discute en la sección 3.3, la asistencia judicial mutua es uno de los pilares fundamentales de cualquier sistema de recuperación de activos que tenga éxito.

Notes

- 1 Véase información detallada en Ministerio del Interior del Reino Unido, Code of Practice Issued under Section 377 of the Proceeds of Crime Act 2002, junio de 2021 en 47-53, "Unexplained Wealth Orders", consultado el 5 de abril de 2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/996540/June_21_-_Code_of_Practice_377_Investigations_.pdf; y Reino Unido, "Fact Sheet: Unexplained Wealth Order Reforms", 4 de marzo de 2022, consultado el 3 de enero de 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/economic-crime-transparency-and-enforcement-bill-2022-overarching-documents/factsheet-unexplained-wealth-order-reforms-web-accessible>.
- 2 Reino Unido, Ley de Finanzas Criminales de 2017, cap. 22, parte 1: Proceeds of Crime, capítulo 1: Investigations (2017), consultado el 16 de agosto de 2018, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted>; Ministerio del Interior del Reino Unido, Circular 003/2018: "Unexplained Wealth Orders", 1 de febrero de 2018, <https://www.gov.uk/government/publications/circular-0032018-criminal-finances-act-unexplained-wealth-orders/circular-0032018-unexplained-wealth-orders>.
- 3 Reino Unido, Code of Practice at 48, consultado el 4 de enero de 20, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/996540/June_21_-_Code_of_Practice_377_Investigations_.pdf.
- 4 Reino Unido, Código de buenas prácticas en 48.
- 5 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada sec. 362A(7).
- 6 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada sec. 362B(4).
- 7 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada sec. 362B(2)(a), (2)(b), and (3).
- 8 El análisis es válido para Inglaterra y Gales; sin embargo, podría diferir según las leyes de prescripción vigentes en Escocia e Irlanda del Norte. Obsérvese que en el Reino Unido no existe la prescripción penal.
- 9 Reino Unido, The Limitation Act of 1980 (modificada), secs. 27A y 27B, United Kingdom Public General Acts, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58/section/27AB>.
- 10 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362A(3) y (5).
- 11 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362C(1) y (2).
- 12 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, parte 5, consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/part/5>.
- 13 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362F(1).
- 14 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362E(1) y (2).
- 15 Reino Unido, "Fact Sheet: Unexplained Wealth Order Reforms"; Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, modificada por la Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, consultada el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/10/part/2>.
- 16 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, en secs. 47-48, que modifica la sec. 362B(3) y sec. 396B(3).
- 17 Id. en secs. 45-46, que modifica sec. 362A y sec. 396A.
- 18 Reino Unido, "Fact Sheet: Unexplained Wealth Order Reforms" en 2.
- 19 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, en secs. 49-50, que modifica sec. 362DA, sec. 362DB, sec. 396DA y sec. 396DB.
- 20 Reino Unido, "Fact Sheet: Unexplained Wealth Order Reforms" en 2.
- 21 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, en los secs. 52-53, insertando una nueva sec. 362U y sec. 396V (titulada "Unexplained Wealth Orders: Costs of Proceedings"). Véase también Reino Unido, "Fact Sheet: Unexplained Wealth Order Reforms" en 2.
- 22 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, Ley 31/2015, Gaceta del Gobierno de Mauricio n.º 122 de 10 de diciembre de 2015, modificada por la Ley n.º 13 de 2019, la Ley n.º 5 de 2020 y la Ley n.º 15 de 2022 (también conocida como "GGIRA").
- 23 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 5(1).
- 24 Aunque la Agencia no puede confiscar riqueza injustificada de propiedad extranjera, existen algunos enfoques posibles en los casos en los que se sospecha de testafierros, por ejemplo, si un demandado mauriciano recibe "préstamos" de un ciudadano extranjero para adquirir activos. Se puede pedir al demandado que obtenga una explicación del prestamista sobre cómo adquirió los fondos y que proporcione a la Agencia una respuesta en forma de declaración jurada, o la autoridad de ejecución puede escribir directamente al prestamista y pedirle que explique cómo se adquirió la propiedad. Si no da explicaciones satisfactorias, los fondos que recibió el demandado constituyen una riqueza injustificada y la Agencia puede obtener del demandado una orden de pago de su equivalente monetario.
- 25 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 9(1) y (2).
- 26 Id. en sec. 5(1)(a).

- 27 Id. en sec. 5(1)(b) y sec. 13.
- 28 Id. en sec. 3(5).
- 29 Id. en sec. 20.
- 30 Kenia, Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (ACECA), No. 3 de 2003, modificada, sec. 55 (Forfeiture of Unexplained Assets), consultado el 2 de enero de 2023, <https://eacc.go.ke/default/wp-content/uploads/2018/06/aceca.pdf>, also available at <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=No.%203%20of%202003> [en adelante, Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, modificada]; Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n (2020) e.K.L.R. (S.C.K.), Petición núm. 21 de 2019.
- 31 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 26(3) y sec. 55.
- 32 Para la evolución del caso, véase, por ejemplo, Kenya Anti-Corruption Comm'n v. Amuti (2011) e.K.L.R. (H.C.K.), Civil Suit No. 448 of 2008; Kenya Anti-Corruption Comm'n v. Amuti (2011) e.K.L.R. (C.A.K.), Demanda Civil No. 39 de 2011 (solicitud de una medida cautelar pendiente de la vista y resolución de un recurso contra la Sentencia y Decreto del Tribunal Superior de Kenia en Nairobi, (Rawal, J.) de fecha 4 de febrero de 2011); Ethics and Anti-Corruption Comm'n (The legal successor of Kenya Anti-Corruption Commission) v. Amuti (2015) e.K.L.R. (C.A.K.), Civil Appeal No. 213 of 2011; Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n (2019) e.K.L.R. (C.A.K.), Civil Appeal No. 184 of 2018; Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n (2020) e.K.L.R. (S.C.K.), Petition No. 21 of 2019.
- 33 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 26.
- 34 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 55.
- 35 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 30.
- 36 Australia, Proceeds of Crime Act 2002, modificada, parte 2-6 (Unexplained Wealth Orders) secs. 179A-U, 2 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022C00269>.
- 37 Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada, sec. 179A.
- 38 A nivel estatal y territorial, Australia Occidental fue la primera en introducir una UWO en Australia, en 2000, en virtud de su Ley de Confiscación de Activos Criminales de 2000 (WA), seguida por el Territorio del Norte en 2003 en virtud de su Ley de Confiscación de Activos Criminales de 2002 (NT). Desde entonces se han promulgado regímenes de UWO en Queensland, Australia Meridional, Nueva Gales del Sur, Victoria, Tasmania y el Territorio de la Capital Australiana.
- 39 Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada, art. 20A(4).
- 40 Idem, sec. 179B.
- 41 Idem, sec. 179E(1) (énfasis añadido).
- 42 Idem, sec. 179E(6).
- 43 Irlanda, Proceeds of Crime Act of 1996, consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/30/enacted/en/html>.
- 44 Irlanda, Proceeds of Crime Act de 1996, sec. 9(b).
- 45 Daniel Chia y Yanguang Ker, "'Unexplained Wealth Order' Comes to Singapore", Morgan Lewis, 25 de enero de 2019, <https://www.morganlewis.com/pubs/unexplained-wealth-order-comes-to-singapore>; República de Singapur, Government Gazette, Serious Crimes and Counter-Terrorism (Miscellaneous Amendments) Act 2018, n.º 51 de 2018, <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/51-2018/Published/20181231?DocDate=20181231>.
- 46 Introdujo el nuevo artículo 47AA de la Ley sobre corrupción, narcotráfico y delitos graves (confiscación de beneficios) (Ley CDS).
- 47 Chia y Ker, "Orden de riqueza injustificada llega a Singapur".
- 48 Id.
- 49 Suiza, Ley de Activos Ilícitos Extranjeros (FIAA) de 18 de diciembre de 2015, Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, CNUCC, Viena, 25-26 de agosto de 2016, consultado el 14 de abril de 2020, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2016-August-25-26/V1605154e.pdf>.
- 50 Suiza, Ley Federal de 18 de diciembre de 2015 sobre la congelación y la restitución de activos ilícitos en poder de personas extranjeras políticamente expuestas (Ley de activos ilícitos extranjeros, FIAA), consultada el 14 de abril de 2020, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20131214/index.html>.
- 51 Idem, art. 2 ("Definiciones").
- 52 Suiza, FIAA, Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre recuperación de activos, en 2.
- 53 Id. en 2-3.
- 54 Suiza, FIAA, art. 15 ("Presunción de origen ilícito").
- 55 Idem, art. 15 ("Condiciones y procedimiento" para el decomiso de activos).
- 56 Colombia, Ley 793 de 2002, consultada el 17 de marzo de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6954>.

- 57 En las respuestas de Colombia a un cuestionario del Comité Europeo para los Problemas de Delincuencia, las autoridades colombianas describieron “estrategias dilatorias” durante “el procedimiento de investigación y el juicio”, que socavaban la eficacia de la ley. Ver Consejo de Europa, Solicitud de Colombia de ser invitada a adherirse al Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los ingresos provenientes del delito (STE n° 141), GR-J(2003)24 (Nov. 2003).
- 58 Ley 793 de 2002, (sec. 2), consultado el 17 de marzo de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6954>.
- 59 Véase, por ejemplo, Transparency International UK, “Empowering the UK to Recover Corrupt Assets: Unexplained Wealth Orders and Other New Approaches to Illicit Enrichment and Asset Recovery (Transparencia Internacional Reino Unido, Londres, marzo de 2016); Informe BAH en sec. 3.1.1.; Natasha Reurts, “Unexplained Wealth Laws: The Overseas Experience”, Lexology, marzo de 2017, consultado el 20 de mayo de 2019, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f0b95885-e89e-4c07-8184-bedccbfb71c>.
- 60 Colombia, Ley 1708 de 2014, Diario Oficial No. 51945-11 de febrero de 2022, consultado el 17 de marzo de 2022, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1708_2014.html#1. Para las modificaciones, véase, por ejemplo, la Ley 1849 de 2017.
- 61 Colombia, Ley 1708 de 2014, art. 29(4).
- 62 Para más detalles, véase Colombia, Ley 1708 de 2014, secs. 8 y 13; David Filomena, “El Proceso de Extinción de Dominio, Cartilla explicativa enfocada en las conductas relacionadas con los cultivos de uso ilícito” (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, marzo de 2020).
- 63 Véase, por ejemplo, Ministerio del Interior del Reino Unido, “Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Impact Assessment”, 20 de junio de 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/621205/Impact_Assessment_-_UWOs.pdf (“En octubre de 2015, el gobierno publicó la Evaluación Nacional de Riesgos para el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (NRA), en la que se identificaban una serie de riesgos ... y áreas en las que los regímenes que combaten esas amenazas podrían reforzarse. ... La Ley de Finanzas Criminales es una parte central de nuestro enfoque para lograr ese objetivo. ... Esta medida [relativa a las PEP no pertenecientes al EEE] refleja la preocupación por aquellos involucrados en la gran corrupción en el extranjero que blanquean los ingresos provenientes del delito en el Reino Unido; y el hecho de que puede ser difícil para los organismos encargados de hacer cumplir la ley satisfacer cualquier estándar probatorio al inicio de una investigación de este tipo, dado que toda la información relevante puede estar fuera de la jurisdicción.”).
- 64 Integrity Reporting Board, “First Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board” (Informe anual de 2017, presentado el 3 de enero de 2018) en 9 (De los 21 informes reglamentarios que se le remitieron en su primer año de funcionamiento, según la Junta, “la Junta aún no ha recibido ningún informe sobre activos sospechosos de ser fruto de un delito. La Ley está claramente concebida para aplicarse a este tipo de activos y la Junta entiende que los requisitos de información impuestos por el artículo 9 (1) de la Ley todavía no se están cumpliendo plenamente”).
- 65 Una de las dudas se deriva de cómo están redactadas estas dos condiciones; a saber, que parecen ser alternativas, en lugar de condiciones acumulativas. El Consejo recomendó que se aclarara esta sección de la Ley. Consejo de información sobre la integridad, “Primer informe anual”, pág. 10.
- 66 Integrity Reporting Board, “Primer informe anual” en 11.
- 67 Véase, por ejemplo, Mauricio, Debates parlamentarios (Hansard), Sexta Asamblea Nacional, primera sesión, 2 de diciembre de 2015, núm. 42 de 2015, consultado el 9 de abril de 2020, <https://mauritiusassembly.govmu.org/Documents/Hansard/2015/hansard4215.pdf> en 128; Mauricio, Debates parlamentarios (Hansard), 3 de diciembre de 2015, n.º 43 de 2015, en 72-73; Partido Laborista de Mauricio, Documento de posición n.º 1, noviembre de 2015, en 46, consultado el 9 de abril de 2020, <https://ionnews.mu/wp-content/uploads/2015/11/PTr-Position-Paper-on-GGIR.pdf>.
- 68 Id. en 126-29; Mauricio, Debates parlamentarios (Hansard), 3 de diciembre de 2015, n.º 43 de 2015, en 72-73; Partido Laborista de Mauricio, Documento de posición n.º 1 en 46.
- 69 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362H(5).
- 70 Véase, por ejemplo, Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(9) (cita el concepto amplio de personas “vinculadas” en virtud de la Ley del impuesto de sociedades de 2010, sec. 1122).
- 71 Nat’l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [67] (Eng.).
- 72 Véase, por ejemplo, Id. [131], [139], [171].
- 73 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, en secs. 47-48, que modifica las secs. 362B y 396B, consultado el 4 de enero. 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/10/part/2>.
- 74 Id. en secs. 45-46, que modifica los secs. 362A y 396A.
- 75 Australia, Proceeds of Crime Act (modificada), secs. 14D, 179G.

- 76 El análisis es válido para Inglaterra y Gales; sin embargo, podría diferir según las leyes de prescripción vigentes en Escocia e Irlanda del Norte. Obsérvese que en el Reino Unido no existe la prescripción penal.
- 77 Ley de Prescripción de 1980 (modificada), secs. 27A y 27B, United Kingdom Public General Acts, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58/section/27AB>.
- 78 Partido Laborista de Mauricio, Documento de posición nº 1 en 46 (los registros bancarios deben conservarse durante siete años. Además, el derecho de acción de un notario para recuperar los honorarios que se le adeuden prescribirá a los siete años).
- 79 Integrity Reporting Board, "Primer informe anual" en 11.
- 80 Integrity Reporting Board, "Second Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board" (Informe anual de 2018, presentado el 1 de marzo de 2019) en 7.
- 81 Id. en 11.
- 82 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada.
- 83 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, art. 2(1) (a) y (b); véase también el art. 26 (Declaración de activos del sospechoso).
- 84 Integrity Reporting Board, "Segundo informe anual" en 11.
- 85 Véase, por ejemplo, Australia, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 179B(4).
- 86 Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 [3]-[4] (Eng.).
- 87 Con un régimen similar al de las UWO, Irlanda, por ejemplo, en lugar de tener un ámbito de aplicación incondicionalmente global, tiene en cuenta en su legislación estas realidades o limitaciones prácticas: el ámbito de aplicación es global en lo que respecta a los activos, pero con ciertas condiciones, a saber, que si los activos están situados fuera del Estado, el demandado debe estar domiciliado, ser residente o estar presente en Irlanda y toda o al menos parte de la conducta delictiva debe haber tenido lugar en Irlanda. Irlanda, Proceeds of Crime Act 1996, en su versión modificada, sec. 1. Además, en los casos en que se sospeche que los activos son el producto de una conducta delictiva que tuvo lugar fuera de Irlanda, los activos deberán estar situados en Irlanda.
- 88 Los "elementos" son lo que el tribunal debe encontrar exactamente para emitir una orden. El "grado de prueba" se refiere al grado de certeza con el que deben determinarlo.
- 89 Reino Unido, Criminal Finances Act 2017, Explanatory Notes, Overview of the Act, en 14, núm. 64 ("No es necesario probar a nivel penal que el demandado, u otras personas, están implicados en tales delitos"); y Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(3) ("existen motivos razonables para sospechar que las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado habrían sido insuficientes para permitirle obtener los activos").
- 90 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B(2).
- 91 Id. en sec. 362B(4).
- 92 Id. en sec. 362A(3).
- 93 Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada, sec. 179B.
- 94 Id. en sec. 179E(3).
- 95 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 55(6).
- 96 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 3(5).
- 97 Véase, por ejemplo, Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 3(3) ("Esta Ley se sumará a, y no derogará... la Ley de Recuperación de Activos") y sec. 3(4) ("Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a la facultad de un Tribunal para ordenar la confiscación de cualquier activo en cumplimiento de su poder en virtud de cualquier otra promulgación.").
- 98 Véase, por ejemplo, Australia, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 338 ("**orden de decomiso extranjera** tiene el mismo significado que en la Ley de Asistencia Mutua"). "**Ley de Asistencia Mutua** significa la Ley de Asistencia Mutua en Materia Penal de 1987".

3 Aspectos operativos de las órdenes de riqueza injustificada

Cuando existen leyes y procedimientos UWO, la siguiente cuestión es cómo son aplicados por las autoridades. Un país que se plantee adoptar un sistema de UWO debe comprender los pasos procesales y sus consecuencias jurídicas en cada fase. En esta sección se detallan los procedimientos y, a continuación, se aborda la coordinación de las autoridades encargadas de su aplicación, tanto dentro de un país como fuera de él (cooperación internacional).

3.1 Procedimientos UWO

La forma en que se estructure el procedimiento de la UWO es importante para garantizar tanto un proceso imparcial (que limite los posibles abusos y proteja los derechos; véase el capítulo 5) como un proceso eficaz. La infraestructura jurídica existente y los imperativos políticos determinarán los parámetros de cada.

3.1.1 Detección de riqueza injustificada

Es importante tener la capacidad de identificar objetivos apropiados para las UWO y los poderes para investigar el patrimonio del sospechoso antes de iniciar cualquier acción por riqueza injustificada. Esto puede lograrse mediante una combinación de una o más de las siguientes medidas: (a) permitiendo que el material generado en las investigaciones penales se utilice en apoyo de los procedimientos sobre riqueza injustificada; (b) adaptando los poderes de investigación existentes sobre los ingresos provenientes del delito al contexto de la riqueza injustificada; o (c) desarrollando poderes de investigación independientes para la riqueza injustificada (como, por ejemplo, en Mauricio).

En este sentido, los procedimientos de riqueza injustificada difieren de otras competencias en materia de ingresos provenientes del delito, ya que el investigador debe examinar no sólo las fuentes de ingresos ilícitas, sino también las lícitas, para poder elaborar un perfil financiero completo del sospechoso. A menudo se requiere una cantidad significativa de trabajo de investigación antes de que puedan iniciarse responsablemente los procedimientos de riqueza injustificada para cumplir con los requisitos probatorios y también para poder evaluar si la información proporcionada por el sospechoso en el curso de los procedimientos es veraz. Por ejemplo, en Australia, estos poderes de investigación seguirán utilizándose generalmente a lo largo de todo el procedimiento para complementar y probar las pruebas aportadas a través del proceso preliminar de UWO y para apoyar el cálculo de una UWO final.

Cabe preguntarse, en primer lugar, cómo estructuran los investigadores sus pesquisas para detectar una riqueza injustificada, para reunir las “sospechas razonables”

que a menudo se necesitan, en comparación con otras investigaciones similares. Para detectar la riqueza injustificada se utilizan técnicas tradicionales, además de algunas herramientas de análisis financiero habituales en las investigaciones fiscales. El recuadro 3.1 resume las fuentes clave para las investigaciones sobre las UWO.

Recuadro 3.1. Detección de riqueza injustificada como base para una UWO

Diversas fuentes de información y señales de alarma pueden alertar a las autoridades, incluyendo a las siguientes:

- Direcciones conocidas de la persona = inmuebles de primer nivel, mansiones, *penthouses*, etc.
- Casa o apartamento en el que la persona se aloja con frecuencia (puede no ser el propietario registrado).
- Otros bienes de lujo: coches, barcos o yates, relojes u otras prendas o accesorios visibles.
- Estilo de vida y consumo/regalos (por ejemplo, viajes, colegios caros).
- Redes sociales (aunque no UWOs, ver casos Obiang y Abbas).^a
- Medios de comunicación y otra información disponible públicamente (por ejemplo, reportajes de investigación sobre filtraciones de datos; investigaciones de organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional, Global Witness, véase el caso Baker).^b
- Depósitos bancarios u otras transacciones irregulares (por ejemplo, informes de actividades sospechosas o informes de transacciones sospechosas presentados a las unidades de inteligencia financiera; véase el caso Amuti).^c
- Compras irregulares (por ejemplo, precios de venta inflados) de terrenos o propiedades.
- Registros de la propiedad (véase el Informe Anual IRSA 2020 en Mauricio).^d
- Otros registros: registros mercantiles, registros de vehículos, comisiones del mercado de valores, registros de seguros.
- Informes de otros organismos policiales y gubernamentales (por ejemplo, autoridades fiscales); contrapartes de otras jurisdicciones (suponiendo que existan leyes para el intercambio de información).
- Informes del público o de denunciantes (véase el Informe Anual IRSA 2020 en Mauricio).^e

Nota: IRSA = Integrity Reporting Services Agency; UWO = unexplained wealth order.

a Obiang: Transparency International France, "Definitive Conviction of Teodorin Obiang in France Sends Strong Message, Allows Asset Restitution to Equatorial Guinea" (comunicado de prensa, 30 de julio de 2021), consultado el 13 de diciembre de 2022, <https://www.transparency.org/en/press/teodorin-obiang-conviction-asset-recovery-equatorial-guinea-france>; Abbas: US, Department of Justice, "Nigerian Man Sentenced to over 11 Years in Federal Prison for Conspiring to Launder Tens of Millions of Dollars from Online Scams" (comunicado de prensa 22-233, 7 de noviembre de 2022) (indica que Abbas alardeaba en las redes sociales de su fastuoso estilo de vida), consultado el 13 de diciembre de 2022, <https://www.justice.gov/usao-cdca/pr/nigerian-man-sentenced-over-11-years-federal-prison-conspiring-launder-tens-millions>.

b Baker: UK, Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.) (cita un informe de Global Witness a lo largo de la sentencia).

c Amuti: Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n [2020] e.K.L.R. (S.C.K.), Petición n.º 21 de 2019 (debate sobre los depósitos en las distintas cuentas bancarias de Amuti); Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n [2019] e.K.L.R. (C.A.K.), Recurso civil n.º 184 de 2018.

d Mauricio, Integrity Reporting Board, "Fourth Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board" (Informe Anual 2020, presentado el 15 de julio de 2021), consultado el 13 de diciembre de 2022, <https://www.irsa.mu/wp-content/uploads/2021/10/IRSA-Annual-Report-2020.pdf>.

e Mauricio, Integrity Reporting Board, "Cuarto informe anual".

En cuanto a los mecanismos de investigación, una investigación de una UWO puede basarse en algunos de los mismos métodos utilizados por los investigadores fiscales para demostrar que la riqueza injustificada es una prueba *prima facie* de ingresos provenientes del delito. Las UWO amplían ese método más allá del ámbito de las leyes fiscales. Los métodos utilizados por las autoridades fiscales se basan a menudo en informes sobre activos y gastos. Por ejemplo, en el Reino Unido, en casos graves de fraude fiscal, los investigadores fiscales compilan “declaraciones de capital”, que “pueden mostrar que el contribuyente ha gastado aparentemente más de lo que ha tenido en ingresos”.¹ En Estados Unidos, las autoridades fiscales han desarrollado análisis de “patrimonio neto”. En otras jurisdicciones (como Sudáfrica y Zimbabue), las agencias tributarias utilizan “auditorías de estilo de vida”.

Reino Unido: “declaraciones de capital”

En el Reino Unido, las autoridades fiscales británicas (His Majesty’s Revenue and Customs, HMRC) tienen una práctica arraigada en los casos de sospecha de evasión fiscal, consistente en preparar “declaraciones de capital”. Estas declaraciones implican una meticulosa “acumulación detallada de información sobre el valor del capital, los ingresos de todo tipo y los gastos”, para revelar si el contribuyente ha gastado más de lo declarado. La idea es que “si los gastos personales y privados sumados al movimiento de activos dan como resultado una suma superior a los ingresos totales, se supone que la deficiencia son beneficios empresariales omitidos en la contabilidad y utilizados por el propietario o los directores a falta de explicaciones satisfactorias”.²

Método del “patrimonio neto” estadounidense

Del mismo modo, en casos de sospecha de evasión fiscal, en Estados Unidos el Servicio de Impuestos Internos utiliza el método del “patrimonio neto”. Este método también tiene una larga historia y ha sido aceptado tanto por los tribunales como por los expertos fiscales.³ El proceso implica cinco pasos para acumular pruebas circunstanciales: “(1) cálculo del patrimonio neto al final de un ejercicio fiscal, (2) sustracción del patrimonio neto al principio del mismo ejercicio fiscal, (3) adición de los gastos personales no deducibles, incluidos los gastos de manutención, (4) sustracción de los ingresos procedentes de fuentes no imponibles y (5) comparación de la cifra resultante con el importe de los ingresos imponibles declarados por el contribuyente para determinar el importe, en su caso, de la infradeclaración”.⁴

“Auditorías de estilo de vida” en Sudáfrica y Zimbabue

Otro mecanismo utilizado por algunas autoridades fiscales que puede aplicarse a las UWO es una “auditoría del estilo de vida”. Por ejemplo, el South African Revenue Service (SARS) en Sudáfrica y la Zimbabwe Revenue Authority (ZIMRA) en Zimbabue han utilizado las “auditorías de estilo de vida” en el contexto de la fiscalización de los contribuyentes. El SARS realiza estas auditorías a los contribuyentes en general, es decir, no sólo a los funcionarios públicos, sino también a los particulares, como las personas con grandes patrimonios. Sin embargo, debe haber un motivo para iniciar una auditoría de este tipo, por lo general, sólo “si hay motivos razonables para sospechar que se ha producido un incumplimiento o un delito fiscal”.⁵ Las señales de alarma que despiertan sospechas pueden proceder de información publicada en los medios de comunicación, de denuncias de presunto fraude fiscal presentadas por miembros del público o de otras alertas, o de casos en los que los activos de un contribuyente superan claramente los ingresos declarados en las declaraciones de la renta. Una vez alertado, el SARS puede llevar a cabo una auditoría de estilo de vida, en virtud de la cual “tratará de determinar el patrimonio neto del contribuyente al comienzo del ejercicio fiscal y compararlo con el patrimonio neto al final del ejercicio fiscal”. En el presente estudio se analizan con más

detalle las auditorías de estilo de vida en el contexto de los programas de declaración obligatoria de ingresos y patrimonio (véase el apartado 3.2.3).

3.1.2 Inicio del proceso UWO

¿Quién puede solicitar una orden?

Tras detectar e investigar una supuesta riqueza injustificada, una autoridad facultada suele iniciar el proceso de UWO solicitando una orden para pedir información a la persona en cuestión, el “demandado”. La ley atribuye la responsabilidad a determinadas autoridades existentes (ya sea una sola o una lista de autoridades designadas), o a una combinación de varias autoridades (por ejemplo, estableciendo una agencia que combine las competencias de las agencias existentes) o a una agencia especializada de nueva creación. Esta configuración institucional para investigar y perseguir las UWO es crucial para el éxito operativo del sistema. En Australia y en el Reino Unido, para iniciar una orden de información, determinadas autoridades designadas tienen que dirigirse a un tribunal (por ejemplo, en el Reino Unido, hasta ahora ha sido la Agencia Nacional contra la Delincuencia, pero también podrían ser, por ejemplo, las autoridades fiscales⁶). En Kenia, las autoridades anticorrupción (EACC) pueden emitir una notificación (exigiendo una “declaración de activos del sospechoso”) sin acudir a los tribunales.⁷ Tabla 3.1 ilustra estas diferentes configuraciones institucionales de las UWO.

En Mauricio, la ley que contiene el sistema de UWO estableció dos nuevas agencias especializadas, la Agencia de Servicios de Informes de Integridad (IRSA) y la Junta de Informes de Integridad.⁸ Para solicitar información al denunciado, la propia IRSA puede emitir directamente una solicitud por escrito al denunciado; la IRSA puede hacerlo por iniciativa propia (es decir, como resultado de sus propias investigaciones) o tras recibir un informe escrito de determinadas autoridades, como el Comisario de Policía o el Director General de la Autoridad Tributaria de Mauricio, o de cualquier persona que especifique “motivos razonables para sospechar que una persona ha adquirido una riqueza injustificada”.⁹ Mauricio informa que otras “personas” -es decir, el público en general- han sido muy activas en este tipo de denuncias, aunque no todas con los mejores motivos. Por lo tanto, es esencial una evaluación independiente y rigurosa de tales informes. El diagrama 3.1 ilustra el proceso en Mauricio.

¿Qué motivos pueden alegarse para solicitar una orden?

La norma preliminar para una UWO suele ser cierto nivel de “sospecha” de riqueza injustificada (véase también el apartado 2.3.5). Por ejemplo, en Australia, al solicitar al tribunal una UWO preliminar, las autoridades deben demostrar al tribunal que existen “motivos razonables” para sospechar que una persona posee un patrimonio injustificado.¹⁰ Un funcionario autorizado debe declarar bajo juramento que sospecha que el patrimonio total de la persona supera el valor del patrimonio del individuo adquirido legalmente y debe incluir los motivos de dicha sospecha.¹¹ La norma del Reino Unido es similar (motivos razonables para sospechar que las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado son insuficientes para permitirle obtener los activos), pero exige más requisitos, como la vinculación con una actividad delictiva grave o la condición de PEP.¹² En Mauricio, la autoridad debe tener “motivos razonables para sospechar que una persona ha adquirido un patrimonio injustificado”.¹³ En el recuadro 3.2 se ofrecen dos ejemplos concretos de disparidades que dan lugar a UWO.

3.1.3 Conservación de los activos durante el procedimiento

Los sistemas de UWO a menudo van, y deberían ir, acompañados de la facultad de dictar órdenes provisionales de embargo preventivo al inicio del procedimiento. Por supuesto, dichas órdenes también deben levantarse lo antes posible tras el cumplimiento y las explicaciones satisfactorias del demandado. Las órdenes de embargo preventivo tienen implicaciones para el cronograma de un caso.

Tabla 3.1. Quién investiga y puede solicitar una orden de riqueza injustificada

País	Investigador	Fuentes
Australia	<p>“Proceeds of crime authority”:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Policía Federal Australiana (AFP) • Director del Ministerio Fiscal <p>En la práctica, la Taskforce de Confiscación de Activos Criminales dirigida por las AFP: Comisión Australiana de Inteligencia Criminal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Oficina Tributaria Australiana • AUSTRAC (Centro Australiano de Informes y Análisis de Transacciones) • Fuerza Fronteriza Australiana 	<p>Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, sec. 179B (UWO preliminar), sec. 179M (UWO), sec. 338.</p>
Kenia	Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción	Kenia, ACECA, sec. 55(2).
Mauricio	<p>Agencias especializadas de reciente creación: proceso de investigación/revisión a dos niveles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad • Consejo de información sobre la integridad 	<p>Mauricio, GGIRA, sec. 4(1) (por la que se establece la IRSA), sec. 7(1) (por la que se crea el Consejo de Informes de Integridad).</p>
Reino Unido	<ul style="list-style-type: none"> • Agencia Nacional contra la Delincuencia (NCA) • Hacienda y Aduanas de Su Majestad • Autoridad de Conducta Financiera • Director de la Serious Fraud Office • Director del Ministerio Fiscal <p>En la práctica: NCA</p>	<p>Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, sec. 362A(7).</p>
Trinidad y Tobago	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Consejo de Hacienda • Interventor de Aduanas e Impuestos Especiales • Comisario de Policía 	<p>Trinidad y Tobago, The Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act, Ley n.º 8 de 2019, sec. 58(1).</p>
Zimbabue	<ul style="list-style-type: none"> • Fiscalía Nacional • Autoridad Fiscal de Zimbabue 	<p>Zimbabue, Ley de blanqueo de capitales y ganancias ilícitas (enmienda) de 2019, sec. 37A.</p>

Diagrama 3.1. Mauricio: proceso de orden de riqueza injustificada



Fuente: Mauricio, Integrity Reporting Board, "Fourth Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board" (Informe anual 2020, presentado el 15 de julio de 2021), en 13, consultado el 13 de diciembre de 2022, <https://www.irsamu/wp-content/uploads/2021/10/IRSA-Annual-Report-2020.pdf>.

Recuadro 3.2. Ejemplos de disparidad de riqueza que dan lugar a una "sospecha razonable"

Caso de Kenia

Ethics and Anti-Corruption Comm'n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. [59] (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenya).

Hechos. El funcionario público demandado poseía bienes inmuebles, vehículos y fondos valorados en más de K Sh 80 millones (US\$649.400) durante un período en el que su salario mensual bruto era inferior a K Sh 64.000 (US\$519).

Sentencia. Un aumento repentino de la riqueza y el hecho de que el demandado no diera explicaciones sobre el origen de la riqueza sirvieron de base para determinar que los activos no se habían adquirido más que como resultado de una conducta corrupta y para declarar que esos activos se confiscaran a favor del gobierno.

Caso de Australia

Re Application under Section 20A of the Proceeds of Crime Act 2002; *ex parte* Comm'r of Australian Federal Police [2017] WASC 114 [62], [63].

Hechos. El valor de los activos bajo el control del demandado era superior a 3,5 millones de dólares australianos (2.364.900 dólares estadounidenses), mientras que sus ingresos declarados para el período en cuestión eran inferiores a 500.000 dólares australianos (337.800 dólares estadounidenses).

Sentencia. Las pruebas eran suficientes para dictar una orden de interdicción porque el tribunal no estaba convencido de que el patrimonio injustificado no procediera de delitos.

UWOs y congelación de activos

A menudo ocurrirá que el inicio de una UWO aumentará el riesgo de disipación o movimiento de los activos al alertar al titular de los mismos. Así pues, en la práctica, es probable que las UWO se dicten junto con las órdenes provisionales de embargo preventivo (como han demostrado hasta ahora los casos del Reino Unido) en casi todos los casos. Las solicitudes se hacen generalmente ex parte, lo que significa que sólo las autoridades están representadas ante el tribunal (como sería el caso en una solicitud de orden de registro, por ejemplo).

Muchos sistemas de UWO permiten los embargos preventivos. Por ejemplo, en Australia, pueden solicitarse órdenes de inmovilización en virtud del artículo 20A de la PoCA para evitar una posible disipación de los activos,¹⁴ como se muestra en el recuadro 3.3.

Del mismo modo, en Mauricio, las autoridades estaban preocupadas por evitar la “disipación de la riqueza injustificada” o el movimiento de los activos “fuera del alcance del Tribunal”¹⁵ y, por lo tanto, promulgaron disposiciones para permitir una solicitud “que prohíba la transferencia, pignoración o enajenación de cualquier activo”.¹⁶ En la versión inicial de la ley, la protección llegaba demasiado tarde en el procedimiento, ya que la congelación sólo podía “solicitarse después de que el propietario de los activos no haya dado una explicación satisfactoria de su patrimonio”. Así pues, una vez alertado por la solicitud legal de la agencia, no había nada que impidiera al demandado intentar poner su patrimonio fuera del alcance del tribunal.¹⁷ En 2020, la ley se modificó para colmar esta laguna.¹⁸ Así pues, las solicitudes provisionales de congelación de activos están ahora disponibles si se demuestra adecuadamente en el momento de la primera notificación al demandado.

Implicaciones de la congelación de activos en los plazos

Una vez que se aplica una congelación provisional de activos, los plazos se convierten en un problema agudo, porque bloquear la capacidad de negociar con un activo durante un tiempo irrazonable podría interferir con el derecho de propiedad del demandado y otros derechos procesales. Así pues, las autoridades suelen tener plazos estrictos para avanzar o abandonar el caso. Por ejemplo, en el Reino Unido, hasta hace poco, si las autoridades habían obtenido una congelación provisional de activos en el contexto de la UWO de investigación, y el demandado había “cumplido” formalmente la orden de investigación de la UWO, las autoridades estaban obligadas a emprender nuevas acciones legales en un plazo de 60 días para obtener una base jurídica independiente sobre la que mantener al activo embargado.¹⁹ En los casos en los que podían recibirse grandes cantidades de datos en respuesta a una UWO, dando lugar a nuevas líneas de investigación, el plazo de 60 días se percibía como potencialmente demasiado corto.

Recientemente, el Reino Unido promulgó una disposición que permite al tribunal ampliar este límite para

Recuadro 3.3. Australia: requisitos para una orden de interdicción en virtud de la Sección 20A

- Una autoridad encargada de los productos del delito solicita la orden.
- Hay motivos razonables para sospechar que el patrimonio total de una persona supera el valor del patrimonio de la persona que fue adquirido legalmente.
- Se cumplen los requisitos de la declaración jurada del funcionario autorizado.
- El tribunal está convencido de que el funcionario autorizado que hizo la declaración jurada tiene la sospecha declarada en la declaración jurada por motivos razonables.
- Hay motivos razonables para sospechar de uno o ambos de los siguientes:
 - que la persona ha cometido un delito contra una ley de la Commonwealth, un delito procesable extranjero o un delito estatal de carácter federal; y/o
 - que al menos parte del patrimonio de la persona proceda o se haya obtenido, directa o indirectamente, de [dicho delito].

Los activos en cuestión pueden ser activos específicos o todos los activos del sospechoso. La orden puede especificar que la orden de interdicción cubra los activos adquiridos por el sospechoso después de que el tribunal dicte la orden.

Fuente: Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 20A.

conceder hasta dos prórrogas de 63 días en la congelación de activos si el tribunal está convencido de que el organismo de ejecución está “trabajando con diligencia y rapidez” y que la prórroga es razonable dadas las circunstancias.²⁰ Por lo tanto, el máximo podría ser de hasta 186 días.²¹ Este tiempo adicional permite una mayor oportunidad para revisar y probar el material presentado en respuesta a una UWO. Si expira el plazo, se levantará el embargo y el demandado será libre de mover su activo. Así pues, las autoridades deberán digerir la información contenida en la respuesta del demandado y actuar en consecuencia, o aportar otras pruebas y presentarlas a un funcionario judicial. Esta acción posterior podría ser un procedimiento civil de confiscación o una acción penal, o posiblemente algunas medidas administrativas.

Es probable que el demandado, sobre el que se tratará en la siguiente sección, impugne la congelación y también se le pida que explique el origen de los activos.

3.1.4 Obligaciones del demandado

¿Cuáles son entonces las obligaciones del demandado? Suponiendo que se haya cumplido el estándar preliminar y se haya emitido la orden o solicitud de información, la siguiente pregunta es qué debe hacer el demandado.

En términos generales, el demandado está legalmente obligado a proporcionar cierta información relacionada con cómo, cuándo y con qué recursos obtuvo la propiedad o la riqueza injustificada en cuestión.

Desde el punto de vista práctico, en esta fase debe haber instrucciones claras sobre qué, cómo, a quién y en qué plazo debe facilitar el demandado la información solicitada. Por ejemplo, ¿debe el demandado presentar una declaración por escrito, junto con los documentos especificados, a una autoridad determinada (a menudo un tribunal) o comparecer personalmente ante el tribunal, o ambas cosas? En Mauricio, el demandado debe responder “mediante declaración jurada en un plazo de 21 días”, a menos que el Director de la Agencia especifique un plazo más largo.²² En Kenia, la autoridad anticorrupción emisora puede exigir al demandado que presente una declaración escrita “en un plazo razonable” especificado en la notificación, enumerando los activos y el momento en que fueron adquiridos, con qué medios (compra, regalo, etc.), y a cambio de qué.²³

En un caso del Reino Unido, en las circunstancias de los protocolos COVID-19, se pidió a los demandados que respondieran al UWO “mediante una declaración en vídeo y la presentación de documentos”.²⁴ Otra cuestión es el modo de presentación: en formato físico o electrónico o ambos. La respuesta puede estar cambiando, acelerada por las circunstancias de la pandemia,²⁵ ya que han aumentado las presentaciones electrónicas y los procedimientos en línea. Esto puede allanar el camino a un mayor número de procesos de presentación electrónica en el futuro, lo que podría redundar en una mayor eficiencia (siempre que se establezcan las salvaguardias de seguridad necesarias).

Una cuestión relacionada, especialmente con respecto a las personas jurídicas, es a quién puede dirigirse la investigación de la UWO. El mero hecho de nombrar a la persona jurídica puede limitar las opciones de ejecución. Como se ha señalado anteriormente, el Reino Unido ha abordado recientemente esta cuestión en sus enmiendas de 2022 a las leyes UWO. En virtud de las enmiendas legislativas, la herramienta de investigación de la UWO puede exigir a un “funcionario responsable especificado” -incluidos directores, funcionarios y gerentes- que proporcione una declaración o documentos, independientemente de que “tenga posesión” o no de los activos objeto de la UWO.²⁶ Esto significa que una persona física nombrada podría ser considerada responsable de no cumplir la orden, un cambio significativo.

En cuanto al fondo, hay dos posibilidades: (a) el demandado no contesta ni cumple formalmente de otro modo; o (b) el demandado conteste o cumpla.

Ninguna respuesta

En todos los sistemas se derivan graves consecuencias si el demandado simplemente no responde sin excusa razonable dentro del plazo previsto. Por ejemplo, en el Reino Unido, si el demandado no responde se presume automáticamente que los activos son “activos recuperables”²⁷ y pueden ser objeto de un procedimiento civil de confiscación. Mauricio también cuenta con una presunción de patrimonio injustificado. Las presunciones de este tipo son habituales y se analizan en detalle en la sección 3.1.6. Además, dependiendo de las circunstancias, la persona puede ser declarada culpable de desacato al tribunal o enfrentarse a otras consecuencias graves. En Kenia, el incumplimiento de la notificación de riqueza injustificada puede dar lugar a una orden de confiscación y también es un delito penal sujeto a una multa y hasta tres años de prisión.²⁸ En el tabla 3.2 se comparan los sistemas y las presunciones, que se analizan con más detalle en la sección 3.1.6.

Respuesta con información engañosa o falsa

Otro tipo de incumplimiento consiste en que el demandado facilite la información dentro del plazo, pero sea engañosa o falsa. En el Reino Unido se ha tipificado un nuevo delito penal específicamente con este fin. En otras palabras, proporcionar información falsa o engañosa en respuesta a una UWO es un nuevo delito autónomo, sujeto a posibles multas y penas de prisión.²⁹ Del mismo modo, en Mauricio una persona comete un delito separado cuando la divulgación es falsa, maliciosa o vejatoria y puede ser condenada a multas y penas de prisión de hasta un año.³⁰ Por otra parte, en muchas jurisdicciones pueden existir ya delitos por proporcionar información falsa o engañosa a un tribunal, que podrían aplicarse a los casos de UWO.

3.1.5 Consecuencias de una respuesta poco convincente**El demandado cumple la orden**

Si el demandado facilita la información en la forma y el plazo solicitados, las autoridades deben entonces evaluar la información y determinar una línea de acción. Hay tres

Tabla 3.2. Consecuencias de la falta de respuesta a una UWO

País	Consecuencia	Fuentes
Reino Unido	Los activos se presumen automáticamente "activos recuperables".	PoCA, sec. 362C.
Mauricio	Activos considerados riqueza injustificada.	GGIRA, sec. 5(1)(b), sec. 13, sec. 16.
Kenia	Activos considerados susceptibles de decomiso, más responsabilidad por un delito penal sujeto a multa y/o hasta tres años de prisión.	ACECA, sec. 55 y art. 26(2).
Australia	Se presume que los activos son riqueza injustificada (derivados o realizados a partir de delitos).	PoCA, sec. 179E.

Fuente: tabla original de este informe. Nota: ACECA = Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos; GGIRA = Ley de Buena Gobernanza e Integridad; PoCA = Ley sobre los ingresos provenientes del delito.

escenarios posibles. En primer lugar, el demandado explica satisfactoriamente su patrimonio. Si el demandado es capaz de satisfacer al tribunal, autoridad u organismo en cuanto al origen lícito de los activos, el proceso se da por concluido y cualquier orden provisoria de embargo preventivo debe levantarse rápidamente.³¹ En segundo lugar, el demandado cumple con la “carga de producción”, con lo que quizás la carga de la prueba recaiga de nuevo en las autoridades. En algunos sistemas, si el demandado presenta pruebas creíbles del origen del patrimonio sin que sean concluyentes, la carga de la prueba recaerá de nuevo en el estado, que deberá demostrar que el patrimonio es injustificado. En otros sistemas, la carga de la prueba recae en el demandado. En tercer lugar, el demandado presenta pruebas que no son satisfactorias para explicar el patrimonio y, por lo tanto, no refutan la demostración inicial de las autoridades, lo que da lugar a nuevos pasos hacia una UWO.

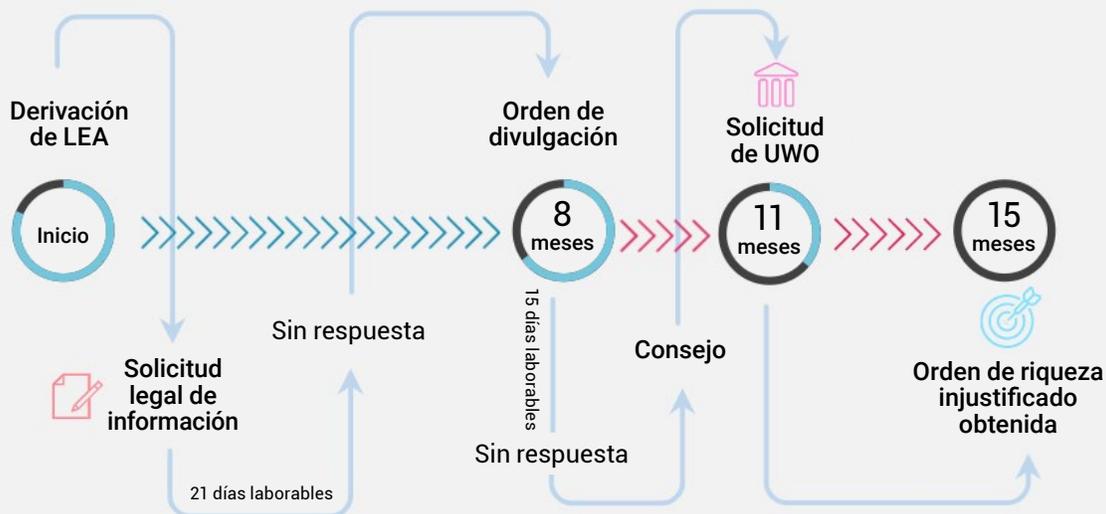
En el tercer caso, existen variaciones entre los sistemas de UWO, entre las que cabe destacar las siguientes.

- Otros procedimientos separados: la autoridad de ejecución solicita llevar a cabo otros “procedimientos de ejecución o de investigación”, como procedimientos separados de decomiso civil.³²
- Revisión de segundo nivel: la autoridad de aplicación remite los casos a una revisión de segundo nivel (por ejemplo, por parte de la IRSA al Consejo de Informes de Integridad) para determinar si procede solicitar a un tribunal la confiscación de los activos.³³
- Procedimiento directo para una orden de decomiso: la “UWO preliminar” en Australia lleva a los demandados directamente ante el tribunal y les exige que proporcionen más información y permite al tribunal determinar si debe emitirse la UWO (orden de pago); si el tribunal no está satisfecho con la explicación del demandado de que el patrimonio se obtuvo legalmente, puede emitir una UWO exigiendo a la persona que pague la cantidad que considere no explicada satisfactoriamente.

Plazos en el contexto de los procedimientos de la UWO

Los sistemas de UWO contienen plazos tanto para los demandados como para las autoridades, así como requisitos de documentación, que pueden diferir en los casos en que se congelan activos, como se ha señalado anteriormente. Los contornos de estos plazos son consideraciones de diseño con relevancia práctica, incluyendo (a) los plazos para ambas partes, (b) las consecuencias de no cumplirlos y (c) qué documentos se requieren y cómo se proporcionan.

Aparte de los plazos estrictos comentados anteriormente en los casos de congelación de activos (sección 3.1.3), en los casos no sujetos a congelación de activos los sistemas de UWO suelen contener algunos plazos; sin embargo, algunos no los tienen. En Mauricio, no existe un plazo legal sobre IRSA en su proceso de revisión de la información presentada por los demandados (aunque, en la primera fase de investigación generalmente tampoco se ha producido una congelación de activos,³⁴ factor que reduce la necesidad de un plazo estricto en esa fase). El plazo hasta la conclusión del caso depende de muchos factores, entre ellos (a) la complejidad del caso (que se corresponde aproximadamente con el valor de los activos en cuestión: cuanto más haya en juego, más probable es que el demandado tenga acceso a abogados de gran poder y pueda ofuscar las cuestiones e idear estrategias elaboradas); (b) la calidad de la derivación (otros organismos pueden omitir información crítica necesaria para respaldar una solicitud de información); (c) la carga de trabajo del tribunal; (d) la facilidad con la que el tribunal concede aplazamientos; y (e) las circunstancias del demandado (bajo custodia o fuera de ella). Por ejemplo, en Mauricio, un caso sencillo puede tardar unos 15 meses en obtener la UWO, mientras que un caso complejo puede requerir cuatro años o más. El gráfico 3.2 ilustra la evolución de un caso sencillo en Mauricio.

Diagrama 3.2. Mauricio: cronología de la orden de riqueza injustificada en un caso simple (parte uno)

Fuente: Mauricio, Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad. Nota: LEA = law enforcement agency, autoridad de ejecución; UWO = unexplained wealth order.

En el sistema británico de UWO, si se determina formalmente que el demandado cumple (o pretende cumplir) la UWO, la pelota vuelve al campo de las autoridades, por así decirlo, para determinar cualquier otra medida de investigación o ejecución en un plazo de 60 días, a menos que las autoridades obtengan una prórroga.³⁵

Además, en un sistema de UWO podría incluirse una disposición independiente y estricta sobre “prórrogas” para permitir a las partes (las autoridades o el demandado) solicitar prórrogas cuando las circunstancias lo justifiquen. Cada caso es diferente y pretender un cronograma ideal inflexible puede ser contraproducente. Correspondería entonces al funcionario judicial determinar si se concede una prórroga. Algunos sistemas procesales prevén prórrogas por causa justificada (especialmente en relación con pruebas localizadas en el extranjero), por lo que esas disposiciones generales pueden servir de ayuda si es necesario, a menos que se excluyan específicamente.

3.1.6 Función de las presunciones *iuris tantum* en las UWO

En un sentido jurídico, una presunción es una inferencia de la verdad extraída de un conjunto definido de circunstancias. Por lo tanto, si una parte establece el conjunto definido de circunstancias, la parte contra la que existe la presunción tiene la carga de presentar pruebas para refutarla (como ilustran los ejemplos del recuadro 3.4), pero normalmente no soporta la carga última de la prueba.

A menudo, en los casos de confiscación, una vez que la agencia gubernamental pertinente ha alegado que los activos o propiedad son producto del delito y presenta pruebas circunstanciales para establecer un caso *prima facie*, la carga se desplaza al demandado para refutar la presunción. Si el demandado presenta una refutación que satisfaga al tribunal, la carga se desplazará de nuevo. El peso de la presunción hará que sea mucho más difícil para el demandado refutar la presunción con una simple afirmación sobre el origen y uso lícitos del activo. En su lugar, el demandado tendrá que presentar pruebas. En general, con respecto a las UWO, se aplican disposiciones

Recuadro 3.4. Bases comunes para las presunciones

- **Poseción.** En virtud de esta presunción, los activos encontrados en posesión de una persona en el momento del delito, o poco antes o después de la comisión del mismo, se consideran producto o instrumento del delito.
- **Asociaciones.** Esta presunción se ha aplicado en casos de delincuencia organizada en los que se presume que los activos pertenecientes a una persona que ha participado en una organización delictiva o la ha apoyado están a disposición de la organización y pueden ser confiscados.^a La inclusión de esta mejora ayuda a atacar la base económica de los grupos delictivos arraigados.
- **Transferencias de activos.** La ley puede imponer una presunción según la cual las transferencias a familiares y allegados o cualquier transferencia por debajo del valor de mercado no son legítimas.^b El titular tendría que demostrar que el activo fue objeto de una transacción en condiciones de libre competencia que implicó el pago del valor justo de mercado.^c Si no se refuta, el tribunal invalidará la transferencia.
- **Naturaleza del delito.** Esta presunción suele estar vinculada a la condena por una clase de delitos especialmente graves, como el tráfico de cantidades sustanciales de drogas, las principales formas de corrupción o fraude, el chantaje o la delincuencia organizada. Tras la condena por un delito de este tipo, se establece una presunción refutable y se presume que los activos acumulados durante un determinado período antes y después de la comisión del delito son producto del delito y están sujetos a confiscación.^d

Fuente: Jean-Pierre Brun et al., « Asset Recovery Handbook », 2ª ed. (Washington, DC: Banco Mundial) en 202-3.

- a En 2005, el Tribunal Supremo Federal de Suiza dictaminó que el ex dictador nigeriano Sani Abacha, su familia y sus asociados constituían una organización criminal y ordenó la confiscación y devolución de 458 millones de dólares de activos relacionados con Abacha utilizando estas disposiciones (Suiza, Departamento Federal de Asuntos Exteriores (DFAE) 2016, 18-20). Véase también el Código Penal suizo (CC 311.0), art. 72: "El tribunal ordenará el decomiso de todos los activos sujetos al poder de disposición de una organización criminal. En el caso de los activos de una persona que participe en una organización delictiva o la apoye (art. 260 ter), se presumirá que los activos están sujetos al poder de disposición de la organización hasta que se demuestre lo contrario" (21 de septiembre de 1937 [estado a 1 de septiembre de 2017], https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/2017090100_00/311.0.pdf).
- b En Tailandia, las transferencias de activos a familiares se presumen deshonestas (Ley contra el Blanqueo de Capitales, B.E. 2542 [1999], arts. 51-52).
- c En Colombia, la parte que intenta refutar la presunción también debe probar que la transacción se produjo realmente (es decir, la parte tenía ingresos suficientes para comprar y la parte vendedora recibió los fondos).
- d Véase, por ejemplo, en los Estados Unidos, 21 U.S.C. § 853(d), que establece que los activos adquiridos en el transcurso de un delito de drogas se presumen productos de la droga.

similares, aunque sin necesidad de demostrar un vínculo directo entre los activos y el delito, ya que se permite que ese vínculo sea mucho más tenue en los sistemas de UWO. Las presunciones refutables son un componente crucial de los sistemas de UWO. Los cuatro principales sistemas de UWO aquí destacados (Australia, Kenia, Mauricio y el Reino Unido) utilizan presunciones.

Las presunciones son una herramienta fundamental especialmente en los casos de gran corrupción, a menudo difíciles de probar, pero muy importantes desde el punto de vista de las políticas públicas. Los funcionarios públicos -especialmente los que llevan mucho tiempo en el servicio público- han tenido muchas oportunidades de malversar y ocultar fondos y a menudo pueden influir en los testigos y frustrar las investigaciones sobre sus activos. En este contexto, liberar a la fiscalía de la carga de establecer que la riqueza injustificada está vinculada a casos específicos de conducta ilegal aumenta en gran medida la posibilidad de obtener una sentencia de confiscación y puede lograrse manteniendo las garantías procesales.³⁶

En cualquier caso, los profesionales deben utilizar las presunciones con prudencia. Cualquier abuso crónico de las herramientas disponibles en un sistema de decomiso puede desprestigiar todo el sistema.³⁷ Por ejemplo, el uso de presunciones para decomisar todos los activos de una persona que ha cometido un delito relativamente menor podría suscitar dudas sobre la integridad del sistema de decomiso y podría afectar negativamente a los derechos de terceros, como familiares no cómplices.

3.2 Coordinación de las autoridades y los marcos de aplicación en un país

Este estudio ha puesto de manifiesto que en la aplicación de los sistemas de UWO pueden intervenir una gran variedad de autoridades gubernamentales. No sólo los investigadores penales, los fiscales y los funcionarios judiciales, sino también los organismos especializados, las autoridades en materia de ética, las autoridades fiscales y los encargados de la cooperación internacional en los ministerios de justicia y otros ministerios. Aunque es habitual que en los sistemas de recuperación de activos participen diversas partes del gobierno, la constelación de actores a los que se recurre para las UWO es especialmente amplia.

Naturalmente, se plantea la cuestión de cómo se coordinarán estas contrapartes entre sí y cómo promover la eficacia y minimizar las fricciones y la rivalidad entre organismos. Entre los actores de los sistemas de UWO, dos tipos de autoridades pueden desempeñar un papel especialmente útil: las autoridades fiscales y las responsables de la verificación de las declaraciones de ingresos y activos de los funcionarios públicos. Esta sección explora no sólo las formas de maximizar los beneficios de la coordinación con estas autoridades, sino también cómo hacerlo dentro de la red más amplia de autoridades de un país.

3.2.1 Cooperación interinstitucional en el contexto de las UWO

Además de la dotación adecuada de recursos, resulta útil la correcta organización de los organismos encargados de aplicar la ley. Esto incluye la capacidad y la organización tanto dentro de un mismo organismo como entre distintos organismos. Dentro de un organismo, las herramientas tecnológicas ofrecen un potencial prometedor para reducir costes a largo plazo mediante la mejora de la productividad. Por ejemplo, en 2016, el Reino Unido anunció sus primeros pasos hacia el establecimiento de un Centro Conjunto de Análisis Financiero (JFAC por las siglas de *Joint Financial Analysis Centre*) con nuevas “herramientas y técnicas de software” y una “adquisición proactiva de datos”.³⁸ Aunque no es un sistema de UWO, el sistema similar de ingresos procedentes del crimen de Irlanda muestra que un componente clave fue el acceso a una base de datos integral y sólida, la base de datos Police Using Lead System Effectively (PULSE), con información sobre los registros penales, de tráfico, fiscales, de propiedad, aduaneros, de bienestar social y de crédito al consumo de todos los ciudadanos.³⁹

Para que un sistema de UWO alcance sus objetivos deben existir mecanismos entre las agencias para una cooperación eficiente y regular, especialmente para la capacidad de compartir información según lo permita la ley, incluso con las autoridades fiscales, de forma oportuna y segura. En algunos casos, la ley debe modificarse para permitirlo (véase “Intercambio de información con las agencias tributarias” en la sección 3.2.2). Las autoridades fiscales, cualquier unidad de inteligencia financiera, la policía, la administración de vehículos de motor y la agencia inmobiliaria, por ejemplo, dados sus diferentes mandatos, pueden tener cada una información diferente y relevante que represente una pieza crucial del rompecabezas necesario para conectar el panorama general hacia una UWO.

Este tema de la cooperación interinstitucional ha sido objeto de estudios

exhaustivos,⁴⁰ como la publicación de la Universidad de Viena centrada en África que se derivó del Proyecto sobre fiscalidad y buena gobernanza 2015–18⁴¹ e informes de la OCDE.⁴²

Coordinación local y federal en Australia

Australia cuenta con dos niveles de cooperación que se aplican a su sistema de órdenes de riqueza injustificada. En primer lugar, la creación en 2011 del Grupo de trabajo sobre confiscación de activos delictivos, dirigido por la Policía Federal Australiana, garantiza la cooperación y el intercambio de conocimientos entre organismos a escala nacional. Se trata de un grupo de trabajo multidisciplinar y multiinstitucional responsable de la investigación y el enjuiciamiento de los ingresos provenientes del delito (incluidas las UWO). Entre los miembros del grupo de trabajo se encuentran la Policía Federal Australiana, la Oficina Australiana de Impuestos, la Comisión Australiana de Inteligencia Criminal, el Centro Australiano de Informes y Análisis Transaccionales y la Fuerza Fronteriza Australiana.⁴³ El segundo nivel de cooperación se da entre la Commonwealth y los estados y territorios a través del Esquema Nacional de Cooperación sobre Riqueza Injustificada,⁴⁴ introducido en 2018, para mejorar la coordinación entre los sistemas de UWO a nivel de la Commonwealth y a nivel de los estados y territorios a través del intercambio de información para los activos incautados disponibles para las jurisdicciones participantes.⁴⁵

Modelo mauriciano de agencias especializadas

El modelo mauriciano es bastante diferente del australiano, empezando por el hecho de que el personal de IRSA no procede de las fuerzas del orden, sino que suele tener una formación de base en servicios financieros o contabilidad, haciendo hincapié en la integridad y la independencia. Para mantener su independencia del poder ejecutivo, la IRSA no está sujeta a supervisión operativa (aunque, por supuesto, debe someterse a supervisión financiera). Como la ley UWO es un pesado martillo, los responsables de políticas quisieron garantizar la buena gobernanza y la imparcialidad, recurriendo a la estructura a dos niveles de IRSA y la Junta de Informes de Integridad para evitar abusos. La IRSA no tiene vínculos formales con ningún otro organismo y depende de la buena voluntad para su cooperación interinstitucional, que al parecer funciona sin problemas. Otros organismos perciben un beneficio de la cooperación con la IRSA, especialmente en determinados tipos de asuntos que a menudo podrían acabar empantanados en procedimientos penales largos e inciertos, por ejemplo, los casos de estupefacientes (en los que es frecuente la intimidación de testigos).

Grupo de trabajo multidisciplinar de Irlanda

En el contexto de procedimientos similares a los de las UWO, la Oficina de Activos Delictivos (Criminal Assets Bureau, CAB) de Irlanda creó un organismo multidisciplinar totalmente nuevo, que reúne en un lugar las competencias y el personal de los organismos encargados de recuperar los ingresos provenientes del delito, incluidos no sólo la policía y los fiscales, sino también los organismos fiscales y de asistencia social. La CAB ataca los ingresos provenientes del delito no sólo mediante decomisos civiles NCB, sino también gravándolos y recuperando cualquier prestación social reclamada falsamente a los declarantes que poseen o controlan dichos activos.

Por último, al igual que en el caso del poder judicial, en la creación de organismos especializados es importante garantizar que sus funciones estatutarias no puedan verse socavadas de forma subrepticia, mediante la concesión a funcionarios políticos de poderes para nombrar o destituir a quienes dirigen los organismos o controlan el presupuesto. Hay que salvaguardar su independencia.

3.2.2 Coordinación con las autoridades fiscales en el contexto de las UWO

Se pueden obtener sinergias si se contempla un papel para las autoridades y las leyes fiscales en el contexto de las investigaciones de las UWO. Para los investigadores fiscales de muchos países, trasladar la carga de la presentación de pruebas a los declarantes pidiéndoles que expliquen la discrepancia entre el “patrimonio neto” o los gastos y los ingresos y el patrimonio declarado puede ser un procedimiento familiar. En comparación con las investigaciones de las UWO, las investigaciones fiscales tienen desencadenantes diferentes (la detección de la discrepancia entre los ingresos declarados y el patrimonio acumulado), un marco temporal diferente (un número determinado de ejercicios fiscales anuales) y una finalidad distinta (recuperar los impuestos evadidos). Por el contrario, las UWO se activan por “causa razonable” o “motivos fundados” para sospechar que se ha acumulado ilícitamente un “riqueza injustificada” durante un período más largo, y las UWO suelen dar lugar a la confiscación de esta riqueza injustificada bajo la presunción de que es producto del delito. A pesar de estas diferencias, ambos procesos pueden complementarse de manera eficaz, tanto en la fase de investigación como en la de recuperación.

En la fase de investigación, las autoridades de la UWO pueden coordinarse con las autoridades fiscales, que suelen tener ciertas competencias de investigación (a veces de gran alcance). Por ejemplo, pueden solicitar más información al contribuyente y a terceros y pueden auditar a los contribuyentes, en los casos en que sospechen que hay ingresos no declarados. Además, las autoridades fiscales de muchos países pueden haber desarrollado herramientas informáticas y de inteligencia artificial para analizar los datos públicos y gubernamentales disponibles, incluidos los de redes sociales. Si existen las leyes necesarias para permitir el intercambio interinstitucional de información, la UWO y los investigadores fiscales pueden compilar una imagen más completa de los ingresos y el patrimonio de una persona. En consecuencia, las autoridades fiscales con experiencia en estos métodos pueden estar bien preparadas no sólo para detectar y revelar posibles patrimonios injustificados, sino también para ayudar y formar a los investigadores responsables de las UWO en tácticas de probada eficacia para recabar información y medir las diferencias entre los ingresos conocidos y otros capitales.

En la fase de recuperación, el sistema de decomiso UWO puede reforzar la recaudación de ingresos fiscales y viceversa. Por ejemplo, aunque los sistemas de recuperación de activos con componentes de riqueza injustificada no permiten en todos los casos que los organismos de recuperación de activos recuperen totalmente una propiedad como producto del delito, a menudo ha sido posible recuperar cantidades significativas en ingresos fiscales no recaudados, intereses y, a veces, sanciones en esos mismos casos. Un problema que puede surgir, sin embargo, es que, cuando varios organismos tienen en la mira el mismo pozo de recursos, puede producirse una rivalidad interinstitucional, especialmente en lo que respecta a qué organismo recupera los fondos y a la forma en que éstos se utilizan. Los memorandos de entendimiento para la cooperación interinstitucional u otros acuerdos de reparto pueden mitigar este problema.

Intercambio de información con las agencias tributarias

Las leyes y los reglamentos pueden modificarse para permitir un mayor intercambio de información entre organismos, incluidas las agencias tributarias. Una vez descubiertas las discrepancias entre activos e ingresos en el contexto de las investigaciones o auditorías fiscales, utilizarlas para llevar casos de riqueza injustificada a menudo sólo será posible superando las normas o prácticas tradicionales que limitan el intercambio de información. Por lo general, existen límites a lo que las autoridades fiscales pueden investigar y revelar (por motivos de confidencialidad).

Cabe hacer dos posibles distinciones al respecto. En primer lugar, a menudo se hace una división entre las leyes fiscales en general y los delitos fiscales (por ejemplo, los

asuntos penales). Por lo que se refiere a los delitos fiscales, en algunas jurisdicciones las autoridades fiscales están facultadas para investigar los presuntos delitos fiscales. En otras jurisdicciones los delitos fiscales pueden requerir agencias fiscales especializadas adicionales o la derivación a otras agencias, como los fiscales o la policía.⁴⁶ En segundo lugar, aunque es menos común que las autoridades fiscales tengan competencias para investigar o aplicar delitos no relacionados con los impuestos, la aplicación de la ley contra tales infracciones puede verse facilitada por las autoridades fiscales, dependiendo de qué formas de intercambio de información y cooperación sean posibles u obligatorias entre las distintas agencias de un gobierno. Si las autoridades fiscales tienen sospechas sobre otros delitos (no fiscales), normalmente las leyes y los mecanismos permiten la derivación a otro organismo o fiscal. Para que esta coordinación sea posible deben eliminarse las barreras jurídicas y prácticas.

La norma general es que las autoridades fiscales están obligadas a respetar la confidencialidad de la información de los contribuyentes facilitada en sus declaraciones de renta o en otras comunicaciones relacionadas con los impuestos.⁴⁷

Según la OCDE, se trata de un principio fundamental de muchos sistemas fiscales.⁴⁸ De hecho, por ejemplo, en el Reino Unido los funcionarios fiscales pueden ser castigados con penas de prisión o multas por “revelación indebida”.⁴⁹ Al codificar el deber de confidencialidad en 2005, el Reino Unido también promulgó excepciones que permiten la revelación con fines como “prevenir o detectar delitos”.⁵⁰

Una posible solución es adaptar la legislación para permitir el intercambio de información entre las autoridades fiscales y otras autoridades en determinadas circunstancias, como han hecho algunos sistemas. Por ejemplo, en Mauricio, la Ley del impuesto sobre la renta de 1995 se modificó (insertando el art. 4A) para prever expresamente una excepción a la obligación de secreto (en virtud del art. 154) para el deber de informar sobre el patrimonio injustificado a la IRSA.⁵¹ En Australia, la Policía Federal Australiana (AFP), en su presentación a la investigación parlamentaria de 2012 sobre la legislación relativa a la UWO, explicó lo crucial que es la información fiscal para sus investigaciones. Por este motivo, acogieron con satisfacción las enmiendas de 2010 que facilitaban este aspecto, entre otras cosas, “permitiendo la divulgación de información sobre los contribuyentes a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y a los tribunales para la investigación de asuntos relacionados con el riqueza injustificada” y, de hecho, propusieron ampliar aún más el intercambio de información, permitiendo a la Agencia Tributaria de Australia compartir la información obtenida a través de interceptaciones de telecomunicaciones en el contexto de un grupo de trabajo prescrito, entre los que es crucial el Grupo de Trabajo de Confiscación de Activos Criminales.⁵²

Los sistemas de UWO se complementan con la legislación fiscal

Las leyes fiscales pueden aplicarse junto con los procedimientos UWO y los casos de producto del delito. Cuando las acciones para confiscar utilizando la legislación relativa a la UWO y a los ingresos provenientes del delito no tienen éxito, las leyes fiscales pueden conducir a la recuperación de los impuestos no pagados sobre la renta, las ganancias de capital, el impuesto sobre el valor añadido y el impuesto de sociedades. Por lo tanto, si una investigación UWO está fracasando, las autoridades deberían perseguir la imposición de los ingresos provenientes del delito. En Australia, una sugerencia para mejorar el éxito de su UWO fue “mejorar el intercambio de información con la Oficina Tributaria Australiana”.⁵³ En el Reino Unido, además de las autoridades tributarias, la Agencia Nacional contra la Delincuencia del Reino Unido está dotada de poderes para desempeñar “funciones generales de recaudación de impuestos”.⁵⁴ Si la Agencia Nacional contra la Delincuencia del Reino Unido tiene “motivos razonables para sospechar que alguien tiene ingresos o activos obtenidos como resultado de un delito”, “elevantará liquidaciones tributarias y perseguirá implacablemente esa responsabilidad junto con las sanciones y los intereses”.⁵⁵

Es probable que las recuperaciones totales a través de las leyes fiscales sean comparables o incluso superiores a las recuperaciones logradas a través de la legislación sobre los ingresos provenientes del delito. Este estudio ha revelado que una jurisdicción, Irlanda, con un sistema similar al de las UWO, ha realizado un seguimiento sistemático de estos datos. Según los informes anuales del CAC de Irlanda, de 2015 a 2020 sus investigaciones dieron lugar a sumas de más de €10 millones en virtud de su legislación sobre ingresos provenientes del delito y más de €13 millones en recaudación de impuestos.⁵⁶

Existe otra relación entre las investigaciones UWO y la aplicación de la legislación fiscal. Como se expone a continuación con respecto a los sistemas obligatorios y voluntarios de declaración de ingresos y activos, es probable que una persona que sea objeto de una investigación UWO intente explicar los activos en cuestión haciendo referencia a los ingresos percibidos en años anteriores. Por lo general, los contribuyentes están obligados a declarar periódicamente sus ingresos (por ejemplo, anualmente, trimestralmente) y a pagar impuestos por ellos, e incluso pueden tener obligaciones adicionales de declaración de información (por ejemplo, de declarar cuentas bancarias en el extranjero⁵⁷), por lo que cabría esperar encontrar un registro de los mismos. De no ser así, esto significa que o bien la persona debería haber declarado los ingresos y pagados impuestos por ellos o, si la persona no los declaró, los investigadores podrían cuestionarse si realmente los recibió alguna vez de fuentes legítimas.

Sin embargo, en algunos países hay determinadas categorías de activos que no están sujetas a impuestos y que pueden no estar sujetas a ninguna otra obligación de declarar a las autoridades fiscales. Afirmar que el patrimonio propio procede de estas categorías tiene un atractivo evidente. Si un determinado tipo de renta o patrimonio queda fuera del ámbito de aplicación de la legislación fiscal, las autoridades tributarias no tienen derecho a gravarlo ni (en algunos casos) a solicitar información sobre él (si la renta en cuestión no es imponible ni declarable). Esto tiene consecuencias para la interacción entre las leyes fiscales y los sistemas de UWO.

Por ejemplo, si las ganancias de la lotería o de las actividades de juego y las herencias o donaciones no están sujetas a impuestos (o no son declarables), el demandado puede intentar alegar que la propiedad en cuestión es el resultado de ganancias de juego en una jurisdicción extranjera (quizás una con la que no exista intercambio de información o MLA en vigor).⁵⁸ Como estos ingresos no están sujetos a impuestos en la jurisdicción UWO, el demandado no tiene que declararlos. Si el tribunal acepta esta alegación como una "explicación" adecuada del patrimonio de la persona, las autoridades tendrán que volver a solicitar información a jurisdicciones extranjeras, lo que podría resultar difícil cuando no existan acuerdos de intercambio de información o de MLA que funcionen correctamente. En consecuencia, los países que se planteen la posibilidad de aplicar la obligación de declaración universal podrían beneficiarse de la revisión de sus sistemas fiscales y plantearse tres cuestiones: (a) en primer lugar, qué documentación, en su caso, puede exigirse si una persona ofrece tal explicación; (b) si es factible adaptar la legislación fiscal para cubrir algunas de las categorías de ingresos identificadas; o (c) si las razones políticas por las que determinados ingresos (o patrimonio o transacciones) quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación fiscal superan esta preocupación, ¿pueden hacerse declarables tales ingresos o patrimonio, al menos, si no imponibles?

Un ejemplo de estas obligaciones de declaración puede encontrarse en la legislación austriaca, en la que, aunque las herencias y donaciones no están sujetas a impuestos, determinadas transferencias de riqueza que superan un umbral de, por ejemplo, €50.000, deben declararse (por lo que no están sujetas a impuestos, pero sí a declaración).⁵⁹ En este caso, las autoridades tienen derecho a solicitar información sobre los ingresos obtenidos de esas fuentes declarables, lo que puede ayudar a garantizar una imagen más completa y rastreada de la riqueza de un individuo. Para captar más información, el umbral podría rebajarse (por ejemplo, los legisladores podrían querer

que fuera inferior al umbral de valor de los activos cubiertos por las UWO, pero no tan bajo como para dificultar su administración tanto para las autoridades como para los contribuyentes). Además, debería haber sanciones por incumplimiento y normas de protección contra la fragmentación y la estructuración (por ejemplo, el riesgo de que los contribuyentes hagan donaciones más pequeñas a lo largo de más de un año únicamente para evitar la obligación de declarar).

3.2.3 Papel de los sistemas obligatorios de declaración de la renta y el patrimonio de los funcionarios públicos

Los sistemas obligatorios de declaración de ingresos y activos para los funcionarios públicos pueden reforzar los sistemas de UWO. Como parte de los esfuerzos para promover la rendición de cuentas y la transparencia, muchos países han introducido la obligación de que los funcionarios públicos divulguen sus activos e ingresos. Estos incluyen intereses financieros y empresariales, como propiedades, bienes inmuebles, vehículos, joyas e inversiones financieras. Una agencia, organismo o comisión recibe las declaraciones y puede encargarse de verificar su exactitud, hacer pública parte de la información o ambas cosas. En varios trabajos, la Iniciativa StAR traza el desarrollo de tales declaraciones, explicando cómo y por qué se han convertido ahora en una norma mundial.⁶⁰ Por ejemplo, la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción especifica que sus partes deben “exigir a todos los funcionarios públicos o a los funcionarios públicos designados que declaren sus activos en el momento de asumir el cargo, durante y después de su mandato en la administración pública”.⁶¹ Además, la CNUCC especifica que sus partes (a) “se esforzarán ... establecer medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos hacer declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas, empleo, inversiones, activos y regalos o beneficios sustanciales de los que pueda derivarse un conflicto de intereses con respecto a sus funciones como funcionarios públicos”⁶² y (b) en las disposiciones sobre recuperación de activos, “considerarán la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos que corresponda y dispondrán sanciones apropiadas en caso de incumplimiento”.⁶³

A partir de estas definiciones, algunas opciones de diseño incluyen (a) si hacer públicas las declaraciones, (b) el momento y la frecuencia de dichas declaraciones (idealmente al principio, durante y después de su servicio público, como sugiere la Convención de la Unión Africana) y (c) las sanciones apropiadas en caso de incumplimiento (como sugiere la CNUCC). Es en relación con el tercer elemento donde un sistema de UWO puede resultar más útil.

Tanto los sistemas de UWO como las declaraciones obligatorias de activos para los funcionarios públicos exigen la divulgación de información. Por lo demás, son herramientas diferentes, ambas con un papel importante y complementario que desempeñar dentro del mismo ordenamiento jurídico. Al forzar la transparencia, estas declaraciones pretenden disuadir de la corrupción y los conflictos de intereses. Estos sistemas de divulgación se concentran en los “funcionarios públicos”, dado que se les confían recursos, responsabilidades y servicios públicos del estado y, por lo tanto, el hecho desencadenante es simplemente la asunción de un cargo público, con independencia de cualquier sospecha de riqueza injustificada. Esas declaraciones pueden ser una fuente crucial de información para futuras UWO. Si años más tarde, una vez finalizado el mandato, se descubre que un antiguo funcionario público ha amasado un patrimonio excesivo, esas declaraciones previas pueden ser un punto de partida importante para el proceso de recopilación de información para una UWO, ya sea por lo que enumeran o por lo que omiten.

Además, los sistemas de UWO y de declaración de ingresos y patrimonio se refuerzan mutuamente. Si un funcionario que es demandado en un procedimiento UWO

proporciona información sobre las fuentes de ciertos ingresos que el funcionario, sin embargo, no declaró en su formulario de declaración de ingresos y activos el funcionario puede enfrentarse a consecuencias. Por ejemplo, en Kenia, si un funcionario público parece poseer una riqueza injustificada, pero, previa solicitud, proporciona una explicación satisfactoria de esta discrepancia en virtud del procedimiento de “activos injustificados” de la ACECA, el funcionario público puede, no obstante, ser considerado responsable por no haber informado plenamente de toda la riqueza en las “declaraciones de ingresos, activos y pasivos” del funcionario a la EACC, tal como exige la Ley de Ética de los Funcionarios Públicos.⁶⁴ De esta manera, estos dos sistemas pueden apoyarse mutuamente para cerrar una brecha, como muestra el ejemplo del recuadro 3.5.

Auditorías del “estilo de vida” de los funcionarios públicos

Por último, el término “auditorías del estilo de vida” ha acaparado titulares en África, aunque su significado exacto puede variar. Se ha utilizado de diversas maneras: (a) en algunos casos, como en Sudáfrica y Zimbabue, se refiere a las auditorías de los contribuyentes, realizadas por las autoridades fiscales, similares a los métodos de “declaraciones de capital” y “patrimonio neto” en el Reino Unido y Estados Unidos, respectivamente, que se analizaron en la sección 3.1.; (b) en otros, se refiere a las auditorías sobre la exactitud de las declaraciones de riqueza o patrimonio de los funcionarios públicos, en este caso como herramienta para reforzar dichos sistemas; o (c) puede ser una herramienta de investigación, como en la propuesta de Ley de Auditoría del Estilo de Vida en Kenia (recuadro 3.6), que se asemeja a los sistemas de UWO estudiados en este informe, aunque por lo general se dirige de forma más restringida a los funcionarios públicos nacionales para detectar malversaciones de fondos públicos.⁶⁵

En Zimbabue, las autoridades fiscales (ZIMRA) llevan varios años realizando auditorías sobre el estilo de vida de algunos grupos de su personal interno. Como resultado, se recuperaron importantes sumas ya en 2018, cuando más de 30 empleados fueron suspendidos o perdieron su empleo. Esas sumas han aumentado cada año desde entonces: según el informe de 2021 de ZIMRA, las auditorías de estilo de vida, combinadas con otros datos de inteligencia, identificaron más de US\$1 millón para la recuperación.⁶⁶ Como se ha mencionado, estos ejemplos de auditorías de estilo de vida suelen tener un alcance y una función específicos: pueden centrarse exclusivamente en los funcionarios públicos y son principalmente investigaciones (como indica “auditorías”) destinadas a detectar malversaciones de fondos públicos o declaraciones falsas de activos. Pueden diferir de las UWO si están diseñadas para abarcar a una clase de personas, como una unidad de un organismo público, en lugar de desencadenarse por una sospecha individualizada, como es el caso de las UWO, y si se producen de forma periódica.

Recuadro 3.5: utilización de formularios de declaración de ingresos y patrimonio en el procedimiento UWO, Kenia: Ethics and Anti-Corruption Comm'n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. [59], [81], [83] (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenia)

Hechos. El gobierno alegó que el funcionario público demandado poseía bienes inmuebles, vehículos y fondos valorados en más de K Sh 80 millones (US\$649.400) durante un período en el que su salario mensual bruto como funcionario público era inferior a K Sh 64.000 (US\$519). Como prueba de que sus ingresos legítimos eran muy reducidos, la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción presentó los formularios de declaración de patrimonio del demandado en cumplimiento de los requisitos de la Ley de Ética de los Funcionarios Públicos para los años 2003 y 2007. Había declarado activos por un importe bruto de K Sh 1,03 millones en 2003 (US\$ 8.360) y K Sh 1,7 millones en 2007 (US\$13.800), lo que contrasta enormemente con los resultados de la investigación.

Sentencia. El tribunal consideró que los activos constituían una riqueza injustificada y estaban sujetos a confiscación.

Nota: UWO = orden de riqueza injustificada.

Recuadro 3.6. Proyecto de Ley de Auditoría del Estilo de Vida de Kenia de 2021

La propuesta de Ley de Auditoría del Estilo de Vida de Kenia de 2021 tiene las siguientes características.

- Una “auditoría del estilo de vida” se define como “una auditoría de investigación del nivel de vida de una persona para determinar su coherencia con los ingresos obtenidos y declarados legalmente”.
- Se aplica a los “funcionarios públicos”.
- Puede iniciarse una auditoría del estilo de vida cuando existan razones para creer que (a) un funcionario vive por encima de sus ingresos legalmente obtenidos y declarados y (b) es incapaz de justificar las fuentes de ingresos.
- Según el proyecto de ley, la “riqueza injustificada” es un motivo para una orden que obligue a facilitar información a un funcionario público: “La Comisión podrá, cuando existan motivos razonables para sospechar que los ingresos obtenidos legalmente por un funcionario público serían insuficientes para permitirle obtener activos de su propiedad, solicitar que se expida una orden de registro contra un funcionario: a) para que explique la naturaleza y el alcance de su interés en un activo concreto; y b) la forma en que adquirió el activo” (art. 6).
- El proyecto de ley también contiene una orden de bloqueo de cuentas en relación con una auditoría del estilo de vida y un posible decomiso de cuentas.^a
- El proyecto de ley caducó en 2022, cuando la legislatura abandonó el período de sesiones, pero puede volver a presentarse.

Fuente: Kenia, The Lifestyle Audit Bill, 2021, consultado el 18 de marzo de 2022, <http://www.parliament.go.ke/sites/default/files/2021-07/36%20The%20Lifestyle%20Audit%20Bill%2C%202021.pdf>.

a Véase, por ejemplo, The Lifestyle Audit Bill, 2021, sec. 14 y sec. 16; Proyecto de ley de auditoría del estilo de vida (n.º 2) de 2019, sec. 15 y sec. 17.

3.2.4 Papel de los programas voluntarios de divulgación de activos e ingresos

Un efecto secundario de los sistemas de UWO puede ser un aumento repentino del número de contribuyentes que antes no cumplían las obligaciones fiscales y que, gracias a la declaración voluntaria, vuelven a formar parte de la red fiscal de un país. La promulgación de un sistema de UWO indica a esos contribuyentes que las autoridades disponen ahora de otra herramienta para indagar sobre su patrimonio. Si los activos no se han declarado a efectos fiscales, los declarantes se enfrentan a una elección. El declarante puede acogerse a un sistema de declaración voluntaria, si cumple los requisitos, y aceptar así pagar impuestos con posibles intereses y sanciones. O puede persistir en no declarar y enfrentarse a un mayor riesgo de detección, con posible confiscación del activo, como resultado de la nueva UWO.

Los programas de divulgación voluntaria pueden definirse, en general, como “oportunidades que ofrecen las administraciones tributarias para que los contribuyentes que antes no cumplían sus obligaciones fiscales puedan corregirlas en condiciones específicas”.⁶⁷ Tras la reciente oleada de acuerdos internacionales para intercambiar información (especialmente la ampliación del intercambio automático de información),⁶⁸ estas herramientas volvieron a situarse en el radar político. La combinación de los programas de intercambio de información y de divulgación voluntaria se señaló como una oportunidad única para aumentar significativamente el cumplimiento mediante la regularización del mayor número posible de contribuyentes y su reincorporación a la red fiscal de forma sostenida. El beneficio potencial de estos programas es la oportunidad

de facilitar el cumplimiento a tiempo, ahorrando costosas y polémicas auditorías, litigios y procedimientos penales.⁶⁹ Sin embargo, existen riesgos y se necesita una calibración delicada.

En primer lugar, hay que encontrar un equilibrio. Un programa de declaración voluntaria debe ser tal que los contribuyentes que se presenten voluntariamente paguen más de lo que habrían pagado si hubieran sido plenamente cumplidores desde el principio, pero se enfrenten a sanciones menos punitivas que los evasores que no hacen ninguna declaración pero son detectados por su administración tributaria.⁷⁰ El equilibrio se establece entre otorgar el incentivo suficiente para que los contribuyentes participen en los programas y no recompensar o alentar la conducta que previamente no cumplía.⁷¹ En segundo lugar, el programa debe evitar crear una percepción de injusticia para la gran mayoría de los contribuyentes que ya son cumplidores.⁷² Si los contribuyentes cumplidores perciben que los contribuyentes incumplidores obtienen finalmente un trato favorable, se alimentará el resentimiento.⁷³

La introducción del Plan de Declaración Voluntaria de Activos e Ingresos (VAIDS)⁷⁴ de Nigeria ofrece un ejemplo interesante de cómo las UWO pueden influir en el éxito de estos sistemas. El VAIDS pretendía ofrecer a los contribuyentes una oportunidad limitada en el tiempo para regularizar su situación fiscal en relación con períodos impositivos anteriores. Los contribuyentes debían declarar de forma completa y honesta los activos e ingresos no declarados anteriormente y, a cambio, obtendrían una exención de intereses y multas, la exención de ser procesados por delitos fiscales y la inmunidad frente a cualquier auditoría fiscal. Algunos comentaristas afirman que una declaración de este tipo podría constituir una defensa válida contra una solicitud de UWO, con el argumento de que, si un nigeriano se enfrentara a una acción de UWO, pero hubiera declarado en virtud del VAIDS, sería mucho más difícil para el Reino Unido obtener una orden de embargo: "Para el gobierno británico, impugnar la validez de una declaración VAIDS que Nigeria ha aceptado y por la que se han pagado impuestos violaría los tratados fiscales bilaterales entre los dos países".⁷⁵

Se informó de que el posible "palo" de la UWO condujo, por tanto, a un aumento del número de personas que optaron por la "zanahoria" en el marco del programa VAIDS. No obstante, los profesionales también reconocieron con razón el contraargumento crucial de que "VAIDS no se diseñó como una amnistía para los fondos saqueados o el dinero negro" y, por lo tanto, en los casos en que el dinero o los activos representan ingresos provenientes del delito, una declaración y regularización a efectos fiscales no cambiaría ese hecho subyacente. Si bien es posible que Nigeria ya se esté beneficiando de los ingresos fiscales atrasados recientemente recaudados gracias a una oleada de declaraciones VAIDS, Nigeria aún se beneficiaría más de la UWO del Reino Unido, si descubriera que algunos de los activos declarados en virtud de la VAIDS fueron adquiridos como resultado de otras actividades delictivas (no fiscales) y si, por tanto, el Reino Unido procediera a recuperar esos activos y, en última instancia, a devolverlos a Nigeria.

Además, dependiendo de la forma de la ley de declaración voluntaria, declarar y pagar impuestos sobre un activo o flujo de ingresos no debería aislar a la persona de otras responsabilidades, especialmente si la persona carece de pruebas del origen legítimo de los activos. Además, un programa voluntario de revelación de información fiscal es útil, pero un país no debe considerar que ese es el final del asunto. Una distinción importante es que los sistemas de UWO se dirigen al producto de los delitos en general, no sólo a los delitos fiscales. Por lo tanto, los estatutos de revelación voluntaria de ingresos deben limitarse a los beneficios fiscales. Los países deberían esforzarse por recuperar tanto los impuestos evadidos como los activos adquiridos ilícitamente o robados de otras formas. Estas dos herramientas, si se diseñan adecuadamente, pueden ser una poderosa combinación en ese esfuerzo.

3.3 Cooperación y coordinación internacionales

Se debería animar a los países a cooperar con otros países para maximizar los beneficios de un sistema de UWO. En lo que respecta a los intercambios de información y la asistencia judicial mutua, en particular, existe una relación matizada con las UWO. Por un lado, los sistemas de UWO pueden ayudar a superar algunas barreras a la recopilación de información y pruebas, precisamente porque obtienen información y documentación de los demandados que deben explicar su patrimonio. Así pues, las UWO pueden ser especialmente beneficiosos en la fase inicial de la investigación de los ingresos provenientes del delito. Por otra parte, en etapas posteriores, los países pueden enfrentarse a los mismos retos que con otros mecanismos de recuperación de activos. A menudo sigue siendo necesario obtener información de una jurisdicción extranjera para comprobar la veracidad o refutar las pruebas aducidas por el sospechoso sobre la fuente lícita de sus ingresos.

Además, la ejecución de sentencias relativas a activos situados en el extranjero seguirá requiriendo un MLA. Aunque una medida para aliviar este reto es diseñar el sistema de UWO para permitir la confiscación basada en el valor o las órdenes de pago (en otras palabras, en lugar de ir tras la propiedad en el extranjero, permitir que se consideren activos sustitutos o pagos de una cantidad equivalente).⁷⁶ Esta solución sería eficaz si el demandado tiene otros activos o cuentas bancarias en la jurisdicción de ejecución.

En cuanto a las fases iniciales, una de las razones que justifican los sistemas de UWO es que, en general, dependen menos de la cooperación transfronteriza en la fase de investigación, ya que dependen más del demandado para obtener la información necesaria para construir el caso a favor de la recuperación del activo. Sin embargo, antes de que la carga recaiga en el demandado, las autoridades necesitan cierta información para poder detectar la riqueza injustificada en primer lugar. En el caso de algunos activos situados dentro de la jurisdicción de ejecución, es posible que no se necesite más información. Por ejemplo, una mansión o un gran yate de gran valor se observan fácilmente y pueden servir de base para solicitar un UWO.

Sin embargo, en lo que respecta a los activos situados en el extranjero, todavía pueden surgir problemas durante la fase inicial de recopilación de información si las autoridades no disponen de suficiente información sobre algunos activos; por ejemplo, si las autoridades desean confirmar determinados activos situados en el extranjero, como cuentas bancarias. Aunque el intercambio de información (incluido el intercambio automático de determinada información fiscal y financiera) ha mejorado, aún queda mucho por hacer, especialmente en los países en desarrollo.⁷⁷

Incluso para los activos situados dentro de la jurisdicción de ejecución, si un país necesita probar el “vínculo con el delito” a través de pruebas fiables de un procedimiento extranjero, le puede costar conseguir esa documentación, aunque dicha información puede no necesitar ser muy detallada, como ilustra un caso del Reino Unido. En *NCA v. Mrs. A*,⁷⁸ la demandada argumentó que era incorrecto que NCA se basara en una condena por corrupción contra el marido de la demandada en Azerbaián porque el procedimiento del juicio no respetaba los derechos humanos. El tribunal dictaminó que, en la fase de la UWO, un procedimiento de investigación, el tribunal no estaba obligado a determinar la imparcialidad de un juicio en el extranjero, por lo que el tribunal podía considerar adecuadamente su condena para decidir que los ingresos demostrados no eran suficientes para justificar el patrimonio. Además, el umbral para excluir la confianza en una condena extranjera por motivos de derechos humanos es alto, ya que requiere una privación flagrante de los derechos de una persona, como una condena basada en una confesión obtenida mediante tortura, y éste no parecía ser un caso así. Al contrario, ciertas pruebas corroboraron la condena. Así pues, una ventaja de las UWO es que los tribunales probablemente no exijan pruebas elaboradas en cuanto a la solidez del caso extranjero, si dio lugar a una condena por determinados delitos o si todos los aspectos

del procedimiento cumplieron las garantías procesales, ya que todo lo que se requiere es “sospecha”, un vínculo débil con las actividades delictivas.

No obstante, las UWO pueden seguir dependiendo de los acuerdos y procedimientos de cooperación formales (MLA) e informales vigentes con otras jurisdicciones. Esto incluye leyes para el reconocimiento de sistemas extranjeros (no basados en condenas) de recuperación de activos (que no existen en todas las jurisdicciones, por lo que pueden no ser universalmente reconocidos) y sentencias civiles y acuerdos para el intercambio de información y MLA. Las dificultades para obtener pruebas a través de la MLA son obstáculos recurrentes para la recuperación de activos.⁷⁹

3.3.1 Aplicación de los principios de doble incriminación y especialidad

Las jurisdicciones que carecen de legislación en materia de UWO pueden cuestionarse si se respeta el principio de doble incriminación cuando se les pide que faciliten información en apoyo de una investigación UWO destinada a verificar las respuestas de un demandado que afirma que los activos se adquirieron legítimamente con recursos procedentes de su territorio.

Muchas leyes de UWO dependen en cierta medida de las leyes penales, porque las leyes de UWO pueden exigir, por ejemplo, motivos razonables para sospechar un vínculo con una actividad delictiva en la jurisdicción de aplicación o en otra. Esto tiene implicaciones para la doble incriminación en el contexto de la MLA. No todas las jurisdicciones penalizan, por ejemplo, la “corrupción de funcionarios públicos extranjeros” o las “violaciones de las leyes de control de divisas”,⁸⁰ y las circunstancias en las que se penalizan determinados comportamientos difieren. Por ejemplo, la evasión fiscal por sí sola puede no estar tipificada como delito en todas las jurisdicciones, sino que puede convertirse en delito sólo si va acompañada de ciertas “circunstancias agravantes”, como “cuando se falsifican deliberadamente registros o pruebas”.⁸¹

En la medida en que el ámbito de aplicación de la UWO esté vinculado a determinados delitos (por ejemplo, como en la categoría de demandado UWO del Reino Unido para la que deben existir “motivos razonables para sospechar que... el demandado está o ha estado implicado en un delito grave [ya sea en una parte del Reino Unido o en otro lugar]”), la lista de delitos tipificados puede afectar qué circunstancias entran en el ámbito de aplicación de la UWO. Además, si el comportamiento se comete en el extranjero y se exige la doble tipificación para la MLA, las discrepancias entre lo que está tipificado como delito en una jurisdicción y no en la otra pueden crear límites para la prestación MLA.

Además, la “regla de especialidad”, que dicta que la información proporcionada a través de la MLA para el propósito declarado de la solicitud sólo puede utilizarse en ese procedimiento, puede limitar el intercambio entre organismos dentro de un gobierno. Si los investigadores fiscales penales reciben información para utilizarla en la investigación de la evasión fiscal, es posible que no puedan transferir automáticamente esa información a los fiscales que pretendan incoar un procedimiento UWO. Las posibles soluciones incluyen solicitar al Estado requerido permiso para compartir su información con las otras ramas del Estado requirente, o hacer que esa otra rama formule simplemente la misma solicitud, que en la mayoría de los casos sería concedida. Otra alternativa es buscar la información de manera informal y utilizarla para obtener otra información o pruebas.

3.3.2 Intercambio internacional de información fiscal

En cuanto a la información fiscal, los convenios de doble imposición han permitido históricamente el intercambio de información. Sin embargo, muchos países en desarrollo disponen de redes muy limitadas de este tipo de convenios. Una solución es el Convenio Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria (MCMATM, por las siglas de Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters).⁸² Este convenio ahorra a los países el proceso de tener que negociar múltiples acuerdos bilaterales, que

requiere más tiempo y recursos, al permitir el acceso al sistema mundial de intercambio de información, incluida la posibilidad de optar —previo acuerdo mutuo entre dos partes— por el intercambio automático de algunas categorías de información.

Es importante destacar que el MCMATM permite a los países obtener información de centros extraterritoriales clave con los que es poco probable que deseen negociar un convenio de doble imposición. Utilizando este canal, los países pueden intentar hacer un uso más completo del intercambio de información con fines fiscales, ya que puede mejorar significativamente su capacidad para detectar riqueza injustificada en primer lugar. El intercambio de información con fines fiscales es una herramienta importante para los investigadores, suponiendo que sea legal y operativamente posible compartir la información y coordinar entre la administración fiscal y las otras ramas de la aplicación de la ley.

Aunque el MCMATM podría ser especialmente útil para los países en desarrollo con redes de tratados limitadas, el uso de la información tiene sus límites. La recepción de información con fines fiscales puede ser extremadamente útil para obtener una imagen más completa de los ingresos y el patrimonio de una persona (y aún más útil si existe una cooperación interinstitucional satisfactoria, como se expone en el apartado de consideraciones políticas e institucionales). Sin embargo, la disponibilidad de la información para su uso en un procedimiento UWO puede verse limitada por restricciones de confidencialidad, a menos que la ley UWO particular haya superado este obstáculo.

3.3.3 Resumen

Estos complejos factores de doble incriminación y de intercambio de información fiscal deben sopesarse a la hora de elaborar un sistema de UWO. La dependencia de la cooperación transfronteriza varía en función de las circunstancias. En la medida en que la UWO se refiera a activos situados en la jurisdicción emisora de la UWO, los retos de la cooperación transfronteriza son, por lo general, más fáciles de superar. Por ejemplo, hasta la fecha, las autoridades británicas parecen concentrar sus esfuerzos en los activos situados dentro de sus fronteras (recuadro 3.7).

Recuadro 3.7. Reino Unido: casos de UWO relativos a propiedad dentro de la jurisdicción de ejecución

1. El Reino Unido solicitó órdenes de riqueza injustificada (UWO) contra el Sr. Hussain, promotor inmobiliario, en relación con ocho propiedades que estaban registradas como de su propiedad y seis empresas que eran de su entera propiedad. En el momento de la solicitud, las propiedades estaban valoradas en unos £9.970.000. El Reino Unido alegó que el Sr. Hussain poseía las propiedades porque era el propietario registrado o accionista único y director de otras seis sociedades registradas como propietarias de las propiedades, teniendo un control efectivo sobre las mismas. Basándose en las pruebas que demostraban que los ingresos anuales declarados del Sr. Hussain eran inferiores a £10.000 la mayor parte del tiempo, que las seis empresas no tenían ingresos y sus presuntos vínculos con delitos graves, las autoridades obtuvieron órdenes de embargo para más de 45 propiedades en Londres, Cheshire y Leeds, cuatro parcelas de terreno, así como otros activos y £583.950 en efectivo, con un valor combinado de £9.802.828. *Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors* [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.).
2. Del mismo modo, el Reino Unido recurrió a la UWO para embargar activos por valor de £30 millones propiedad de Zamira Hajiyeva y su marido, incluidos dos inmuebles en el Reino Unido. Uno de los inmuebles había sido adquirido en diciembre de 2009 por Vicksburg Global Inc, sociedad constituida en las Islas Vírgenes Británicas, por un precio de £11.500.000. *Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency* [2020] EWCA (Civ) 108 [3] (Eng.); *Nat'l Crime Agency v. A* [2018] EWHC (Admin) 2534 (Eng.).

Por el contrario, en la medida en que una UWO se refiere a activos que no están bajo el control de la jurisdicción en cuestión, la cooperación transfronteriza se convierte en esencial para recuperar el activo y, en una fase más temprana, para un embargo provisoria o una orden de interdicción.⁸³ El diseño del sistema de UWO puede mitigar potencialmente este reto si existe la confiscación basada en el valor, como en Australia o Mauricio, ya que no es necesariamente el activo en sí lo que debe recuperarse. En este caso, la UWO puede dar lugar a una confiscación basada en el valor o a una orden obligatoria de pago de una cantidad equivalente en valor a los activos recuperables o a la riqueza injustificada, suponiendo que el demandado tenga activos monetarios en la jurisdicción de ejecución.

En resumen, la dependencia de la cooperación transfronteriza varía en función de la fase (por ejemplo, la fase de investigación, la fase de repatriación o la fase de recuperación), las circunstancias (por ejemplo, la ubicación de la propiedad) y el diseño del sistema de UWO. Si la propiedad se encuentra dentro de la jurisdicción de ejecución, es posible que se necesite muy poca cooperación, especialmente en las primeras fases de la UWO. En fases posteriores, es probable que la cooperación sea más importante.

Notes

- 1 Véase, por ejemplo, UK, HM Revenue and Custom's internal guidance, consultado el 8 de marzo de 2020, <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/enquiry-manual/em3581>.
- 2 Reino Unido, HM Revenue and Customs, manual interno de HMRC, Enquiry Manual, "Recalculating Profits: Private Side-Capital Statements: Uses" (EM 3581), y "Recalculating Profits: Private Side-Capital Statements: Basis of calculation" (EM3583) (publicado el 12 de abril de 2016; actualizado el 24 de marzo de 2020), <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/enquiry-manual/em3581>.
- 3 Véase, por ejemplo, US, Internal Revenue Manual, parte 9. Criminal Investigation, cap. 5. "Proceso de investigación", sec. 9. "Methods of Proof", 19 de marzo de 2012, https://www.irs.gov/irm/part9/irm_09-005-009; véase también Nelson W. Taylor III, "Taxation-Tax Fraud Cases-Use of Net Worth Method", North Carolina Law Review 33, n° 688 (1955), <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol33/iss4/19>.
- 4 Estados Unidos contra Schafer, 580 F.2d 774, 775 (5ª Cir. 1978).
- 5 SARS (South African Revenue Service), "SARS Search and Seizures Operations Are Strictly Governed" (comunicado de prensa, Pretoria, 5 de marzo de 2018), consultado el 31 de enero de 2021, <https://www.sars.gov.za/Media/MediaReleases/Pages/5-March-2018-SARS-search-and-seizure-operations-are-strictly-governed.aspx>; "Six SARS Audit Tips for the Captured," Tax Consulting South Africa, <https://www.taxconsulting.co.za/six-sars-audit-tips-for-the-captured/> ("El SARS no está autorizado a plantear una liquidación de impuestos a discreción, ya que debe existir un caso *prima facie* válido de incumplimiento").
- 6 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362A(7) ("enforcement authority" means-(a) the National Crime Agency, (b) Her Majesty's Revenue and Customs, (c) the Financial Conduct Authority, (d) the Director of the Serious Fraud Office, or (e) the Director of Public Prosecutions).
- 7 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, modificada, art. 26 en relación con el art. 55(2).
- 8 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, modificada, sec. 4(1) (establece la Agencia de Servicios de Informes de Integridad) y sec. 7(1) (por la que se establece la Junta de Informes de Integridad).
- 9 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, modificada, sec. 5(1)(a), sec. 9(1), y sec. 9(2).
- 10 Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada, sec. 179B.
- 11 Id.
- 12 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362B.
- 13 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, modificada, sec. 5(1)(a), sec. 9(1), y sec. 9(2).
- 14 Australia, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 20A.
- 15 Integrity Reporting Board, "First Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board" (Informe anual de 2017, presentado el 3 de enero de 2018) en 13.

- 16 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, modificada, sec. 12 y sec. 14(3).
- 17 Integrity Reporting Board, "First Annual Report" en 13 (La Junta señaló un área de mejora: "La inscripción caduca a los 42 días. No cabe duda de que con ello se pretende fomentar la celeridad por parte de la Agencia. No obstante, si se quiere dar un plazo razonable a los propietarios para que respondan a las nuevas preguntas de la Agencia, para que la Agencia realice sus propias investigaciones, para que la Junta examine el informe de la Agencia y para que se adopten nuevas medidas a la luz de la respuesta de la Junta, es probable que se necesiten más de 42 días").
- 18 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, sec. 14(3), modificada por la Ley n.º 5 de 2020.
- 19 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, secs. 49-50, insertando sec. 362DA, sec. 362DB, sec. 396DA, y sec. 396DB, consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/10/part/2>.
- 20 Id.
- 21 Id.
- 22 Mauricio, Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 5(1).
- 23 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, art. 26.
- 24 Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [5] (Eng.).
- 25 El COVID-19 fue declarado pandemia mundial en marzo de 2020 y seguía en curso en el momento de redactar este estudio. Véase, por ejemplo, Organización Mundial de la Salud, "WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19", 11 de marzo de 2020, consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
- 26 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, modificada por la Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, secs. 45 and 46 (Imposition of unexplained wealth orders on officers etc. of property holder) (2022), consultado el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/10/part/2>.
- 27 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362C.
- 28 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 26(2).
- 29 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362E(1) y (2).
- 30 Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 20(3).
- 31 Por ejemplo, en el Reino Unido inicialmente el plazo era de 60 días en los casos en los que existía una orden de embargo preventivo; sin embargo, es importante señalar que empieza a contar a partir del "día del cumplimiento" de la orden de facilitar información. El cumplimiento no significa necesariamente que la información facilitada en virtud de la orden constituya una explicación plenamente satisfactoria. Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [18] (Eng.) (citando "subsection 362D(3)"). Dado que el plazo de 60 días se consideró restrictivo, fue modificado por la Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022 para permitir prórrogas en determinados casos.
- 32 Como en el Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362D.
- 33 Al igual que en Mauricio, la Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015, en su versión modificada, sec. 5(2) y sec. 8(1).
- 34 Véase Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 12. Los demandados no pueden disponer de sus activos que sean objeto de una solicitud legal. Véase sec. 12(1A).
- 35 Reino Unido, Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, secs. 49-50, insertando sec. 362DA y sec. 396DA.
- 36 Jean-Pierre Brun et al., "Asset Recovery Handbook" (Washington, DC: Banco Mundial, 2021) en sec. 7.4.1, 201-3 y notas a pie de página 45-46. Algunos sistemas sin regímenes de UWO utilizan presunciones similares en relación con el aumento de la riqueza de una PEP y la falta a largo plazo de fuentes legítimas de ingresos. Suiza ofrece un ejemplo.
- 37 Algunas jurisdicciones han reservado la aplicación de determinadas presunciones a los delitos graves, entre ellas el estado australiano de Victoria (en la Ley de confiscación de 1987) y la Ley australiana de ingresos provenientes del delito de 2002. En el Reino Unido, las presunciones en casos de decomiso basadas en el valor sólo se permiten en casos de "estilo de vida delictivo": UK Proceeds of Crime Act 2002, sec. 6. En los Estados Unidos, la presunción sólo está disponible en casos de drogas: 21 U.S.C. § 853(d).
- 38 Véase, por ejemplo, OCDE, "Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes"—Third Edition (París: OECD Publishing, 2017), consultado el 17 de abril de 2020, <https://www.oecd.org/tax/crime/effective-inter-agency-co-operation-in-fighting-tax-crimes-and-other-financial-crimes.htm>.

- 39 Para más información sobre la base de datos PULSE, véase, por ejemplo, Irlanda, An Garda Síochána, "Guide to How Crime is Recorded and Counted by An Garda Síochána" (agosto de 2020), <https://www.garda.ie/en/about-us/publications/policy-documents/guide-to-how-crime-is-counted-and-recorded.pdf>; Garda Information Services Centre (GISC), disponible en <https://www.garda.ie/en/about-us/our-departments/garda-information-services-centre-gisc/>.
- 40 Jean-Pierre Brun y otros, "Taxing Crime: A Whole-of-Government Approach to Fighting Corruption, Money Laundering, and Tax Crimes" (Washington, DC: Banco Mundial, 2022).
- 41 Jeffrey Owens et al. (eds.), "Inter-agency Cooperation and Good Tax Governance in Africa" (Pretoria, Sudáfrica: Pretoria University Law Press, 2017), consultado el 16 de abril de 2020, <http://www.pulp.up.ac.za/component/edocman/inter-agency-cooperation-and-good-tax-governance-in-africa>.
- 42 Véase, por ejemplo, OCDE, "Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes"-Third Edition (París: OECD Publishing, 2017), consultado el 17 de abril de 20, <https://www.oecd.org/tax/crime/effective-inter-agency-co-operation-in-fighting-tax-crimes-and-other-financial-crimes.htm>.
- 43 Véase Australian Federal Police, Criminal Assets Confiscation Taskforce, <https://www.afp.gov.au/what-we-do/crime-types/proceeds-crime/criminal-assets-confiscation-taskforce-cact>.
- 44 Véase Australia, Unexplained Wealth Legislation Amendment Act 2018, núm. 126, 2018, An Act relating to the national cooperative scheme on unexplained wealth, and for related purposes, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00126>.
- 45 Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Servicios Parlamentarios, Jonathan Mills y Cat Barker, Bills Digest n.º 27, 2018-19, https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1819a/19bd027.
- 46 Estos distintos enfoques pueden verse, por ejemplo, en el informe de la OCDE "Tax and Crime" en el que -además de ofrecer las mejores prácticas sobre "Fighting Tax Crimes: Los diez principios globales"- incluye una tabla comparativa de los tipos de funciones de investigación que se otorgan a las autoridades fiscales en las distintas jurisdicciones. OCDE, "Lucha contra los delitos fiscales: Los Diez Principios Globales", segunda edición (París: Ediciones de la OCDE, 2021), 29-44 (debate sobre los Principios 3 y 4) y 74 (enlace al Anexo B para los "Capítulos de país").
- 47 En el Reino Unido, Commissioners for Revenue and Customs Act 2005, sec. 18.
- 48 OCDE, "Keeping It Safe: The OECD Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes" (París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2012) en 5 ("La confidencialidad de la información del contribuyente siempre ha sido una piedra angular fundamental de los sistemas fiscales").
- 49 Reino Unido, Commissioners for Revenue and Customs Act 2005, sec. 19.
- 50 Idem, secs. 20-21.
- 51 Mauricio, Ley del impuesto sobre la renta de 1995 (consolidada hasta el 25 de abril de 20), <https://www.mra.mu/download/ITAConsolidated.pdf>.
- 52 Australia, Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement, Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements (marzo de 2012)-Submission of AFP, párrs. 71-73 y Recomendación 7.
- 53 Id. en párr. 3.54.
- 54 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002 (modificada), parte 6, sec. 317.
- 55 Reino Unido, National Crime Agency, Civil Recovery & Tax, consultado el 19 de abril de 2020, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/what-we-do/how-we-work/providing-specialist-capabilities-for-law-enforcement/civil-recovery-and-tax>.
- 56 Véase Irlanda, Criminal Assets Bureau (CAB), "Annual Report 2020" (CAB, Dublín, 2021), consultado el 18 de marzo de 2022, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2021/09/CAB-Annual-Report-2020-Final.pdf> y los informes anuales de la CAB de años anteriores, que también están disponibles en el sitio web de la CAB. Para consultar la tabulación completa recopilada a efectos de este estudio y todas las fuentes, véase el apéndice B, cuadro B.2.
- 57 En Estados Unidos, véase, por ejemplo, 26 U.S. Code § 6038D; 26 CFR § 1.6038D-2; 31 U.S. Code § 5314; 31 CFR § 1010.350.
- 58 Véase, por ejemplo, Natasha Reurts, "Unexplained Wealth Laws: The Overseas Experience", en "White Collar Crime Centre, Unexplained Wealth Orders: thoughts on scope and effect in the UK", enero de 2017, en 18. En Australia, por ejemplo, se suprimieron los impuestos sobre donaciones y herencias y las ganancias de juegos de azar o loterías no son ingresos imponibles. Véase, por ejemplo, gobierno de Australia, Income Tax Assessment Act 1977, Federal Register of Legislation, consultado el 2 de enero de 2018, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00336>.
- 59 Véase la Ley de registro de donaciones (Schenkungs- und Erbschaftsteuer-Gesetz); Schenkungen-Meldepflicht, consultado el 15 de abril de 2020, <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/79/Seite.794070.html>. Para un resumen en inglés, véase, por ejemplo, EY, "Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2019" en 13 y siguientes, consultado el 15 de abril de 2020, https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-estate-and-inheritance-tax-guide-2019.
- 60 Véanse Ivana Rossi, Laura Pop y Tammar Berger, "Getting the Full Picture on Public Officials" (Iniciativa Stolen Access Recovery [StAR], Washington, DC: Banco Mundial, 2017); Dmytro Kotlyar

- y Laura Pop, "E-filing Asset Declaration: Benefits and Challenges" (Iniciativa StAR, Washington, DC, 2017); Francesco Clementucci y otros, "Using Asset Disclosure for Identifying Politically Exposed Persons" (Washington, DC: Banco Mundial, 2012).
- 61 Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción, Artículo 7, consultado el 18 de febrero de 2020, <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>.
- 62 UNCAC, Artículo 8, consultado el 18 de febrero de 2020, <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>.
- 63 UNCAC, Artículo 52, consultado el 18 de febrero de 2020, <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Véase también, por ejemplo, OCDE, "Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption" (París: OECD Publishing, 2011) en 24, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264095281-en>. (Se trata simplemente de una "obligación de considerar" tales regímenes, pero se espera que los estados "hagan un esfuerzo genuino" hacia estos compromisos).
- 64 Kenya Public Officer Ethics Act, 2003 rev. 2009, part VI; Kenya, Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003, as amended, secs. 26 y 55.
- 65 Véase, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Ucrania, "Lifestyle Monitoring: International Practice Review and Potential for Application in Ukraine" (PNUD en Ucrania, Kiev, 2016), consultado el 31 de enero de 2021, https://www.ua.undp.org/content/ukraine/en/home/library/democratic_governance/monitoring_lifestyle.html; Coalición UNCAC, "Kenyan NGOs: Action Needed Against Public Service Corruption", sitio web de la Coalición UNCAC, 17 de noviembre de 2015, <https://uncaccoalition.org/kenyan-ngos-action-needed-against-public-service-corruption/>.
- 66 Véase, por ejemplo, Autoridad Tributaria de Zimbabue (ZIMRA), "Informe Anual 2021", en 39 en www.zimra.co.zw ("Los ingresos identificados para la recuperación de casos investigados basados en inteligencia y riesgo, auditorías de estilo de vida y casos de línea directa aumentaron en un 268 por ciento de Z\$258,949,331.10 en 2020 a Z\$694,788,754.85 en 2021"); véase también Taurai Mangudhla, "Lifestyle Audit Helps Zimra Recover ZWL\$75m in Ill-Gotten Wealth", Business Times, 31 de octubre de 2019, <https://businesstimes.co.zw/lifestyle-audit-helps-zimra-recover-zwl75m-in-ill-gotten-wealth/>; Farayi Machamire, "Lifestyle Audit: Zimra to Recover \$73 Million from Corrupt Staff", Zimorning Post, 29 de octubre. 2019, <https://zimorningpost.com/lifestyle-audit-zimra-to-recover-73-million-from-corrupt-staff/>.
- 67 OCDE, "Update on Voluntary Disclosure Programmes: A Pathway to Tax Compliance" (París: Ediciones de la OCDE, agosto de 2015).
- 68 Un ejemplo de este tipo de acuerdo es la norma sobre intercambio automático de información, aplicada a través del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre el Estándar Común de Información (CRS). Este acuerdo, basado en el artículo 6 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, apoya el intercambio automático de información sobre una base multilateral. En total, más de 110 países son signatarios del acuerdo. Para más información, véase, por ejemplo, OCDE, "Portal de Intercambio Automático, Marco Internacional para el SIR", consultado el 1 de febrero de 2023, <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/>.
- 69 OCDE, "Update on Voluntary Disclosure Programmes", en 9.
- 70 Id. en 7.
- 71 Id. en 9.
- 72 OCDE, "Update on Voluntary Disclosure Programmes", en 9 ("Para tener éxito, deben mantener una delgada línea entre animar a los contribuyentes incumplidores a mejorar permanentemente su cumplimiento y conservar el apoyo y el cumplimiento de la gran mayoría de los contribuyentes que ya cumplen").
- 73 OCDE, "Update on Voluntary Disclosure Programmes" en 10-11.
- 74 Taiwo Oyedele, "Voluntary Assets and Income Declaration Scheme (VAIDS)", resumen de PwC, consultado el 20 de febrero de 2020, <https://www.pwc.com/ng/en/assets/pdf/voluntary-assets-income-declaration-scheme.pdf>; República de Nigeria, The State House, "Abuja Press Release: President Buhari Extends VAIDS Deadline to June 30", 11 de abril de 2018, <https://statehouse.gov.ng/news/press-release-president-buhari-extends-vaids-deadline-to-june-30/>; República de Nigeria, The State House, "Abuja Speech: President Buhari's 2018 Budget Address", 8 de noviembre de 2017, consultado el 20 de febrero de 2020, <https://statehouse.gov.ng/news/speech-president-buharis-2018-budget-address/>.
- 75 Paul Olanitan, "Unexplained Wealth Orders...Why Nigerians Should Take Careful Note of This New UK Law", Prompt News Online, 11 de febrero de 2018, <https://promptnewsonline.com/unexplained-wealth-orderswhy-nigerians-take-careful-note-new-uk-law/>.
- 76 Véase, por ejemplo, Mauricio, Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 16(1) (que permite el decomiso "o una orden de pago de su equivalente monetario"); Australia, Ley sobre los ingresos provenientes del delito de 2002, en su versión modificada, sec.

- 179E(2) (que establece que "la persona está obligada a pagar a la Commonwealth... el importe del riqueza injustificada de la persona").
- 77 Véase, por ejemplo, OCDE, "Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales", "The Global Forum's Plan of Action for Developing Countries Participation in AEOI" (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, París, noviembre de 2017) en 6 y siguientes, <https://www.oecd.org/tax/transparency/plan-of-action-AEOI-and-developing-countries.pdf> ("Challenges Associated with AEOI Implementation by Developing Countries"); OCDE, "Global Forum Secretariat Delivers New Toolkit to Help Countries Become Party to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters", 29 de julio de 2020, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-secretariat-delivers-new-toolkit-to-help-countries-become-party-to-the-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm>.
- 78 Nat'l Crime Agency v. A [2018] EWHC (Admin) 2534 [64], [66], [77], [82]-[83], [88] (Eng.).
- 79 Kevin M. Stephenson et al., "Barriers to Asset Recovery" (Washington, DC: Grupo del Banco Mundial, Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados [StAR], 2011) [en lo sucesivo, "Barreras de la StAR para la recuperación de activos"] en, por ejemplo, 40 y siguientes (barrera 6), 49 y siguientes (barrera 8), 54 y siguientes (barrera 10), 79 y siguientes (barrera 21), 81 y siguientes (barrera 22), 85 y siguientes (barrera 23), y 90 y siguientes (barrera 26).
- 80 StAR "Barriers to Asset Recovery", en 81.
- 81 OCDE, "Lucha contra los delitos fiscales: The Ten Global Principles", 2017, <http://www.oecd.org/tax/crime/fighting-tax-crime-the-ten-global-principles.htm>, en 15, párr. 8.
- 82 OCDE, "Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters", consultado el 24 de mayo de 2020, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm> [Considérense también las impugnaciones en virtud de este instrumento].
- 83 Véase, por ejemplo, Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362S (Ejecución en el extranjero: autoridad de ejecución) y sec. 362T (Ejecución en el extranjero: receptor).

4 Consideraciones clave para el diseño de sistemas nacionales de UWO

Este estudio ha revisado el contexto de los sistemas de UWO entre las herramientas de recuperación de activos, las leyes de UWO de diversas jurisdicciones y las características específicas de dichas leyes. Con este telón de fondo, es posible extraer lecciones de estos sistemas de UWO para informar sobre las opciones de diseño eficaces en función de la infraestructura jurídica existente. A continuación, es importante examinar las consideraciones políticas, jurídicas e institucionales para maximizar la eficacia de un sistema de UWO y analizar qué medidas podría adoptar un país para implantar dicho sistema de forma eficaz.

4.1 Elección de los elementos de los futuros sistemas de UWO

El capítulo 2 demostró que los sistemas de UWO pueden diseñarse de formas muy diversas, como demuestran sistemas como los del Reino Unido y Mauricio, y el capítulo 3 proporcionó el contexto operativo. De la comparación de los ámbitos de aplicación de los sistemas de UWO existentes y de sus consecuencias jurídicas se desprenden algunas consideraciones que pueden servir de base para tomar decisiones políticas acertadas: (a) integrar las UWO en la infraestructura jurídica existente y (b) evaluar las prácticas comunes en cuanto al ámbito de aplicación de las UWO (personal, material, umbral de valor, temporal y territorial).

4.1.1 Integración de las UWO en los marcos existentes de lucha contra la corrupción y recuperación de activos

Un sistema de UWO debe encajar en la infraestructura legal existente para formar parte de un conjunto coherente de herramientas de recuperación de activos. Antes de implantar un sistema de UWO, un país debe comenzar con un marco jurídico sólido que conste de leyes penales y civiles, que idealmente incluyan sistemas de decomiso basado en condena y no basado en condena (NCB). También deberían existir normas para los embargos o interdicciones provisionales¹ y procedimientos para gestionar adecuadamente cualquier activo² durante la vigencia de dichas órdenes.

Los sistemas de UWO suelen reforzar y complementar los sistemas de recuperación de activos existentes, por lo que éstos constituyen el principal conjunto de leyes con el que interactúan, aunque las leyes relacionadas desempeñan papeles importantes. Al considerar un sistema de UWO, los responsables de políticas deben tener en cuenta su interacción con otras leyes y sistemas, incluyendo los siguientes:

- leyes sobre sistemas de decomiso basado en condena y no basado en condena, incluidos los mecanismos de embargo e interdicción y los procedimientos de gestión de activos;
- leyes sobre delitos subyacentes pertinentes;
- leyes sobre divulgación e información de beneficiarios reales;
- leyes y acuerdos para el reconocimiento de los sistemas de otros estados en materia de intercambio de información, asistencia jurídica mutua, ejecución de sentencias y devolución de activos;
- leyes penales sustantivas (el vínculo con la actividad delictiva);
- leyes sobre declaración de la renta y el patrimonio; y
- leyes fiscales.

Si un país desea implantar un sistema de UWO, en primer lugar debe decidir si el sistema de UWO es únicamente una herramienta de investigación (como en el Reino Unido y Zimbabue) o si también incluirá su propio mecanismo de recuperación (como en Australia, Kenia, Mauricio y Trinidad y Tobago). En el modelo basado únicamente en la investigación, la UWO se refiere únicamente a una orden que obliga al demandado a facilitar información sobre cómo obtuvo los activos o el patrimonio. Por otra parte, si el demandado no cumple con la UWO, las autoridades suelen tener una presunción legal a su favor, a saber, que la propiedad se presume recuperable a efectos de los procedimientos de recuperación civil posteriores. Este modelo se limita a insertarse en la infraestructura existente de recuperación de activos, sin modificarla sustancialmente ni crear solapamientos. Por el contrario, en el modelo de investigar y recuperar, la UWO también contiene su propio mecanismo de recuperación, como en Australia y Mauricio. Se convierte en una herramienta más poderosa como pilar independiente de la infraestructura de recuperación de activos. En cualquier caso, las decisiones de diseño deben tomarse con prudencia en cuanto a los contornos del sistema de UWO.

En general, un sistema sólido de recuperación de activos proporcionará una base y una justificación sólidas para el sistema de UWO. Si el sistema de UWO sigue el modelo adoptado en el Reino Unido, en el que la UWO es una herramienta de investigación adicional, entonces los procedimientos de decomiso civil NCB son fundacionales porque sirven como la principal consecuencia jurídica que puede derivarse de una UWO; es decir, la UWO es un paso previo para apoyar la investigación en procedimientos civiles.

Si el sistema de las UWO sigue el modelo de investigar y recuperar adoptado en Australia o Mauricio, con su propio mecanismo de recuperación autónomo, los sistemas de decomiso previamente existentes serán menos relevantes para el sistema de las UWO. En cualquier caso, las UWO deben complementar o apoyar esos sistemas cuando sea necesario, evitar el solapamiento con los mismos y contener sus propias protecciones de los derechos fundamentales, como se expone en el capítulo 5. En la siguiente sección se evalúan las prácticas habituales en el diseño de un sistema de UWO, ya que esta comparación puede ayudar a los responsables de políticas a considerar qué características son las más adecuadas en su propio contexto jurídico.

4.1.2 Evaluación de las prácticas comunes para el alcance de las UWO

Aunque diversos abordajes pueden funcionar, los siguientes aspectos se destacan como prácticas eficaces y de uso común en el ámbito de sistemas de UWO. Sin embargo, lo más importante es que el motor principal sea lo que el país pretende conseguir con su sistema de UWO.

Ámbito personal de la UWO

El ámbito de aplicación personal de la ley UWO debe garantizar que pueda aplicarse contra los extranjeros que posean activos en la jurisdicción de ejecución y, potencialmente, contra los nacionales de la jurisdicción dondequiera que se encuentren sus activos. La finalidad de un sistema de UWO exige un amplio ámbito de aplicación personal en este respecto, ya que las personas con patrimonio a menudo adquieren propiedades fuera de sus países de origen.

Aunque, en teoría, los sistemas de UWO pueden diseñarse para aplicarse a cualquier persona, los países pueden desear restringir la categoría en función del reto preciso que deban abordar, ya sean PEP extranjeras o el escalón más alto de empresas delictivas o funcionarios nacionales corruptos. También deben incluirse los familiares y allegados de esas personas.

El sistema británico ilustra cómo puede adaptarse un sistema de UWO a las necesidades específicas de una jurisdicción determinada. Se aplica a las PEP extranjeras (en funciones fuera del Reino Unido y del Espacio Económico Europeo), incluso en ausencia de sospecha de vinculación con un delito. De este modo, el Reino Unido somete a un escrutinio adicional a las PEP extranjeras.

Además, dado que las UWO suelen ir dirigidas contra los ingresos provenientes del delito, es posible que se exija algún tipo de vínculo entre la persona y el delito, aunque normalmente sólo de forma indirecta o con un criterio menos estricto (por ejemplo, “motivos razonables” para creer, en lugar de “equilibrio de probabilidades”) que otros instrumentos relacionados con los ingresos provenientes del delito.

Incluir a las personas jurídicas en el ámbito de aplicación de los sistemas de UWO, como en el Reino Unido, es esencial, ya que a menudo la posesión de los activos sospechosos se realiza a través de entidades y acuerdos jurídicos para ocultar al beneficiario final. Los casos Amuti, Hajiyeva, Abachi y *Re Application under Section 20A of the Proceeds of Crime Act 2002* (todos se encuentran en el apéndice A, “Casos prácticos”) así lo demuestran.

Más allá de la mera inclusión de las personas jurídicas, prever acciones contra los directivos responsables de la entidad (directores, socios, fideicomisarios, etc.) aunque no sean los titulares de los activos facilitará la búsqueda de UWO contra los activos poseídos a través de estructuras de propiedad opacas.

A menudo es difícil responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por lo que, aunque es útil que las autoridades que utilizan las UWO sólo tengan que cumplir una norma menos estricta (por ejemplo, motivos razonables para sospechar que existe un vínculo con la delincuencia), incluso eso podría no ser fácil. Si el sistema se diseña de forma similar al del Reino Unido con respecto a las personas que no son PEP, en virtud del cual las autoridades pueden tener que aportar “motivos razonables” para sospechar la implicación en delitos graves y “motivos razonables” para el requisito de “ingresos” (es decir, que los ingresos de la persona jurídica eran insuficientes para obtener los activos), pueden surgir algunas complejidades, agravadas cuando las personas jurídicas se encuentran en jurisdicciones extranjeras, como puede ocurrir a menudo (por ejemplo, una fundación panameña, como en un caso del Reino Unido).³ Por este motivo, el Reino Unido introdujo cambios en su sistema de UWO en 2022 (véase el recuadro 2.10).

Ámbito material

En cuanto al ámbito de aplicación material, las definiciones de activos deben ser amplias, y puede ser aconsejable fijar un umbral de valor mínimo. Los países deben considerar (a) la noción de “propiedad” o activos cubiertos, (b) los umbrales para el valor de los activos, (c) la noción de “posesión” de los activos y (d) cuando sea relevante, el alcance de los delitos subyacentes cubiertos.

En cuanto a los “activos”, la “posesión” y los “delitos” cubiertos, es deseable que su ámbito de aplicación sea amplio. La UWO debe aplicarse a todos los activos de

cualquier tipo (muebles o inmuebles, tangibles o intangibles), incluidos los intereses en propiedades, dondequiera que se encuentren.

Uno de los pasos inevitables en cualquier UWO es identificar a las personas que tienen posesión de la propiedad. Se debe considerar que los demandados poseen la propiedad no sólo en los casos en que tengan la posesión directamente en su propio nombre, sino también cuando los demandados tengan la posesión o controlen la propiedad indirectamente a través de acuerdos fiduciarios o estructuras corporativas; en esencia, en línea con la noción de propiedad efectiva del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Por lo tanto, los registros existentes, como los registros de sociedades, los registros de la propiedad y los registros de beneficiarios reales contribuirán a los esfuerzos de las UWO.

Australia tiene en cuenta incluso los activos “de los que la persona ha dispuesto (ya sea por venta, donación o de otro modo) o ha consumido”.⁴ Si se tienen en cuenta no sólo los activos que la persona posee actualmente, sino también su consumo, resulta más fácil considerar el estilo de vida de la persona (es decir, no sólo sus coches, yates y casas, sino también sus gastos suntuarios en viajes, restaurantes y regalos) y el uso de “apoderados” (personas cercanas).

Por lo que se refiere a los delitos cubiertos (por ejemplo, como en el Reino Unido y Zimbabue, donde las autoridades deben aportar motivos razonables para sospechar que existe un vínculo con un “delito grave”), los activos resultantes de una amplia gama de delitos no triviales deben poder ser investigados y potencialmente recuperados, independientemente de dónde se hayan cometido los delitos (en el país o en el extranjero). Si se cometieron en el extranjero, todos los sistemas tienen en cuenta si la conducta se penaliza tanto en el país como en el extranjero (doble incriminación). Si una jurisdicción pretende reunir pruebas que permitan establecer el vínculo con el delito a través de la MLA, la doble incriminación puede ser un impedimento. Dado que la UWO suele ser una orden civil, las solicitudes de MLA pueden ser rechazadas porque muchos países sólo prestan asistencia en asuntos penales. En este contexto, es probable que se haga referencia al delito penal subyacente cuando se requiera la doble incriminación para prestar asistencia.

Umbrales

Otra forma de delimitar el ámbito de aplicación es considerar el umbral adecuado de riqueza al que deberían aplicarse las UWO y si, por lo tanto, debería haber un umbral mínimo. Esto representa su propia forma de salvaguardia sustantiva incorporada contra una aplicación demasiado amplia de las UWO contra aquellos con menos medios para defenderse. La UWO es una herramienta poderosa y, por lo tanto, suele ser adecuada para las figuras más poderosas. Establecer un umbral puede ayudar a garantizar que las investigaciones sean rentables, ya que puede ayudar a canalizar los recursos de las autoridades hacia los casos que plantean mayores amenazas y de los que se pueden recuperar mayores cantidades de ingresos provenientes del delito. Sin embargo, no todos los sistemas establecen un umbral (por ejemplo, Kenia).

El factor clave para determinar si debe haber un umbral y, en caso afirmativo, cuál debe ser su cuantía, son las razones específicas de cada país para promulgar un sistema de UWO -como se destaca en las recomendaciones para el proceso (analizadas en la sección 4.2)-; es decir, a qué problema se dirige la legislación sobre UWO. Si gran parte del producto de los delitos relacionados con las drogas circula en pequeñas cantidades de efectivo en una economía determinada, esto puede indicar un umbral más bajo para el efectivo en determinados casos (como ha elegido Mauricio); en cambio, si los legisladores identifican la gran corrupción de oligarcas o funcionarios extranjeros como uno de los problemas clave que las leyes existentes se esfuerzan por abordar, entonces un umbral más alto ayudaría a centrar la herramienta de la UWO en esta cuestión. Si no se fija ningún umbral, las autoridades podrían racionalizar sus

esfuerzos estableciendo directrices sobre los factores que se sopesan a la hora de decidir si se debe perseguir un caso determinado (por ejemplo, una evaluación de costes y beneficios que tenga en cuenta los costes para el público y los beneficios que potencialmente se pueden recuperar, si la persona implicada es de alto nivel o de alto rango, etc.).

En cuanto al umbral mínimo, los países normalmente querrán fijar un valor económico mínimo para los activos, o el patrimonio injustificado, que las autoridades pueden investigar. El umbral adecuado diferirá en cada jurisdicción (por ejemplo, en el Reino Unido, es de £50.000 (US\$60.200); y en Mauricio, de 10 millones de MUR (US\$227.800), en general, o de 2,5 millones de MUR (US\$57.000) para el efectivo incautado en investigaciones penales) en función de sus circunstancias particulares. Algunos responsables de políticas pueden considerar que la UWO es más adecuada para contrapartes y riesgos más poderosos. De ser así, un enfoque podría consistir en fijar un umbral relativamente alto durante los primeros años de prueba de un sistema de UWO, con una cláusula para revisar el umbral después de un período de tiempo determinado, basándose en los datos recogidos de la experiencia. En Mauricio, por ejemplo, a medida que las autoridades fueron adquiriendo experiencia, el umbral para el dinero en efectivo se redujo de 10 a 2,5 millones de MUR (US\$227.800 a US\$57.000), para que la ley fuera más eficaz contra los traficantes de drogas. Para una comparación general de los umbrales, véase el cuadro 2.2.

Ámbito temporal

En cuanto al ámbito temporal, un sistema de UWO debería aplicarse a todos los activos adquiridos antes o después de la promulgación de la ley. Pueden surgir argumentos sobre si esto es incompatible con las prohibiciones existentes sobre retroactividad. En la mayoría de los sistemas, es ilimitado, en el sentido de que la ley se aplica a los activos adquiridos antes o después de la promulgación de la ley UWO. Establecer un límite temporal en cuanto al momento en que se adquirió el activo puede restringir la ley de forma aparentemente arbitraria, aunque se puede argumentar a favor de la conveniencia de establecer algún límite (u otra salvaguarda), dadas las dificultades de defenderse contra activos adquiridos hace muchos años, para los que los registros pueden ser escasos. Además, los plazos pueden depender del tipo de riqueza injustificada que se persiga. Podría tener sentido un plazo más largo para los funcionarios de alto rango que amasan riqueza durante décadas y uno más corto para los declarantes de menor rango que no son PEP. Una limitación temporal específica para los funcionarios estaría justificada por el hecho de que se trata de una categoría específica de responsables de la función pública que, además, están bien situados para ocultar los delitos de los que se derivan los activos ilícitos. El cuadro 4.1 indica que los patrimonios injustificados suelen acumularse durante largos períodos de tiempo.

Sin embargo, introducir límites temporales explícitos en la ley puede ser demasiado rígido, ya que la medida en que una persona puede explicar sus activos puede depender del tipo de activo y de su valor. Así, una ley de UWO podría permitir una mayor flexibilidad y vincular el sistema al momento en que se produjo la conducta corrupta o el tiempo en el cargo. Tales salvaguardias podrían dejarse a la evaluación de los hechos y circunstancias de tribunales independientes (por ejemplo, las disposiciones de las legislaciones de Australia e Irlanda mencionan que el tribunal puede tener cierta discrecionalidad para abstenerse de emitir una orden cuando existan riesgos de injusticia).

Ámbito territorial

En cuanto al ámbito territorial, un sistema de UWO debe ser global; es decir, en general se aplica a las personas y los activos dondequiera que se encuentren y a los delitos dondequiera que se cometan. Dada la naturaleza compleja y global de muchos casos, los investigadores necesitarán flexibilidad en este respecto.

Tabla 4.1. Muestreo de casos: período de tiempo durante el cual se acumuló el patrimonio injustificado

Caso	Año de emisión de UWO	Período durante el cual la riqueza fue probablemente acumulada	Longitud aproximada del período
Reino Unido: Hajiyeva v. Nat'l Crime Agencia [2020] EWCW (Civ) 108 (Esp.)	2018	Funcionario (marido de la encuestada) en el cargo 2001-15; algunas propiedades adquiridas en 2009.	17 años
Reino Unido: Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Ad-min) 432 (Esp.)	2019	Propiedades adquiridas en 2005-18; demandado no-PEP.	14 años
Kenia: Comisión de Ética y Anti-Corrupción contra Abachi & Ors (2021) e.K.L.R. (H.C.K.), Demanda civil nº 15 de 2019	2008	2002–07; demandado en el cargo 2002–07.	6 años
Kenia: Amuti contra Kenia Anti Comisión de Corrupción (2020) e.K.L.R. (S.C.K.), Petición nº. 21 de 2019	2008	Limitado a 2007-08 (originalmente 1992-2008); demandado en el cargo 2007-08, pero estuvo en el gobierno durante mucho más tiempo.	De 1 a 17 años

Fuente: Banco Mundial. Nota: UWO = orden de riqueza injustificada.

En la práctica, para garantizar que los procedimientos sean rentables y viables, las autoridades generalmente tendrán que perseguir casos en los que al menos uno de esos elementos (por ejemplo, la persona o la propiedad) esté situado en la jurisdicción emisora de la UWO. Este vínculo también será necesario para la jurisdicción o competencia del tribunal.

Plazos

Por un lado, un límite de tiempo (como un límite de 60 días) es una salvaguardia importante para la protección de los derechos de propiedad cuando las autoridades han impuesto restricciones estrictas para prohibir que nadie trate de ninguna manera con los activos objeto de una orden de embargo preventivo. Por otro lado, este plazo concreto —es decir, 60 días— puede ser demasiado restrictivo: por ejemplo, cuando el demandado ha proporcionado miles de páginas de documentación compleja a las autoridades, que éstas se ven obligadas a revisar detenidamente, o cuando algunos aspectos de la explicación dada por el demandado requieren algún seguimiento adicional por parte de las autoridades, como solicitar información a gobiernos extranjeros para determinar qué medidas consideran mejor tomar las autoridades.

Si las autoridades necesitan refutar pruebas que una persona ha presentado para justificar la propiedad de activos (por ejemplo, afirmando que proceden de fuentes de ingresos no imponibles, como premios de lotería en el extranjero), podría llevar algún

tiempo descubrir esa información en casos de investigaciones transfronterizas. El objetivo de la ley UWO podría verse socavado si el plazo resulta ser más corto de lo necesario para llevar a cabo una investigación exhaustiva de la información facilitada por el demandado. Así pues, un país podría optar por permitir las solicitudes de prórroga a un funcionario judicial por razones excepcionales y apremiantes cuando las autoridades puedan demostrar que están trabajando diligentemente, como ha optado por hacer el Reino Unido.

Además, algunas interdicciones, que podrían considerarse similares, congelan activos durante largos períodos. Por ejemplo, se pueden comparar las medidas provisionales de la UWO con una disposición como la orden de congelación de cuentas del Reino Unido, otra facultad de decomiso concedida a las autoridades del Reino Unido por la Ley de Finanzas Penales de 2017, que puede durar hasta dos años (art. 303Z3). Estas órdenes se obtienen mediante la solicitud de un agente de policía, generalmente sin previo aviso, para congelar el saldo de una cuenta del Reino Unido de £1.000 o más, si tienen motivos razonables para sospechar que el dinero es recuperable (es decir, obtenido mediante una conducta ilícita) o está destinado a utilizarse en una conducta ilícita.

4.2 Consideraciones políticas e institucionales para maximizar la eficacia de un sistema de UWO

Al igual que con otras herramientas de recuperación de activos, el éxito de un sistema de UWO dependerá de la voluntad política, los recursos disponibles y el nivel de capacidad, especialmente en lo que respecta a la independencia de las autoridades y los recursos asignados. La independencia y el buen funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas son la base del buen funcionamiento de cualquier ley. En el caso de las UWO, independencia significa que las instituciones jurídicas y políticas (por ejemplo, los tribunales del poder judicial) no se ven indebidamente influidas o comprometidas en su proceso de toma de decisiones por personas y factores ajenos a la ley que se aplica. El grado de independencia judicial será un factor determinante del éxito de un sistema de UWO, al igual que con otros instrumentos de recuperación de activos.

Además, nuestro estudio de las experiencias en Australia, Mauricio y el Reino Unido reveló cuatro factores políticos e institucionales importantes en el éxito (o fracaso) de los sistemas de UWO: (a) voluntad política, (b) dotación adecuada de recursos a los organismos encargados de hacer cumplir la ley, (c) organización y coordinación adecuadas entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y (d) garantías procesales adecuadas (abordadas en el capítulo 5). Todas ellas son distintas, pero interdependientes.

4.2.1 Voluntad política

Se reconoce ampliamente que la voluntad política es esencial para los sistemas anticorrupción y de recuperación de activos y será crucial para el éxito de un sistema de UWO. La falta de voluntad política es una de las causas subyacentes de los “obstáculos generales o institucionales” a la recuperación de activos.⁵ La expresión “falta de voluntad política” se ha definido como “la ausencia de una política o estrategia global, sostenida y concertada para identificar la recuperación de activos como una prioridad y garantizar la alineación de objetivos, herramientas y recursos con este fin”.⁶

Además, el apoyo debe ser “inequívocamente manifestado por los máximos responsables políticos de todas las ramas del gobierno” y por “la sociedad civil”.⁷ El papel de la sociedad civil y el apoyo del público en general han desempeñado hasta ahora un papel crucial en los sistemas de UWO. En el Reino Unido, la organización Transparencia Internacional se esforzó activamente por concienciar sobre la cuestión,⁸ lo que contribuyó a generar apoyo público a la medida. Llamó la atención de la opinión pública sobre

las razones por las que una medida de este tipo era necesaria y redundaba en beneficio de todos (por ejemplo, señalando las distorsiones del mercado inmobiliario provocadas por miles de millones de libras de riqueza sospechosa y señalando la injusticia cometida con las poblaciones a las que se roban esos miles de millones). En Mauricio, la Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad lanzó una campaña a través de la radio, la prensa y vallas publicitarias “para dar a conocer su papel en el tratamiento de la riqueza injustificada”.⁹

El apoyo público puede ser frágil. Los profesionales deben ser conscientes de que un caso ampliamente publicitado que critique a las autoridades por una aplicación excesivamente dura del sistema de UWO para confiscar una vivienda familiar podría erosionar rápidamente el apoyo público a las UWO y mermar la energía y los recursos dedicados a futuras UWO, al igual que en el caso de otras medidas civiles de recuperación. Por lo tanto, es crucial no sólo generar apoyo público, sino también mantenerlo. Los sistemas de UWO tienen más probabilidades de éxito cuando los investigadores seleccionan aquellos casos para los que han podido recopilar las pruebas más sólidas, a veces incluso más de las que técnicamente exige la ley. Por ejemplo, aunque la norma en Australia es la “carga de probabilidades” civil, en la práctica las autoridades informan que se esfuerzan por presentar los casos más sólidos que pueden. Otra forma de mantener el apoyo público es incorporar las debidas garantías procesales.

4.2.2 Recursos adecuados

Al igual que con otras leyes, no basta con promulgar una nueva y prometedora ley sobre las UWO. El país también debe ser capaz de hacerla cumplir, asignando los recursos necesarios para la investigación y el enjuiciamiento. Una de las razones por las que el apoyo público es tan importante es que contribuye a alimentar este factor, es decir, la dotación adecuada de recursos a los organismos encargados de hacer cumplir la ley.

Para contar con los recursos adecuados, las agencias necesitan financiación, personal, formación y equipamiento para llevar a cabo sus funciones, en consonancia con la complejidad de algunos de los casos a los que se enfrentarán. Por lo que se refiere al personal y la formación, los conocimientos necesarios incluyen la capacidad de encontrar pistas, analizar registros bancarios, rastrear y asegurar fondos en jurisdicciones extranjeras, redactar solicitudes de MLA adecuadas y, en última instancia, obtener un orden de decomiso definitivo.¹⁰

Además, para garantizar que la financiación es adecuada y se utiliza según lo previsto para el sistema de UWO, pueden establecerse informes anuales o procedimientos de auditoría. En Mauricio, por ejemplo, la Ley de Buena Gobernanza e Informes de Integridad exige que el organismo encargado de la aplicación de la UWO lleve una contabilidad de ingresos y gastos “que será auditada anualmente por el Director de Auditoría” y el “Director, al final de cada ejercicio financiero, hará que se ponga sobre la mesa de la Asamblea Nacional una copia de las cuentas auditadas del Organismo”.¹¹

En resumen, para que el sistema de UWO sea algo más que palabras prometedoras sobre un papel, requiere voluntad política, recursos suficientes y una organización eficaz de los organismos encargados de la aplicación de la ley, apoyados por instituciones independientes.

4.3 Pasos concretos hacia un sistema de UWO

Aunque los ordenamientos jurídicos y los vínculos internacionales de los países difieran, corresponde a los responsables de políticas explorar los obstáculos específicos a los que se han enfrentado sus investigadores al intentar recuperar los ingresos procedentes de la corrupción y en qué medida dichos obstáculos podrían superarse con mejoras de la legislación vigente o requerirían una legislación novedosa, como un sistema de

UWO. Para poder diseñar una solución adecuada y específica, los responsables de políticas deben identificar primero el problema, su alcance y sus causas. También es útil, como se acaba de señalar, generar apoyo público, que a menudo se traduce en más recursos destinados a resolver el problema. Las experiencias bien documentadas de promulgación de sistemas de UWO en Australia, Mauricio y el Reino Unido recomiendan que los pasos incluyan (a) investigación, (b) propuestas y (c) consultas públicas. Aunque estos pasos no parezcan diferentes de las medidas básicas necesarias para reformar otras formas de legislación, es importante insistir en algunos de ellos para garantizar la credibilidad y la confianza necesarias para imponer nuevas y delicadas limitaciones y posibles responsabilidades a los ciudadanos.

4.3.1 Investigación

La fase de investigación de la UWO tiene varios objetivos. El primero es definir y medir el problema (por ejemplo, estimaciones de los activos obtenidos por medios no explicados y de los fondos públicos perdidos por la corrupción, en comparación con la cantidad recuperada por las autoridades en virtud de las leyes vigentes) y dar a conocer estos resultados. El segundo objetivo es indagar en las causas específicas del problema en cada país (por ejemplo, encuestar a los investigadores sobre los obstáculos a los que suelen enfrentarse). Este tipo de trabajo fue emprendido por Transparency International en el Reino Unido,¹² pero también puede ser realizado por el gobierno¹³ o por comisiones especializadas, como la Law Reform Commission de Australia¹⁴ o el Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement.¹⁵ En el Reino Unido, las causas comunes eran los obstáculos a la información y los escasos resultados de los intentos de cooperación internacional. Los informes revelaron que, sobre la base de sus leyes vigentes, las autoridades tenían dificultades para recuperar los ingresos provenientes del delito en la medida esperada y necesaria para hacer mella en la corrupción y la conducta delictiva. Los sistemas de UWO se propusieron como medio para reforzar el marco de recuperación de activos.

El tercer objetivo es que los responsables de políticas estudien posibles soluciones al problema, basándose en los marcos jurídicos existentes y en otras condiciones.¹⁶ Si los responsables de políticas consideran que las UWO son deseables, un cuarto objetivo es recoger lecciones de otros sistemas de UWO existentes, desde su diseño y alcance, para ver qué funcionó y qué no en otras jurisdicciones y establecer así las mejores prácticas. Este estudio pretende contribuir a este cuarto objetivo.

4.3.2 Propuestas y consultas públicas

En función de los resultados de este proceso de investigación, las lecciones aprendidas pueden adaptarse al sistema jurídico concreto para redactar propuestas de legislación, si es necesario. A continuación, el gobierno puede publicar las propuestas para someterlas a consulta pública y emprender actividades como la invitación a hacer comentarios. La transparencia del proceso no sólo impulsará el apoyo público, sino que también mejorará los proyectos de ley a través de un diálogo constructivo. A continuación, el gobierno podría preparar un proyecto revisado sobre la base de la consulta pública. El Reino Unido hizo esto para su UWO, consultando con las administraciones descentralizadas, los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el sector regulado.¹⁷

Para las UWO, es aconsejable -como en general para cualquier medida anticorrupción o anticrimen- dar pasos en este sentido, como la celebración de debates políticos exhaustivos e integradores. Esto es especialmente importante en el caso de medidas como las UWO, para las que pueden surgir debates sobre el posible conflicto entre determinados derechos fundamentales y el objetivo de luchar contra la delincuencia y la corrupción (que se analiza con más detalle en el capítulo 5).

Es conveniente supervisar y evaluar periódicamente los sistemas de UWO. Además, una práctica de Australia, que podría tenerse en cuenta, consiste en incorporar una

cláusula para realizar una revisión de la legislación unos años después de su promulgación “para evaluar el impacto de la ley ... y los progresos realizados en la consecución de sus objetivos”.¹⁸ Este proceso dio lugar a varias mejoras de la ley a lo largo de varios años. En Mauricio, aunque la ley no lo exige, la agencia y la junta directiva decidieron por iniciativa propia que era una buena práctica publicar un informe anual sobre los avances en la implementación y aplicación de la ley UWO.¹⁹

Notes

- 1 En relación con estos términos, véase, por ejemplo, Jean-Pierre Brun et al., “Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners”, 2ª ed. (Washington, DC: Banco Mundial, 2021), <https://star.worldbank.org/resources/asset-recovery-handbook-guide-practitioners-second-edition> [en adelante ARH2] en 136; Jean-Pierre Brun et al., “Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners” (Washington, DC: Banco Mundial, 2011) [en adelante, “StAR Asset Recovery Handbook” 2011] en 75-76 (“La incautación implica la toma de posesión física del activo en cuestión”. Las órdenes de interdicción o congelación son “una forma de orden judicial obligatoria emitida por un juez o un tribunal que restringe a cualquier persona de tratar con o disponer de los activos mencionados en la orden, en espera de la determinación de los procedimientos de confiscación”).
- 2 En cuanto a la “Gestión de activos sujetos a confiscación”, véase ARH2 en 161-178.
- 3 A este respecto, la National Crime Agency (NCA) del Reino Unido solicitó una UWO en un caso complejo de vehículo corporativo en *Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors* [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.). En ese caso, la NCA no tuvo éxito, y su recurso fue rechazado, debido a pruebas o motivos insuficientes.
- 4 Australia, *Proceeds of Crime Act* (modificada), secs. 14D, 179G.
- 5 Kevin M. Stephenson et al., “Barriers to Asset Recovery” (Washington, DC: Grupo del Banco Mundial, *Stolen Asset Recovery [StAR] Initiative*, 2011) en 2 y en 8 (Según una de las recomendaciones, “Donde hay voluntad política, hay una vía legal”).
- 6 Id. en 2.
- 7 Anzaniifunoyai, “Overcoming the Corruption Conundrum in Africa: A Socio-legal Perspective” (Newcastle upon Tyne, UK: Cambridge Scholars Publishing, 2020), chap. 6 en 130.
- 8 Véase, por ejemplo, *Transparencia Internacional Reino Unido, “Empowering the UK to Recover Corrupt Assets, Unexplained Wealth Orders and Other New Approaches to Illicit Enrichment and Asset Recovery”* (Londres: *Transparencia Internacional Reino Unido*, reeditado en marzo de 2016); Rachel Davies, “Unexplained Wealth Orders: A Brief Guide”, *Transparency International UK*, 30 de mayo de 2017, <https://www.transparency.org.uk/unexplained-wealth-orders-a-brief-guide/>; *Transparency International UK, “Faulty Towers: Understanding the Impact of Overseas Corruption on the London Property Market”* (Londres: *Transparency International UK*, marzo de 2017).
- 9 Mauricio, *Junta de Informes de Integridad, “Fourth Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board”* (Annual Report 2020, submitted July 15, 2021) at 7, accessed December 13, 2022, <https://www.irsamu/wp-content/uploads/2021/10/IRSA-Annual-Report-2020.pdf>.
- 10 ARH2 en 49; “Manual de recuperación de activos de la StAR” 2011 en 27.
- 11 Mauricio, *Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad de 2015*, en su versión modificada, sec. 19(3) y (4).
- 12 Véase, por ejemplo, *Transparencia Internacional UK, “Empowering the UK to Recover Corrupt Assets, Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery”* (marzo de 2016); *Transparency International UK, “Faulty Towers: Understanding the Impact of Overseas Corruption on the London Property Market”* (marzo de 2017).
- 13 Véase, por ejemplo, *Reino Unido, HM Treasury and Home Office, “National Risk Assessment for Money Laundering and Terrorist Financing”* (NRA), octubre de 2015 y octubre de 2017, consultado el 9 de abril de 2020, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/468210/UK_NRA_October_2015_final_web.pdf y https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/655198/National_risk_assessment_of_money_laundering_and_terrorist_financing_2017_pdf_web.pdf, respectivamente.
- 14 Australia, *Australian Law Reform Commission*, consultado el 9 de abril de 2020, <https://www.alrc.gov.au/>.
- 15 Australia, *Parliamentary Joint Committee on the Australian Crime Commission, “Inquiry into the Legislative Arrangements to Outlaw Serious and Organised Crime Groups”*, agosto de 2009.
- 16 Véase, por ejemplo, OCDE, “Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption”

- (París: Ediciones de la OCDE, 2011) en 12, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264095281-en>.
- 17 Véase, por ejemplo, Reino Unido, "Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Evaluación de impacto", 20 de junio de 2017, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/621205/Impact_Assessment_-_UWOs.pdf (consultado el 7 de abril de 2020), en párrs. 6-7. Ministerio del Interior del Reino Unido, "Criminal Finances Bill-Unexplained Wealth Orders, Evaluación de impacto", 20 de junio de 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/621205/Impact_Assessment_-_UWOs.pdf.
- 18 Australia, Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, en su versión modificada, art. 179U (Este artículo prevé la supervisión parlamentaria, al exigir un informe anual sobre las investigaciones y procedimientos relativos a la riqueza injustificada).
- 19 Integrity Reporting Board, "Second Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board" (Informe anual de 2018, presentado el 1 de marzo de 2019). Véase también Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 19(4) (en relación con la obligación legal de compartir las cuentas auditadas con la Asamblea Nacional).

5 Garantías procesales

Una consideración esencial para los sistemas de UWO es garantizar las salvaguardias para los demandados y los terceros afectados a lo largo de todo el procedimiento, ya que los mecanismos de recuperación de activos sólo tienen éxito y son sostenibles si son respetados desde una óptica de derechos humanos. Dado que las UWO hacen recaer en los demandados la carga de la prueba o de la presentación de la información sobre el origen lícito de sus activos (e invocan presunciones si no se cumple dicha carga), constituyen una herramienta poderosa. Cuando la consecuencia jurídica final es la privación de la propiedad de una persona, las disposiciones de transferencia de la carga, como las de los sistemas de UWO, merecen un examen minucioso para asegurarse de que se ejercen proporcionalmente y de conformidad con las garantías procesales. Una atención inadecuada a las salvaguardias podría conducir a injusticias, a la falta de apoyo público y a la invalidación del sistema de UWO por los tribunales.

Aunque ha habido y seguramente habrá más litigios sobre las UWO, hasta ahora los sistemas de UWO han resistido en los tribunales los ataques por cuestiones de garantías procesales. Los sistemas desafiados —los del Reino Unido y Kenia¹— contienen abundantes y cuidadosas garantías procesales para los demandados y terceros, que se detallan en la siguiente sección de este capítulo. Estas protecciones son esenciales no sólo desde el punto de vista de los derechos humanos, sino también para mantener la confianza pública y el apoyo a un sistema de UWO. En resumen, es importante incorporar salvaguardias integradas en todo el procedimiento, a nivel jurídico, institucional y práctico.

5.1 Considerar los desafíos legales a los sistemas de UWO

Si un país decide promulgar un sistema de UWO debe garantizar el respeto de las garantías procesales y los derechos fundamentales. La CNUCC pide a sus partes que consideren la posibilidad de “exigir que el delincuente demuestre el origen lícito del presunto producto del delito”, al tiempo que reconoce el riesgo de que tales sistemas de confiscación puedan causar tensiones con ciertos “principios fundamentales” de las leyes nacionales.² Al igual que con las leyes de confiscación de activos sin condena y con cualquier disposición que invierta la carga de la prueba, algunas personas pueden percibir que las UWO infringen ciertos aspectos fundamentales del derecho a un juicio justo, en particular la presunción de inocencia, el derecho al silencio (o la protección contra la autoincriminación) y el derecho a la propiedad, así como la retroactividad y la privacidad.

5.1.1 Argumentos generales sobre las garantías procesales

En cuanto a las preocupaciones por un juicio justo y las garantías procesales, se argumenta que la mera existencia de una riqueza injustificada, una vez establecida, da lugar con demasiada facilidad a la presunción de que los activos proceden de actividades ilegales y, al hacerlo, invierte la carga de la prueba en el demandado para que demuestre su inocencia, lo que es contrario a uno de los principios más fundamentales de un juicio

justo (inocente hasta que se demuestre lo contrario). Además, el argumento continúa diciendo que, en función de la información que deban revelar sobre cómo obtuvieron la propiedad, los demandados se ven obligados potencialmente a autoincriminarse.

Para empezar, hasta ahora los tribunales han señalado que estas protecciones -la presunción de inocencia y el privilegio contra la autoincriminación- normalmente no se aplican en los procedimientos civiles, ya que no está en juego la libertad de una persona y, por lo tanto, no se aplican a las UWO. Por ejemplo, en el caso *Abachi* (Kenia) el tribunal confirmó que el procedimiento de recuperación de activos injustificados es de naturaleza civil,³ y que la parte que pretende recuperar activos injustificados no está obligada a demostrar actos de corrupción específicos. Además, las leyes UWO de Australia y Mauricio especifican sin ambigüedad la naturaleza civil (y no penal) del procedimiento.⁴

En términos más generales, incluso los procesos penales hacen ocasionalmente excepciones a la presunción de inocencia, por ejemplo, haciendo recaer en el acusado la carga de probar ciertas defensas (como "intoxicación, emergencia extraordinaria, compulsión, provocación para una agresión o legítima defensa") o en casos en los que "el asunto que debe probar el acusado está peculiarmente dentro del conocimiento del acusado".⁵ Puede ser apropiado que la carga de la prueba recaiga sobre el acusado cuando pueda decirse que los hechos en relación con la defensa están únicamente en conocimiento del acusado o cuando la prueba de un asunto concreto por parte de la fiscalía sea extremadamente difícil o costosa, mientras que podría ser aportada fácilmente y a bajo coste por el acusado.⁶

En el caso *Amuti* (Kenia) el tribunal explicó que "la carga de la prueba es una carga dinámica de la prueba que exige que quien esté en mejores condiciones de probar un hecho sea quien lo pruebe",⁷ y que "la exigencia de explicar los activos no es una exigencia de que uno explique su inocencia",⁸ ya que "la presunción de inocencia es un derecho fundamental que no puede ser desplazado mediante una Notificación para explicar cómo se han adquirido los activos".⁹

Los tribunales también han rechazado las alegaciones de los demandados sobre el privilegio contra la autoincriminación y el privilegio conyugal. En *Nat'l Crime Agency contra A* (Reino Unido), el tribunal señaló que los privilegios previstos en la Ley de pruebas civiles de 1968 sólo se aplicaban a los "delitos penales tipificados en la legislación de cualquier parte del Reino Unido" y la demandada no demostró "un riesgo real y apreciable" de enjuiciamiento contra ella y su marido en el Reino Unido.¹⁰ Además, tras constatar que la facultad de solicitar información y presentar documentos en virtud de una UWO "sería en gran medida nugatoria si se aplicara el privilegio", el tribunal expresó la opinión de que el Parlamento, al crear el procedimiento de UWO, había pretendido que "se derogaran los privilegios".¹¹ Así pues, se ha constatado que las UWO bien construidas son compatibles con las garantías procesales.

5.1.2 Argumentos sobre el derecho de propiedad

De forma similar a los argumentos sobre el juicio justo y las garantías procesales, el tribunal de *Amuti* también abordó las preocupaciones relacionadas con que la ley de "activos injustificados"¹² violaba el derecho a la propiedad del demandado, protegido por la Constitución. "El derecho protege el sudor de la frente", respondió el tribunal, "no protege los activos adquiridos mediante el latrocinio, el blanqueo de dinero o los ingresos provenientes del delito o de cualquier empresa ilegal".¹³ El tribunal de *Amuti* también confirmó que no se violaba el derecho a la propiedad al pedir a una persona que explicara el origen de su riqueza desproporcionada.¹⁴ Describió el tema de la ley UWO como "demuéstralo o piérdelo", lo que significa que si no se daba una explicación satisfactoria de los activos desproporcionados, dichos activos corrían el riesgo de ser clasificados como adquiridos ilegalmente.¹⁵

Una preocupación relacionada es cómo las disposiciones de la UWO pueden afectar a terceros inocentes, "tales como prestamistas, copropietarios o miembros de la

familia”, ya que el decomiso puede “ejecutarse contra cualquier persona que tenga posesión de la propiedad afectada, independientemente de su implicación o conocimiento de cualquier delito”.¹⁶ Por esta razón, se necesitan salvaguardias, como se discute en la sección 5.2.

5.1.3 Retrospectividad

Además, se ha argumentado que los sistemas de UWO infringen la prohibición de leyes retroactivas o retrospectivas,¹⁷ cuando se aplican a activos adquiridos antes de que entrara en vigor la ley de UWO en cuestión.¹⁸ En Mauricio el debate sobre la UWO se centró explícitamente en la cuestión del posible carácter retroactivo de las UWO. El argumento era que la UWO podría violar la prohibición de las leyes retroactivas en dos aspectos, a saber, que (a) una persona no puede ser castigada por algo que no era delictivo cuando lo hizo, y (b) que una persona no puede ser castigada más severamente de lo que podría haber sido castigada en el momento de la infracción.¹⁹ El argumento es el siguiente: como la UWO se aplica a activos adquiridos por actividades realizadas antes de que la ley entrara en vigor, es retroactiva o *ex post facto*; esto está prohibido porque el sistema de UWO tiene carácter punitivo, al dar lugar a la privación de activos y, por lo tanto, equivale a “un delito cuasi penal” meramente enmascarado como civil; y llamarlo de otro modo (es decir, civil) no cambia su verdadera naturaleza subyacente (es decir, penal).²⁰

Hay varios argumentos sólidos en contra. En primer lugar, en cuanto al momento en que se produjo la infracción, con el patrimonio no justificado lo que se penaliza es la posesión del patrimonio, no la adquisición previa, por lo que no es *ex post facto* siempre que la ley estuviera en vigor cuando se poseyó el patrimonio. En segundo lugar, las UWO son medidas civiles y no penales, por lo que no se aplican las protecciones contra el castigo por actos no tipificados como delito en ese momento.

En tercer lugar, y de forma similar, no se trata de un castigo más severo, ya que no es un castigo en absoluto, sino una sanción de carácter civil. Teniendo en cuenta que uno de los objetivos generales de las leyes de UWO es reforzar la recuperación de los ingresos provenientes del delito, se puede argumentar que no se está castigando a una persona de una manera más severa ni por una actividad que no era delictiva en ese momento: los delitos subyacentes ya estaban tipificados como delito en el momento en que el demandado, u otra persona estrechamente relacionada, participó en esas actividades para generar la riqueza y, presumiblemente, dicho producto ya era susceptible de un posible decomiso como consecuencia de ello; la UWO simplemente aumenta el riesgo de que el producto sea descubierto. En cuarto lugar, en el contexto análogo del decomiso no basado en una condena, una serie de decisiones judiciales, tanto en jurisdicciones civiles como de common law, han confirmado la aplicación retroactiva “porque el decomiso no es de naturaleza penal”.²¹ Por lo tanto, las UWO no violan las prohibiciones sobre leyes retroactivas.

5.1.4 Cuestiones de privacidad y abuso político

Además, se podría argumentar que se vulnera el derecho a la intimidad, ya que las UWO obligan al demandado a divulgar información. Al obligar a los demandados a facilitar información sobre sus ingresos y pertenencias, se les obliga a revelar documentos financieros personales potencialmente delicados.²² Por lo que respecta a la preocupación por la intimidad, los casos presentados ante el Tribunal Superior del Reino Unido ilustran que, si bien el uso de las UWO puede exigir un equilibrio con el derecho a la intimidad,²³ es posible encontrar un “justo equilibrio” en el marco de las UWO.²⁴ Con este fin, una herramienta utilizada en el Reino Unido es un Código de Buenas Prácticas que especifica que el uso de cualquier herramienta que pueda interferir con un derecho humano “debe ser proporcionado”.²⁵ Más concretamente, el Código de Buenas Prácticas pide a las autoridades que (a) “justifiquen plena y claramente” el uso de una herramienta

determinada (como las UWO) y (b) garanticen que el uso es “proporcionado”, lo que significa esencialmente considerar si se podrían utilizar “medios menos intrusivos” para lograr el mismo objetivo.²⁶

5.1.5 Posible uso indebido de las leyes de UWO

Por último, algunos argumentarían que las UWO podrían ser susceptibles de abuso por parte de las autoridades para, por ejemplo, acosar a los oponentes políticos. Sin embargo, esta preocupación particular no es exclusiva de las leyes de UWO, ya que casi cualquier herramienta legal podría ser mal utilizada. En lugar de ser un argumento en contra de las UWO *per se*, esta preocupación refuerza la necesidad de incorporar las salvaguardas discutidas en este capítulo. Además, las leyes sobre UWO exigen cierto grado de sospecha razonable, lo que puede justificar una carga (al igual que ocurre en determinadas investigaciones fiscales).²⁷

5.2 Principales garantías jurídicas de los sistemas de UWO

Los ingredientes clave para asegurar que un sistema de UWO garantice el debido proceso y la imparcialidad fundamental con respecto a la confiscación de activos son los siguientes:

- revisión por un funcionario judicial;
- prohibición de utilizar las declaraciones exigidas en un procedimiento UWO en un proceso penal;
- limitación del uso de la información divulgada y comunicación a terceros;
- protección de terceros inocentes; y
- supervisión independiente del marco de UWO por parte del Parlamento u otro organismo.

Además, merece la pena considerar las siguientes características:

- algún límite o discrecionalidad judicial sobre hasta dónde se puede obligar al demandado a explicar el origen de los activos;
- un umbral mínimo para el valor de los activos injustificados;
- posibilidad de que los demandados soliciten la devolución de los honorarios de abogados, en determinadas circunstancias, cuando se denieguen las UWO.

Los detalles de cada una de estas salvaguardias se analizan en los siguientes apartados, agrupados en consideraciones jurídicas, institucionales y prácticas.

5.2.1 Garantías jurídicas

Revisión por un funcionario judicial

La salvaguarda clave es someter cada solicitud de UWO a una revisión independiente e imparcial, normalmente a cargo de un funcionario judicial. En Mauricio, además de una revisión judicial, se crearon una agencia y una junta independientes para los dos primeros niveles de revisión. Por otra parte, las UWO no sólo deberían requerir la aprobación de un tribunal independiente para ser emitidas,²⁸ sino que, además, una vez emitidas, el demandado debería poder impugnar o apelar la decisión (como se ha demostrado en el Reino Unido).²⁹

Necesidad de una salvaguardia específica contra el riesgo de autoincriminación

Aunque el privilegio contra la autoincriminación no se aplica en el procedimiento de la UWO, puede surgir la preocupación de si las declaraciones realizadas por el demandado podrían utilizarse en su contra en otros procedimientos penales. Por lo tanto, en relación con el riesgo de autoincriminación, los proponentes deben asegurarse de que la ley de UWO contenga una salvaguardia específica para proteger contra el uso de las declaraciones de los demandados, como en el Reino Unido,³⁰ para garantizar que las declaraciones realizadas en el marco de una UWO no puedan utilizarse contra un demandado en un proceso penal. Véase el recuadro 5.1.

Se debe hacer una distinción importante, como se explicó claramente en la decisión del caso Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Crimen de 2020, entre los procedimientos de la UWO y los procedimientos penales (potenciales, si los hubiera). El tribunal sostuvo que el privilegio contra la autoincriminación y el privilegio conyugal no pueden invocarse en los propios procedimientos de la UWO.³¹ En primer lugar, dichos privilegios sólo se aplican en los procedimientos penales, y los procedimientos de UWO no lo son. En segundo lugar, “la facultad de dictar tales órdenes ‘sería en gran medida nugatoria si se aplicara el privilegio’” y, por lo tanto, los legisladores “habían tenido necesariamente la intención de derogar los privilegios” a los efectos de la información exigida por un sistema de UWO.³²

Obsérvese que esta prohibición de utilizar en causas penales las declaraciones prestadas en procedimientos de UWO no limitaría necesariamente el uso de la información contenida en dichas declaraciones para ulteriores procedimientos civiles o administrativos, ni impediría un enjuiciamiento por declaración falsa. Por ejemplo, en el Reino Unido, en el caso Hussain, las autoridades hicieron uso de la respuesta de la UWO para identificar una cartera de activos mayor de la que se conocía previamente.³³

Posible limitación temporal del plazo a partir de los hechos en los casos de no PEP

Las jurisdicciones pueden considerar la posibilidad de establecer un límite temporal para obligar a un demandado que no sea PEP a explicar su patrimonio o, alternatively, conceder discrecionalidad judicial para considerar esta posibilidad si existe un grave riesgo de injusticia. Parece que hay bastantes casos de funcionarios públicos que acumulan riqueza durante largos períodos, por lo que para las personas con responsabilidad pública probablemente no sea aconsejable un límite. Sin embargo, para otras personas podría serlo, para evitar que personas no PEP sean llevadas ante un tribunal para responder por propiedades o riquezas adquiridas en un pasado lejano. La duración adecuada de cualquier límite es discutible, ya que algunos podrían argumentar que un límite como el de siete años en Mauricio es demasiado corto. Hay numerosos ejemplos de altos funcionarios corruptos que llevan décadas amasando ganancias mal habidas, por lo que es probable que los particulares hagan lo mismo (por ejemplo, los líderes del crimen organizado). En cuanto a los sistemas que son “sólo herramientas de investigación”, como el del Reino Unido, no existen límites temporales expresos para los procedimientos de UWO, pero un límite se deriva de las leyes sustantivas que rigen las órdenes de confiscación (en ese caso, el plazo de prescripción es de 20 años). Por lo tanto, los países también deben consultar esas leyes en los casos en que se apliquen.

Recuadro 5.1. Salvaguardias contra la autoincriminación en la ley británica de orden de riqueza injustificada

“Una declaración hecha por una persona en respuesta a un requerimiento impuesto por una orden de riqueza injustificada no puede utilizarse como prueba contra esa persona en un proceso penal”. Existe una excepción limitada cuando la persona hace una declaración falsa o engañosa a sabiendas o por imprudencia.

Fuente: Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362F(1). Nota: UK = Reino Unido.

Limitación del uso de la información divulgada

La autoridad o agencia gubernamental a la que se facilite la información también debe estar obligada a utilizarla únicamente para los fines estatutarios previstos y a no compartirla con terceros cuando exista riesgo de injusticia. Una vez más, basándose en la sentencia del caso *Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency* de 2020, la National Crime Agency (NCA), a la que se facilita la información en el Reino Unido, debe utilizarla únicamente para los fines previstos por la ley. Además, la NCA "como organismo público, tenía la obligación de actuar de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y estaba obligada a cumplir las directrices de la Overseas Security and Justice Assistance, que incluían procesos específicos para decidir si la divulgación a un tercero daría lugar a un riesgo inadmisibles".³⁴

Umbral de valor mínimo

Como se señaló en la sección de diseño, la inclusión de un valor mínimo de la propiedad objeto de un procedimiento de UWO garantizará que las personas con medios modestos tengan menos probabilidades de ser objeto de UWO, reforzando así la equidad del proceso de UWO. El valor debe determinarse en función de los objetivos y el contexto de cada país.

Protección de terceros inocentes

Dada la amplia definición de propiedad, las UWO y las leyes análogas de confiscación civil pueden aplicarse a la propiedad que el demandado posea conjuntamente con otros terceros inocentes o que esté arrendada a terceros inocentes o sea utilizada por dependientes inocentes. Tales derechos deben ser protegidos. Para hacer frente a estos riesgos, el sistema australiano de UWO ofrece ejemplos de cómo permitir modificaciones de las órdenes, especialmente de las órdenes provisionales de embargo preventivo o de las eventuales órdenes de confiscación, en casos de dificultades y especialmente en caso de efectos sobre terceros inocentes o personas a cargo.³⁵

5.2.2 Salvaguardias institucionales

Supervisión independiente del sistema de UWO

La supervisión parlamentaria (o la supervisión por parte de otros organismos independientes) puede resultar útil. Como se ha mencionado anteriormente, el acto jurídico por el que se crea un sistema de UWO puede contener la obligación de que las autoridades competentes presenten informes anuales sobre el uso y los resultados de las UWO. Transcurrido un determinado período de tiempo, la propia ley puede someterse a una revisión sistemática por parte de los legisladores para estudiar las modificaciones necesarias. Por ejemplo, Mauricio y el Reino Unido han promulgado enmiendas basadas en la experiencia práctica y en la evolución de las prioridades políticas.

Revisión por un funcionario judicial

La salvaguarda clave de la revisión por parte de un funcionario judicial merece repetirse en esta categoría, ya que es la salvaguarda más importante y está vinculada al grado de independencia del poder judicial.

5.2.3 Garantías prácticas

Posibilidad de recuperación de los gastos legales cuando el demandado gana

Los costes de la defensa contra una UWO pueden ser considerables. Puede tener sentido permitir que el demandado que gane solicite al tribunal el reembolso de los honorarios, a discreción del tribunal. Esta posibilidad podría servir de control a las autoridades

a la hora de decidir si una situación es apropiada para una UWO. Sin embargo, debe alcanzarse un equilibrio, porque esta característica también puede desincentivar la actuación de las autoridades, especialmente si los organismos encargados de hacer cumplir la ley tienen limitaciones de capacidad. El Reino Unido contaba con un sistema de este tipo, que entró en juego en el caso del recuadro 5.2.

Desde aquel asunto, el Reino Unido ha modificado su legislación para establecer que el tribunal no puede conceder honorarios a menos que las fuerzas y cuerpos de seguridad hayan actuado de forma irrazonable al presentar la solicitud de UWO o al apoyar u oponerse a la emisión de una orden o hayan actuado de forma deshonesto o indebida en el curso del procedimiento.³⁶

Proceso y procedimientos justos

A lo largo del procedimiento UWO, es importante que los procedimientos ofrezcan a los demandados un proceso justo. Unos plazos demasiado cortos y unos requisitos poco claros sobre cómo debe explicarse la riqueza pueden vulnerar la equidad fundamental o socavar la confianza del público. Los requisitos deben ser claros para los demandados en cuanto a la información y la documentación justificativa que deben presentar, cuándo, dónde y cómo.

Una cuestión de importancia práctica es qué plazos aplican, tanto a los demandados como a las autoridades (para estas últimas, en particular cuando se embargan o congelan activos). Esto se relaciona con el número y el tipo de documentos que los demandados deben presentar. Si los demandados inundan a las autoridades con grandes volúmenes de documentación, a menudo compleja (por ejemplo, documentos jurídicos extranjeros de entidades extraterritoriales), unos plazos más cortos (por ejemplo, 60 días en el Reino Unido) pueden resultar insuficientes para que las autoridades investiguen a fondo y corroboren la información facilitada. Esto puede agravarse si los documentos se facilitan en formato físico de papel, en lugar de electrónicamente. Si los demandados necesitan obtener documentos del extranjero o de períodos más antiguos, es posible que necesiten más tiempo.

Los responsables de políticas deben considerar la duración adecuada de los plazos y las consecuencias jurídicas de no respetar los plazos especificados. Otras características a debatir y considerar incluyen (a) especificaciones sobre la pertinencia de los documentos aportados por los demandados y (b) la posibilidad de formas seguras y verificables de presentar la información por vía electrónica, a medida que los gobiernos avanzan cada vez más hacia enfoques digitales de diversos procedimientos, acelerados por la pandemia del COVID-19, y a medida que las nuevas tecnologías siguen mejorando.

Recuadro 5.2. Los demandados que ganan recuperan los honorarios de abogados: Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.)

Hechos. La Agencia Nacional contra la Delincuencia del Reino Unido (NCA) obtuvo tres órdenes de riqueza injustificada (UWO) contra la propiedad del demandado. El demandado convenció al tribunal que anulara las órdenes.^a

Resultado. El demandado solicitó al tribunal que ejerciera su facultad discrecional para exigir a la NCA que reembolsara al demandado sus honorarios legales. El tribunal accedió a la petición y la NCA fue condenada a pagar al demandado £1,5 millones.^b

a Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 (Eng.)

b Sean O'Neill, "£1.5 Million Legal Bill Forces Rethink over McMafia Wealth Orders," The Times, 13 de julio de 2020.

Notes

- 1 Hay un recurso de inconstitucionalidad pendiente en Mauricio, presentado en 2018. Véase Mauricio, Integrity Reporting Board, “Second Annual Report of the Integrity Reporting Services Agency and The Integrity Reporting Board” (Informe anual de 2018, presentado el 1 de marzo de 2019) en p. 7. En Australia, este estudio no encontró casos de un tribunal que criticara el régimen federal de UWO por motivos de debido proceso.
- 2 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 31(8)-(9), consultado el 23 de diciembre de 2022, <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>.
- 3 Ethics and Anti-Corruption Comm’n v. Abachi & Ors (2021) e.K.L.R. [158] (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenya).
- 4 Véase, por ejemplo, Australia, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 179R(1) y (2) y sec. 315; Mauricio, The Good Governance and Integrity Reporting Act 2015, en su versión modificada, sec. 3(5).
- 5 Véase, por ejemplo, Australia, Office of the Queensland Parliamentary Counsel, “Principles of Good Legislation: OQPC Guide to FLPs: Reversal of Onus of Proof”, 19 de junio de 2013, en 6, para. 5 y en 10, párr. 22, consultado el 16 de abril de 2020, https://www.legislation.qld.gov.au/file/Leg_Info_publications_FLP_Reversal_of_Onus1.pdf. Véase también Australia, División Penal, “A Guide to Framing Commonwealth Offences, Infringement Notices and Enforcement Powers” (Departamento del Fiscal General, edición de 2011), 50, <https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2020-03/A%20Guide%20to%20Framing%20Cth%20Offences.pdf>.
- 6 Véase, por ejemplo, Gobierno de Australia, “Australian Law Reform Commission, Traditional Rights and Freedoms-Encroachments by Commonwealth Laws” (ALRC Report 129, diciembre de 2015) en párrs. 9.36 y ss. (en relación con “Justifications for reversing legal burden”); Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm’n [2019] e.K.L.R. [78] (C.A.K.), Civil Appeal No. 184 of 2018.
- 7 Amuti [2019] e.K.L.R. [78].
- 8 Id. [79].
- 9 Id. [79].
- 10 Nat’l Crime Agency v. A [2018] EWHC (Admin) 2534 [107]–[108] (Eng.).
- 11 Id. [110]–[112].
- 12 Kenia, Ley contra la corrupción y los delitos económicos de 2003, en su versión modificada, sec. 26 y sec. 55.
- 13 Amuti [2019] e.K.L.R. [73].
- 14 Id. [73].
- 15 Id. [79].
- 16 Mat Tromme, “Waging War against Corruption in Developing Countries: How Asset Recovery Can Be Compliant with the Rule of Law”, Duke Journal of Comparative and International Law 29, n.º 2 (primavera de 2019), en 187 (analiza dichos argumentos en el contexto más amplio del decomiso sin condena).
- 17 Algunos tratan estos dos términos como sinónimos, mientras que otros hacen una distinción. Véase, por ejemplo, Black’s Law Dictionary, Standard Ninth Edition (La entrada para “retroactivo” establece: “retroactivo, adj. (17c) (De un estatuto, fallo, etc.) que se extiende en alcance o efecto a asuntos que han ocurrido en el pasado. También se denomina retrospectivo”). En comparación, véase, por ejemplo, Theodore S. Greenberg y otros, “Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture” (Washington, DC: Banco Mundial, 2009) [en adelante, StAR “A Good Practices Guide for NCB Asset Forfeiture” 2009] en 44n80 (donde se cita “El Tribunal Supremo de Canadá en Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358 adoptó la definición de E. A. Driedger, en ‘Statutes: Retroactive Retrospective Reflections’ (1978), 56 Can. Bar Rev. 264, en pp. 268-69: Un estatuto retroactivo es aquel que opera a partir de un momento anterior a su promulgación. Una ley retrospectiva es aquella que opera sólo para el futuro. Es prospectiva, pero impone nuevos resultados con respecto a un acontecimiento pasado”).
- 18 Véase, por ejemplo, Ben Clarke, “Confiscation of Unexplained Wealth: Western Australia’s Response to Organized Crime Gangs”, South African Journal of Criminal Justice 15, n.º 1 (2002), en 83; Partido Laborista de Mauricio, Position Paper n.º 1, noviembre de 2015, en 47-50, consultado el 9 de abril de 2020, <https://ionnews.mu/wp-content/uploads/2015/11/PT-Position-Paper-on-GGIR.pdf>.
- 19 Partido Laborista de Mauricio, Documento de posición n.º 1 en 48, párrafo 23.
- 20 Partido Laborista de Mauricio, Documento de posición n.º 1, en 47-50; Anthony Gray, “The Compatibility of Unexplained Wealth Provisions and ‘Civil’ Forfeiture Regimes with Kable”, Queensland University of Technology Law and Justice Journal 12, n.º 2 (2012), en 31-32.
- 21 StAR “A Good Practices Guide for NCB Asset Forfeiture” 2009 en 44-46.
- 22 Nat’l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [63]-[65] (Eng.) (debate sobre el carácter potencialmente intrusivo de las UWO, debido a la divulgación forzosa de información confidencial, y referencia al “derecho al respeto de la vida privada y familiar” en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)).

- 23 Id. [63]–[65].
- 24 Nat'l Crime Agency v. A [2018] EWHC (Admin) 2534 [99] (Eng.) (refiriéndose predominantemente al artículo 1 del CEDH, pero citando también el artículo 8 del CEDH) y [103] (encontrando que el uso de una UWO logró un "equilibrio justo" en este caso).
- 25 Baker & Ors [2020] EWHC [64]–[65].
- 26 Id. [61], [64]–[65]. Véase también Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency [2020] EWCA (Civ) 108 [52] (especificando que la NCA "como organismo público, tenía el deber de actuar de forma coherente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos"). En términos más generales, en relación con la preocupación por el uso indebido de los UWO y con el derecho a la intimidad, véase también la CNUCC, artículo 8 sobre "Códigos de conducta para los funcionarios públicos", y ONU, Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, Resolución 51/59, 12 de diciembre de 1996, consultada el 23 de diciembre de 2022, https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1990-1999/1996/General_Assembly/A-RES-51-59.pdf (aboga contra el abuso de poder por parte de los funcionarios públicos y por la protección de la información confidencial).
- 27 Véase, por ejemplo, Australia, Taxation Administration Act 1953 (modificada y en vigor el 28 de septiembre de 2022), sec. 8K ("Declaraciones falsas o engañosas") y sec. 8L ("Incorrectly keeping records"), consultado el 23 de diciembre de 2022, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022C00267>; Gobierno de Australia, Australian Law Reform Commission, Traditional Rights and Freedoms-Encroachments by Commonwealth Laws (ALRC Report 129, diciembre de 2015), en párr. 9.81.
- 28 Baker & Ors [2020] EWHC [26].
- 29 Véase, por ejemplo, Hajiyeva [2020] EWCA 108; Nat'l Crime Agency c. A [2018] EWHC (Admin) 2534. Véase también Baker & Ors [2020] EWHC 822.
- 30 Véase Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, en su versión modificada, sec. 362F(1).
- 31 Hajiyeva [2020] EWCA [45]–[56].
- 32 Id. [51].
- 33 Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 (Eng.).
- 34 Hajiyeva [2020] EWCA [52]; Overseas Security and Justice Assistance (OSJA) Human Right Guidance en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/583304/OSJA_Guidance_2017.pdf.
- 35 Australia, Proceeds of Crime Act 2002 as amended Section 179(L) (Relieving certain dependent from hardship). Disponible en (último acceso 1/2/2023) <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022C00269>.
- 36 Reino Unido, Proceeds of Crime Act 2002, modificada por la Economic Crime Transparency and Enforcement Act 2022, en los secs. 52-53, insertando una nueva sec. 362U y sec. 396V (titulada "Unexplained wealth orders: costs of proceedings"), consultada el 4 de enero de 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/10/part/2>.

6 Conclusiones y recomendaciones

Este estudio muestra que las UWO pueden cerrar una brecha en la caja de herramientas para la recuperación de activos. La esencia de una UWO es aliviar a las autoridades de la carga de establecer que los activos están vinculados a casos específicos de conducta delictiva, exigiendo al demandado que explique que la fuente de su riqueza es de origen legal y que presente pruebas que respalden esa conclusión. Esto puede resultar especialmente útil en casos transfronterizos de gran corrupción o delincuencia organizada en los que, de otro modo, las autoridades podrían enfrentarse a obstáculos para obtener la información o la cooperación necesarias de otras jurisdicciones a través del proceso de MLA, o en casos de corrupción nacional en los que puede resultar notoriamente difícil demostrar los vínculos necesarios con la delincuencia en el marco de otros procedimientos, pero en los que existe un aumento claro e injustificado del patrimonio de un funcionario. Si las personas jurídicas también están en el punto de mira, y si ciertos funcionarios de esas entidades también pueden estar obligados a cumplir con las solicitudes de información, puede ayudar a las autoridades a desentrañar complejas estructuras de entidades jurídicas extraterritoriales que pretenden ocultar a los beneficiarios finales, proporcionando así información para los siguientes pasos de la investigación. Como se ha analizado en capítulos anteriores, los sistemas de UWO establecen, como mínimo, órdenes para obligar a los demandados a facilitar determinada información sobre el origen de su patrimonio. Alternativamente, y más comúnmente, los sistemas incluyen tanto la misma obligación de proporcionar información como su propio mecanismo de recuperación. Si el demandado no cumple la orden de facilitar información o da explicaciones insuficientemente convincentes, puede presumirse que los activos son ilícitos y recuperables. Las opciones políticas a la hora de diseñar estos sistemas estarán muy influidas por la infraestructura de decomiso civil existente en un país determinado.

6.1 Recomendaciones clave para el establecimiento de un sistema de UWO

Si un país desea explorar un sistema de UWO, debería tener en cuenta las siguientes recomendaciones clave.

6.1.1 Condiciones previas para el establecimiento de un sistema de UWO

- Determinar si es necesario un sistema de UWO realizando una investigación política para identificar los obstáculos y lagunas existentes en el marco global anticorrupción y de recuperación de activos de la jurisdicción.
- Considerar contra qué se dirigirá exactamente la UWO, si contra personas políticamente expuestas y sus familiares, los llamados oligarcas, figuras del crimen

organizado, todos los funcionarios del gobierno u otros.

- Evaluar la existencia de un entorno político e institucional favorable a la aplicación de las UWO, incluido el grado de independencia del poder judicial y la fuerza de la voluntad política.
- Determinar si las UWO deben reconocerse junto con, o como alternativa a, otros recursos no basados en condenas y delitos de enriquecimiento ilícito.

6.1.2 Consideraciones sobre el diseño de un sistema de UWO

- Decidir, basándose en el contexto jurídico e institucional específico, qué modelo de sistema de UWO sería más eficaz en la jurisdicción, incluyendo si la UWO será sólo una herramienta de investigación o tanto una herramienta de investigación como un mecanismo para una orden de confiscación.
- Aliviar a las autoridades de la carga de establecer que los activos están vinculados a casos concretos de conducta delictiva, exigiendo a los demandados que expliquen que la fuente de su riqueza es de origen lícito y exigiéndoles que presenten pruebas que respalden esa conclusión.
- Establecer la presunción de que los activos están sujetos a confiscación en los casos en que el demandado no proporcione respuestas satisfactorias que demuestren que proceden de fuentes legítimas o no proporcione respuesta alguna.
- Si el demandado proporciona información falsa o engañosa, esto debería constituir un delito, ya sea como parte del sistema de UWO (como en el Reino Unido) o por referencia a otras leyes preexistentes, como los delitos de falso testimonio.
- Garantizar que el sistema de UWO cubra tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas, y que las personas físicas pertinentes estén obligadas a responder a las UWO dirigidas a una persona jurídica.
- Garantizar que el sistema de UWO cubra todos los tipos de activos, dondequiera que se encuentren, incluidos los activos materiales, los activos inmateriales, los intereses en propiedades e incluso los activos donados o consumidos de otro modo.
- Considerar el establecimiento de un umbral de valor mínimo para las UWO basado en el contexto de la jurisdicción para garantizar que los recursos se destinan a casos con un valor monetario o de orden público sustancial. Incorporar un medio para evaluar periódicamente si este umbral debe revisarse en función de las experiencias prácticas en la aplicación de la ley.
- Prever consecuencias jurídicas en los casos en que un demandado en un procedimiento de UWO enumere ingresos y activos no mencionados en su declaración oficial de ingresos y activos.
- Permitir el decomiso basado en el valor en el sistema de UWO, en lugar de únicamente el decomiso basado en la propiedad, en caso de que los activos originales ya no estén disponibles, y utilizar el decomiso basado en el valor si el demandado tiene otros activos en la jurisdicción de ejecución.
- Permitir las UWO con respecto a activos y personas fuera de la jurisdicción de aplicación (aplicación extraterritorial).
- Disponer que las UWO vayan acompañadas de embargos o inmovilizaciones provisionales, en circunstancias apropiadas, para evitar la disipación de los activos cuando exista el riesgo de que éstos puedan ser dañados, trasladados o enajenados de otro modo.

6.1.3 Cuestiones operativas

- Promover la coordinación a nivel nacional mediante la inclusión de mecanismos para compartir información entre los organismos encargados de la aplicación de la UWO y las agencias tributarias, protegidos con las salvaguardias de confidencialidad adecuadas.
- Considerar la creación de un grupo de trabajo multidisciplinar específico para la recuperación de activos o la UWO.
- Dar prioridad al uso de las UWO para investigar y confiscar activos situados en la jurisdicción de aplicación cuando sea probable que los homólogos extranjeros no sean eficaces a la hora de aportar pruebas de la titularidad real y el origen ilícito.

6.1.4 Consideraciones sobre el procedimiento y las garantías procesales

Incluir garantías procesales adecuadas y mecanismos de revisión judicial en el sistema de UWO, como los siguientes:

- exigir la revisión por parte de un funcionario judicial antes de expedir una UWO y el derecho a recurrir la decisión de expedir una UWO;
- considerar, de conformidad con los principios fundamentales de la jurisdicción, si el uso de declaraciones de un procedimiento de UWO debe prohibirse en procedimientos penales paralelos o posteriores contra el demandado (excepto en el caso de declaraciones falsas e información que no sean “declaraciones”);
- limitar el uso de la información revelada y su divulgación a terceros;
- añadir un límite u otra salvaguarda para evaluar hasta qué fecha se puede obligar a los declarantes no PEP a explicar el origen de los activos si existe riesgo de injusticia;
- incorporar un umbral mínimo para el valor de los activos injustificados calibrado en función del contexto jurídico y operativo específico de la jurisdicción en cuestión;
- proteger a terceros inocentes;
- incorporar una supervisión independiente por parte del parlamento u otro organismo del marco de la UWO; y
- permitir la posible recuperación de los gastos legales de los demandados cuando se denieguen las UWO, posiblemente limitando esta posibilidad a los casos en que las autoridades hayan actuado de forma poco razonable o indebida.

Apéndice A: estudios de casos e información relacionada

A.1 Reino Unido

A.1.1 Agencia Nacional contra el Crimen v. A

Antecedentes. Zamira Hajiyeva es nacional de Azerbaiyán. Su marido, Jahangir Hajiyev, fue presidente del consejo de administración del Banco Internacional de Azerbaiyán desde marzo de 2001 hasta marzo de 2015. El Ministerio de Finanzas de Azerbaiyán era uno de los principales accionistas del banco, con una participación de entre el 50,2 por ciento y el 60,6 por ciento desde 2008 hasta 2013. En diciembre de 2015, el Sr. Hajiyev fue detenido en Azerbaiyán y posteriormente acusado de varios delitos -incluidos apropiación indebida, abuso de funciones, fraude a gran escala y malversación- en relación con el banco. En octubre de 2016, el Sr. Hajiyev fue declarado culpable y condenado a 15 años de prisión y al pago de US\$39 millones al banco.

En febrero de 2018, sobre la base de una solicitud de la National Crime Agency (NCA), se emitió una UWO contra la Sra. Hajiyeva en relación con una propiedad en Londres. La propiedad fue adquirida en diciembre de 2009 por Vicksburg Global Inc, una empresa constituida en las Islas Vírgenes Británicas, por £11,5 millones (US\$13,839 millones). La Sra. Hajiyeva se había hecho famosa en el Reino Unido por su fastuoso estilo de vida, que incluyó el gasto de £16 millones (US\$19,254 millones) en Harrods entre 2006 y 2016.¹

Solicitud de desestimar la UWO. La demandada, la Sra. Hajiyeva, no discutió el hecho de que poseía la propiedad a través de Vicksburg Global Inc. Sin embargo, solicitó al Tribunal Superior que desestimara la UWO basándose, entre otras cosas, en que (a) ni ella ni el Sr. Hajiyev eran personas expuestas políticamente² porque la participación del Gobierno en el Banco Internacional de Azerbaiyán no era suficiente para establecer que el banco era una “empresa de propiedad estatal” durante el mandato del Sr. Hajiyev a efectos del artículo 3, apartado 9, letra g), de la Directiva 2015/849/UE del Parlamento y del Consejo (Directiva de 2015)³ y el Sr. Hajiyev no había sido encargado de funciones públicas prominentes “por una organización internacional o por un Estado” en virtud del artículo 362B(7)(a) de la Ley de ganancias ilícitas de 2002 (Proceeds of Crime Act, PoCA);⁴ (b) la NCA se equivocó al basarse en la condena contra Mr. Hajiyev por el tribunal de Azerbaiyán para apoyar el requisito de ingresos de la UWO porque el procedimiento judicial fue extremadamente abusivo, haciendo caso omiso de cualquier derecho de defensa;⁵ y (c) la UWO violó el privilegio de la demandada contra la autoincriminación y el privilegio conyugal en virtud del artículo 14 de la Ley de Pruebas Civiles de 1968, exponiendo tanto a ella como al Sr. Hajiyev al riesgo de nuevos procedimientos penales y enjuiciamiento en el Reino Unido y Azerbaiyán.⁶

Sentencia. El juez se negó a desestimar al UWO, basándose en que (a) las definiciones de “empresas de propiedad estatal” y “personas políticamente expuestas” eran tan amplias que el banco podría ser visto como una empresa de propiedad estatal sobre la base de la participación mayoritaria del gobierno de Azerbaiyán en el banco en todos los

momentos materiales, con el control último del banco;⁷ y (b) no era persuasivo que, bajo la ley de Azerbaiyán, el banco no fuera una “organización estatal”, porque ni el PoCA ni la Directiva de 2015 requieren la consideración de leyes extranjeras.⁸

El juez interpretó además que la frase “una persona que esté o haya estado encargada de funciones públicas importantes por una organización internacional o por un Estado distinto del Reino Unido u otro Estado del EEE”, que define a una persona expuesta políticamente en virtud del artículo 362B(7)(a), excluye a dicha persona encargada, y no que añade una condición adicional.⁹ Por lo tanto, se podía considerar que el Sr. Hajiyev, antiguo presidente del consejo de administración del banco, había sido miembro del órgano administrativo y/o de gestión¹⁰ de una empresa estatal y, por lo tanto, que el Estado de Azerbaiyán le había encomendado funciones públicas destacadas. El juez confirmó que tanto el Sr. Hajiyev como su esposa, la demandada, eran personas políticamente expuestas.¹¹

En cuanto a la condena contra el Sr. Hajiyev, el juez declaró que, en esta fase de investigación, la ANC no estaba obligada a determinar cuestiones como la imparcialidad del juicio, que podrían plantearse en una fase posterior; por lo tanto, podía tener en cuenta su condena al decidir sobre el requisito de los ingresos.¹² También señaló que la condena era sólo una de las muchas pruebas corroborativas en las que se basaba la ANC sobre la supuesta apropiación indebida de fondos bancarios por parte del Sr. Hajiyev al considerar el requisito de los ingresos.¹³

En cuanto al privilegio de la demandada contra la autoincriminación y el privilegio conyugal, el juez señaló que los privilegios en virtud de la Ley de Pruebas Civiles de 1968 sólo se aplican a “los delitos penales en virtud de la legislación de cualquier parte del Reino Unido” y la demandada no demostró “un riesgo real y apreciable” de enjuiciamiento contra ella y el Sr. Hajiyev en el Reino Unido.¹⁴ Además, tras constatar que la facultad de solicitar información y presentar documentos en virtud de una UWO “sería en gran medida nugatoria si se aplicara el privilegio”, el juez opinó que el Parlamento, al crear el procedimiento de la UWO, había tenido la intención de que “se derogaran los privilegios”.¹⁵

En general, el juez concluyó que la posición del Sr. Hajiyev como empleado del Estado desde 1993 hasta 2015 era una fuente improbable de ingresos suficientes para comprar la propiedad¹⁶ y desestimó la impugnación del demandado, ya que se cumplían los criterios legales para emitir un UWO.

Después de la sentencia. En febrero de 2020, el tribunal de apelación desestimó el recurso de la demandada contra la sentencia.¹⁷ En diciembre de 2020, se desestimó la solicitud de la demandada de recurrir ante el Tribunal Supremo, ya que su impugnación no planteaba ninguna cuestión de derecho discutible.¹⁸

La NCA ha iniciado un procedimiento de decomiso de las joyas incautadas al Sr. Hajiyeva, valoradas en £3,2 millones (US\$3,8 millones), que la agencia sospecha que también se compraron con el dinero corrupto de su marido.¹⁹

A.1.2 Agencia Nacional contra la Delincuencia v. Baker & Ors

Antecedentes. Rakhat Aliyev era un ciudadano kazajo que ocupó cargos públicos de alto nivel, incluido el de viceministro de Asuntos Exteriores. Fue condenado *in absentia* por secuestro, robo, malversación y otros delitos por la justicia kazaja en 2008 y murió entre rejas en Austria en febrero de 2015. La NCA obtuvo tres UWO en relación con tres propiedades en Londres valoradas en más de £80 millones (US\$96 millones). Cada propiedad fue adquirida inicialmente por una empresa registrada en las Islas Vírgenes Británicas y posteriormente transferida a cuatro de los cinco demandados: una empresa registrada en Anguila, dos fundaciones registradas en Panamá y una fundación registrada en Curaçao. El quinto demandado, Andrew Baker, era presidente de las fundaciones panameñas.

La NCA obtuvo las UWO basándose en la premisa de que el Sr. Aliyev estuvo implicado en delitos graves durante y después de su mandato, adquirió las propiedades con ingresos provenientes del delito y los miembros de su familia también participaron en el blanqueo

de los ingresos derivados de sus delitos en la adquisición y gestión de las propiedades. La NCA también creía que el Sr. Aliyev había adquirido y gestionado las propiedades de forma compleja y secreta, utilizando una organización privada *offshore* para ocultar los fondos ilícitos utilizados para comprar las propiedades

Respuesta de los demandados. Las UWO exigían a los demandados que facilitaran información sobre el origen de los fondos utilizados en la adquisición y gestión de las propiedades y sobre los beneficiarios finales de las mismas.²⁰ Los demandados alegaron que la base fáctica de la solicitud de la ANC era errónea, ya que los beneficiarios finales eran la exesposa del Sr. Aliyev, Dariga Nazarbayeva (con respecto a dos de las propiedades), y su hijo, Nurali Aliyev (con respecto a la tercera propiedad).²¹ Los demandados explicaron que el Sr. Aliyev y la Sra. Nazarbayeva se divorciaron tras años de separación en junio de 2007, antes de la compra de las propiedades, y que ni la esposa ni el hijo tuvieron contacto con el Sr. Aliyev tras el divorcio. Alegaron además que, dado que los activos del Sr. Aliyev procedentes de sus actividades delictivas ya habían sido confiscados por el gobierno de Kazajstán, su exesposa y su hijo no recibieron de él ningún activo o fondo adquirido ilegalmente. También alegaron que la Sra. Nazarbayeva y su hijo eran los propietarios legítimos de las propiedades porque ella era una empresaria de éxito cuyo patrimonio neto estimado en 2013 ascendía a US\$595 millones, y que Nurali Aliyev concedió un préstamo de US\$65 millones a una empresa de su “propiedad efectiva”.²²

Resolución sobre la solicitud de desestimar las UWO. Como la ANC se negó a retirar la solicitud, los demandados solicitaron al Tribunal Superior que desestime las UWO.

Tras considerar las pruebas de los demandados, que demostraban cómo la Sra. Nazarbayeva y Nurali Aliyev habían llegado a adquirir las propiedades y cómo habían poseído riqueza independientemente de Rakhat Aliyev, el juez rechazó la premisa de la ANC y concluyó que la Sra. Nazarbayeva y Nurali Aliyev eran la fuente de los fondos para comprar las propiedades.²³ El juez también señaló que la ANC no tuvo en cuenta la relación entre la Sra. Nazarbayeva y el Sr. Aliyev tras su divorcio, la inclusión de Nazarbayeva en la lista de las personas más ricas de Kazajstán, la independencia económica y la capacidad de Nurali Aliyev, ni la investigación y los procedimientos de confiscación contra el Sr. Aliyev a la hora de decidir si eran los beneficiarios finales o sobre la probabilidad de que la Sra. Nazarbayeva estuviera implicada en el blanqueo de los ingresos derivados de la conducta ilícita de su exmarido.²⁴ El juez señaló además la falta de pruebas de cualquier vínculo financiero entre el Sr. Aliyev y las propiedades²⁵ y que el mero uso de complejas estructuras corporativas offshore o fideicomisos no podía ser motivo de fines ilícitos sin pruebas adicionales.²⁶

Además, el juez no quedó satisfecho con la alegación de la NCA de que el demandado, el Sr. Baker, fuera el demandado apropiado en este caso.²⁷ Según la legislación panameña y los estatutos de las fundaciones, el poder de controlar la fundación y sus activos recaía en el fundador y el consejo de la fundación, no en el presidente.²⁸ El juez concluyó que no había motivos razonables para creer que el Sr. Baker “tenía posesión” de las propiedades de las fundaciones ni motivos razonables para sospechar que estaba o había estado implicado en delitos graves.²⁹

Por estas razones, el juez accedió a la solicitud de los demandados de desestimar las UWO. El 19 de junio de 2020, el Tribunal de Apelación desestimó la solicitud de NCA de apelar la anulación de las UWO sobre la base de que cualquier apelación no tenía “ninguna perspectiva real de éxito”.³⁰

A.1.3 Agencia Nacional contra el Crimen v. Hussain & Ors

Antecedentes. En mayo de 2019, la NCA solicitó una UWO contra Mansoor Mahmood Hussain, un promotor inmobiliario, en relación con ocho propiedades que estaban registradas como de su propiedad o de seis empresas de su propiedad absoluta. En julio de 2019, la NCA también solicitó órdenes de embargo preventivo (IFO) de las propiedades.

Las propiedades estaban valoradas en unos £9,970 millones (US\$11,998 millones) en el momento de la solicitud.

Motivos de la solicitud de la NCA. La NCA alegó que el Sr. Hussain tenía posesión de las propiedades porque era el propietario registrado o el único accionista y director de otras seis empresas registradas como propietarias de las propiedades, por lo que efectivamente tenía el control sobre las propiedades.³¹ Dadas las pruebas de que los ingresos anuales declarados del Sr. Hussain eran inferiores a £10.000 (US\$12.000) la mayor parte del tiempo, que las seis empresas no tenían ingresos y que el valor de mercado de las propiedades era de casi £10 millones (US\$12 millones), la NCA sostuvo que tenía sospechas razonables de que los ingresos legítimos del Sr. Hussain habrían sido insuficientes para obtener las propiedades.³² De acuerdo con los requisitos de la Ley de Delitos Graves, la NCA afirmó que tenía sospechas razonables de que el Sr. Hussain era un “facilitador profesional” y un “blanqueador de dinero en serie” para una serie de individuos implicados en bandas de delincuencia organizada en Bradford, en el norte de Inglaterra. La NCA sostenía que el Sr. Hussain había facilitado el funcionamiento de las bandas delictivas prestando servicios de blanqueo de capitales, facilitando la comisión de delitos graves o delitos relacionados con las drogas, la violencia entre bandas, robos a mano armada y fraudes graves.³³ Las pruebas de la implicación del Sr. Hussain en las bandas delictivas organizadas incluían la provisión reiterada de fondos o de una residencia a los miembros de las bandas y a sus familias, la financiación de órdenes de confiscación monetaria, el acompañamiento de los miembros de las bandas a sus juicios penales y la inclusión de las propiedades en cuestión como domicilios de los miembros de las bandas.³⁴

Sentencia y recuperación de activos. El 12 de enero de 2020, el juez emitió las UWO e IFO solicitados. El Sr. Hussain cumplió con las UWO presentando una declaración testimonial de 76 páginas y 127 grandes archivos de pruebas documentales. Estas pruebas permitieron a los investigadores identificar una cartera de propiedades mayor que la conocida hasta entonces. Presionado por las IFO adicionales, el Sr. Hussain resolvió el caso el 24 de agosto de 2020, entregando a la NCA 45 propiedades en Londres, Cheshire y Leeds; cuatro parcelas de tierra; £600.000 en efectivo (US\$722.000); y otros activos por un valor total de £9,8 millones (US\$11,793 millones).³⁵ Este caso puede ser el ejemplo de lo que las UWO pueden lograr, dando lugar a la recuperación real de activos.

A.2 Kenia

A.2.1 Comisión Anticorrupción de Kenia contra Stanley Mombo Amuti

Antecedentes. En julio de 2008, la Comisión Anticorrupción de Kenia (KACC) emitió una notificación en virtud del artículo 26 de la Ley Anticorrupción y de Delitos Económicos de 2003 (ACECA) contra Stanley Mombo Amuti. El Sr. Amuti había sido funcionario durante más de 25 años y también había trabajado como interventor en una institución pública, la National Water Conservation and Pipeline Corporation (NW&PC), desde septiembre de 2007. En la notificación se le exigía que presentara una declaración por escrito en la que explicara el origen de las propiedades que había adquirido entre 1992 y 2008, incluido el dinero en efectivo incautado en su casa y su oficina, cheques, saldos de cuentas bancarias y propiedades inmobiliarias.

La KACC alegó que los diversos activos del Sr. Amuti estaban valorados en decenas de millones de chelines kenianos (K Sh) y eran desproporcionados en relación con su salario, que era su única fuente de ingresos durante el período. Entre sus activos, algunos eran fondos vinculados a los contratistas y proveedores de la NW&PC, por lo que se sospechaba que se trataba de sobornos.

En septiembre de 2008, insatisfecha con la explicación del Sr. Amuti en su respuesta a la notificación, la KACC presentó una citación originaria en virtud del artículo 55 de la ACECA

ante el Tribunal Superior de 2008. La comisión pretendía que las propiedades adquiridas por Amuti entre septiembre de 2007 y junio de 2008 se declararan “activos injustificados” y se confiscaran a favor del gobierno de Kenia. En particular, el período de tiempo que finalmente se investigaba, de septiembre de 2007 a junio de 2008, era aproximadamente 10 meses superior al período inicial de la notificación, de 1992 a 2008 (un punto que el Sr. Amuti intentó, pero no consiguió, impugnar; véanse los motivos del recurso).

Desarrollo de los juicios. Inicialmente, el juez consideró que el artículo 55(5) de la ACECA era incompatible con la Constitución y desestimó la acción de la KACC por nula.³⁶ En el recurso contra la sentencia, el Tribunal de Apelación admitió el recurso y devolvió el caso al Tribunal Superior para su enjuiciamiento y resolución en octubre de 2015.³⁷

Sentencia del tribunal de primera instancia. En el tribunal de primera instancia, el juez señaló que un procedimiento civil de recuperación podía decidirse “sobre la base de la conducta en relación con la propiedad sin la identificación de ninguna conducta ilícita en particular”³⁸ y que el artículo 55(5) de la ACECA trasladaba la carga al demandado si la KACC demostraba, en el equilibrio de probabilidades, que el demandado poseía activos injustificados.³⁹ Tras analizar las alegaciones y las pruebas de ambas partes, el juez del tribunal de primera instancia declaró que el Sr. Amuti poseía activos no declarados por valor de 41.208.000 khamis (US\$334.500) y le ordenó pagar esa cantidad al Gobierno de Kenia.⁴⁰

Motivos del recurso. En la apelación, el Sr. Amuti señaló que en 2008 se emitió una notificación en virtud del artículo 26 de la ACECA para sus activos adquiridos durante un período de 16 años (de 1992 a 2008); en cambio, la citación inicial se refería a sus activos adquiridos en el período de 10 meses comprendido entre septiembre de 2007 y junio de 2008. Alegó que, dado que la citación original modificaba el período de 16 años a 10 meses, era nula.⁴¹ También alegó que, dado que los activos cuya confiscación ordenó el tribunal de primera instancia no figuraban ni en la notificación de la KACC ni en la citación original, se le denegó la justicia y la oportunidad de explicar el origen de los mismos.⁴² Además, el Sr. Amuti alegó que la sentencia del tribunal de primera instancia vulneraba su derecho constitucional a la propiedad, ya que no exigía prueba alguna de que sus activos hubieran sido adquiridos ilícitamente.⁴³ Alegó que el juez le exigió injustamente que demostrara su inocencia, a pesar de que no estaba obligado a demostrar al tribunal que sus activos no habían sido adquiridos como resultado de una conducta corrupta.⁴⁴

Sentencia del tribunal de apelación. El tribunal de apelación declaró que, dado que el período menor de 10 meses estaba comprendido en el período mayor de 16 años de la notificación original, no era necesaria una nueva notificación.⁴⁵ En cuanto a los activos que se ordenó confiscar, el tribunal de apelación señaló que fue el apelante, el Sr. Amuti, quien especificó esos activos en su respuesta a la notificación de la KACC y los sometió a juicio. El tribunal de apelación concluyó que era competente para pronunciarse sobre si esos activos eran activos injustificados, que era la cuestión planteada ante el tribunal de primera instancia. El tribunal también rechazó la afirmación del Sr. Amuti de que no se le había dado una oportunidad justa de explicar el origen de los activos.⁴⁶

En cuanto a la alegación de violación del derecho a la propiedad, teniendo en cuenta el pago sospechoso de los contratistas y proveedores de NW&PC y su explicación insatisfactoria, el tribunal de apelación confirmó que no se había violado el derecho a la propiedad al pedir a una persona que explicara el origen de activos desproporcionados en relación con su fuente legítima de ingresos.⁴⁷ Además, el tribunal de apelación consideró que el procedimiento de confiscación contra “activos injustificados” en virtud de los artículos 26 y 55 de la ACECA era un procedimiento de “confiscación civil no basado en una condena”.⁴⁸ Afirmó que los artículos exigían que la KACC demostrara, mediante un equilibrio de probabilidades, que una persona tenía activos desproporcionados en relación con sus fuentes de ingresos legítimamente conocidas y que el artículo 55(2) trasladaba la carga de la prueba a la persona para que ofreciera una explicación satisfactoria sobre la

adquisición legítima de los activos. El tribunal consideró que el tema del artículo 55(2) de la ACECA era “demuéstralo o piérdelo”, lo que significa que si no se daba una explicación satisfactoria de los activos desproporcionados, dichos activos corrían el riesgo de ser calificados como adquiridos ilícitamente.⁴⁹ El tribunal también declaró que el requisito de dar una explicación no exigía que un individuo explicara su inocencia, ya que “la presunción de inocencia es un derecho fundamental que no puede ser desplazado mediante un aviso para explicar cómo se han adquirido los activos”.⁵⁰

Así pues, el tribunal de apelación desestimó las pretensiones del Sr. Amuti y confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia.

A.2.2 Comisión de Ética y Anticorrupción contra Patrick Ochieno Abachi y otros (Abachi & Ors)

Antecedentes. Patrick Ochieno Abachi fue Jefe de Contabilidad en el Ministerio de Finanzas y luego en el Ministerio de Agricultura entre 2002 y 2007, cuando se produjo el llamado escándalo Anglo Leasing. El escándalo tenía que ver con la corrupción en la adjudicación de contratos de suministros para instalar una red de telecomunicaciones digital, multicanal y de sistemas de seguridad a escala nacional para la Policía Administrativa de Kenia y la Administración Provincial. El coste total ascendía a €49.650.000 (US\$52.875.000).⁵¹ Se celebraron dieciocho contratos entre el gobierno de Kenia y empresas extranjeras ficticias, lo que supuso importantes pérdidas financieras para el gobierno. La Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (EACC) reveló durante sus investigaciones que el Ministerio de Finanzas era responsable de realizar pagos indebidos por importes manifiestamente inflados.⁵² Como jefe de contabilidad, el Sr. Abachi autorizó pagos relacionados con los contratos de Anglo Leasing.⁵³

En 2007, basándose en la información de que el Sr. Abachi había acumulado una riqueza muy superior a sus fuentes legítimas de ingresos conocidas como resultado de la conducta corrupta relacionada con los contratos de Anglo Leasing, la EACC registró su casa y rastreó las cuentas bancarias y los activos pertinentes. En 2008, la EACC solicitó el decomiso de su patrimonio injustificado.

Argumentos de la EACC. La EACC alegó que, entre 2002 y 2007, el Sr. Abachi había adquirido bienes inmuebles, vehículos y fondos valorados en más de K Sh 80.840.000 (US\$656.000). Mientras tanto, percibía un salario mensual bruto de 53.900 chelines (US\$438) en el Ministerio de Agricultura. Los activos estaban a su nombre y al de su esposa, parientes cercanos y dos sociedades de responsabilidad limitada en las que Abachi era accionista mayoritario.

El EACC solicitó la confiscación de sus activos desproporcionados como riqueza injustificada en virtud del artículo 55(6) de la ACECA. La mayor parte de los activos habían sido adquiridos durante el tiempo en que estuvo directamente implicado en los contratos de Anglo Leasing. La EACC afirmó que su riqueza procedía de su presunta conducta corrupta relacionada con el escándalo; abusó de su autoridad y se otorgó ilícitamente beneficios a sí mismo o a otros.⁵⁴

Además, el EACC declaró que su esposa, sus familiares y otras dos empresas tenían activos a sus nombres pero a favor de él, como forma de ocultar la titularidad real. Durante el registro de su casa, se encontraron documentos de propiedad relacionados con los activos a su nombre. El EACC también citó la declaración de su esposa de que los activos a su nombre habían sido adquiridos exclusivamente por el Sr. Abachi; una declaración de un director de una de las dos empresas fiduciarias señalaba asimismo que los activos a nombre de la empresa eran en realidad propiedad del Sr. Abachi.⁵⁵

Por último, la EACC presentó como prueba los formularios de declaración de patrimonio del Sr. Abachi, que se habían presentado en cumplimiento de los requisitos de la Ley de Ética de los Funcionarios Públicos para los años 2003 y 2007. Había declarado un patrimonio bruto de K Sh 1.030.180 en 2003 (US\$8.400) y K Sh 1.719.520 en 2007 (US\$14.000), lo que contrasta enormemente con los resultados de la investigación.⁵⁶

Argumentos contrarios del Sr. Abachi. En respuesta a la notificación de la EACC en virtud del artículo 26 de la ACECA, en la que se solicitaba una explicación de las fuentes de los activos en cuestión, el Sr. Abachi respondió que había obtenido unos ingresos considerables por la gestión de un negocio y la realización de consultorías, sin especificar más.⁵⁷ También afirmó que había obtenido algunos préstamos para adquirir activos y que poseía algunos de los bienes inmuebles a su nombre en favor de un residente en EE. UU.⁵⁸ Negó la titularidad efectiva de los activos a nombre de su familia y sus empresas.

En lugar de aportar pruebas de sus afirmaciones, alegó que la EACC no había aportado pruebas de que hubiera recibido ningún beneficio relacionado con los contratos de Anglo Leasing.⁵⁹ Alegó que no tenía obligación de aportar documentos que demostraran la forma en que había adquirido sus activos y que el hecho de que no los presentara no podía dar lugar a que los activos fueran declarados activos injustificados.⁶⁰ Alegó además la violación de su derecho a la propiedad en virtud de la Constitución de Kenia.⁶¹

Sentencia. El tribunal confirmó que el procedimiento de recuperación de activos injustificados es de naturaleza civil⁶² y que la parte que pretende recuperar activos injustificados no está obligada a probar actos corruptos específicos de la persona con activos injustificados. Si el EACC demuestra, en un equilibrio de probabilidades, que el acusado ha adquirido activos que son desproporcionados en relación con su fuente legítima conocida de ingresos, entonces la carga se desplaza al acusado para explicar el origen de los activos en cuestión.⁶³

Para analizar si el Sr. Abachi había adquirido activos injustificados, el juez señaló que, desde el inicio de la demanda en 2008 hasta el presente en 2020, el Sr. Abachi no aportó ninguna prueba para explicar el origen y la forma de adquirir sus activos o la titularidad efectiva de los activos a nombre de terceros.⁶⁴

Teniendo en cuenta su posición e implicación en los contratos de Anglo Leasing, el repentino aumento de riqueza (incluidos grandes depósitos en cuentas durante ese tiempo) y la incapacidad de proporcionar una explicación sobre el origen de los fondos a pesar de las oportunidades dadas, el juez declaró que los activos en cuestión constituían activos injustificados y debían ser confiscados a favor del gobierno.⁶⁵

A.3 Australia

A.3.1 Objeto Solicitud en virtud del artículo 20A de la Ley de ganancias ilícitas; ex parte Comisario de la Policía Federal Australiana

Antecedentes. En 2017, el comisario de la Policía Federal Australiana solicitó al Tribunal Supremo de Australia Occidental órdenes de embargo de riqueza injustificada en virtud del artículo 20A y una orden de embargo de riqueza injustificada en virtud del artículo 179E de la Ley de ganancias ilícitas de 2002 contra los demandados anónimos P, un narco traficante declarado, y su esposa de facto N. La Policía Federal Australiana pretendía embargar bienes inmuebles, recibos de alquiler, vehículos y cuentas bancarias a nombre de P, N, la empresa DN y la empresa ADN.

Motivos para la aplicación de órdenes de interdicción de riqueza injustificada. Entre los elementos para que se dictara la orden de interdicción en virtud del artículo 20A había dos cuestiones: a) si había motivos razonables para sospechar que el patrimonio total de P y N superaba su patrimonio adquirido legalmente y b) si había motivos razonables para sospechar que habían cometido un delito contra la Commonwealth.

El demandante (la policía federal) alegó que la policía tenía sospechas razonables de que las propiedades a nombre de P, N, la empresa DN y la empresa DNA estaban todas controladas por P y N. Estas sospechas se basaban en diversas interrelaciones. Por ejemplo, N era el único administrador de la empresa DN y administrador de la empresa

DNA; N era el único accionista de la empresa DNA; P y N eran los únicos empleados de la empresa DN; N y P eran beneficiarios del fideicomiso familiar DN; una de las cuentas bancarias de P consumía fondos de la cuenta bancaria de N, etc.⁶⁶

El demandante alegó además que existían enormes diferencias entre el valor de los activos de P y N y sus ingresos declarados. Mientras que el valor combinado de los activos bajo su control efectivo durante seis años ascendió a más de A\$3,5 millones (US\$2,365 millones) cada uno, los ingresos imposables declarados de P para el período pertinente fueron de A\$232.173 (US\$157.000) y los ingresos de N fueron de A\$206.000 (US\$139.000).⁶⁷

En cuanto a los delitos de P y N contra la Commonwealth, el demandante alegó que ambos causaron intencionadamente un perjuicio a la Commonwealth al no revelar la totalidad de sus ingresos y activos al gobierno⁶⁸ y cometieron blanqueo de capitales al apostar dinero en efectivo y fondos en carreras de caballos, recibir ganancias de terceros y adquirir vehículos y bienes inmuebles.⁶⁹

Sentencia. En marzo de 2017, satisfecho con los motivos y las pruebas presentadas por el demandante, el juez dictó órdenes de interdicción en relación con cuatro propiedades registradas a nombre de N o de la empresa ADN, recibos de alquiler, dos vehículos a nombre de la empresa DN y nueve cuentas bancarias a nombre de P, N, la empresa DN o la empresa ADN.⁷⁰

Al decidir que había motivos razonables para sospechar de un patrimonio injustificado, el juez declaró que “debe haber material suficiente para inducir el estado de sospecha en una persona razonable”. También señaló que el material para establecer los motivos razonables de sospecha no se limita a las pruebas admisibles.⁷¹ Además, el juez emitió órdenes en virtud del artículo 38 para tomar la custodia y el control de algunas de las propiedades y una orden preliminar de riqueza injustificada en virtud del artículo 179B, exigiendo a los demandados que comparecieran ante el tribunal para decidir si emitir o no una orden de riqueza injustificada de conformidad con el artículo 179E de la Ley de 2002 sobre ingresos derivados de delitos.⁷² Este caso fue el primero en Australia Occidental de órdenes preliminares de riqueza injustificada y sólo el segundo en Australia a nivel federal.⁷³

El 15 de mayo de 2017 los demandados presentaron una solicitud para revocar las órdenes de interdicción y la orden preliminar de riqueza injustificada, que fue retirada el 25 de agosto de 2017.⁷⁴ Los demandados abandonaron Australia desde la emisión de las órdenes de interdicción y el juicio por la orden de riqueza injustificada sigue pendiente.

A.3.2 Operación Enguri

Antecedentes. En mayo de 2016, la Criminal Assets Confiscation Taskforce (CACT) de la Policía Federal Australiana puso en marcha la “Operación Enguri” contra un hombre de 39 años que poseía dos propiedades, vehículos y una embarcación y que llevaba un estilo de vida lujoso, gastando cientos de miles de dólares al año sin una fuente legítima de riqueza. Era sospechoso de participar en actividades delictivas con múltiples bandas de motociclistas delincuentes ilegales en Perth (Australia Occidental).

Avance de la investigación. Durante la operación, la policía evaluó las actividades financieras del sospechoso, así como las de sus familiares y socios. También registraron residencias y locales comerciales vinculados al sospechoso. En mayo de 2017 la policía incautó y obtuvo órdenes de interdicción sobre varios objetos, entre ellos tres motocicletas Harley Davidson negras, una embarcación de pesca Bayliner Trophy Pro Walkaround y su remolque, un Toyota LandCruiser blanco de 2017, un Toyota LandCruiser negro de 2015 y casi A\$80.000 (US\$54.000) en efectivo.⁷⁵

En contraste con esos activos, valorados en millones de dólares, a lo largo de los seis años comprendidos entre 2010 y 2016 el sospechoso declaró sólo \$A140.502 (US\$95.000) en concepto de ingresos imposables totales. La operación también reveló que

el sospechoso había creado una estructura fiduciaria en un intento de ocultar sus activos y se valía de familiares y otros asociados para que los fondos parecieran legítimos.⁷⁶

Decomiso civil en virtud de la UWO. Tras un procedimiento judicial civil dirigido por el CACT, el sospechoso accedió a decomisar \$A1 millón (US\$676.000) en activos patrimoniales injustificados a favor de la Commonwealth. Las órdenes judiciales se obtuvieron en octubre de 2020. Una vez vendidos sus activos confiscados, el producto de la venta se deposita en la Cuenta de Activos Confiscados de la Commonwealth.⁷⁷

A.3.3 Comisión de Delitos de Nueva Gales del Sur contra Elskaf

Antecedentes. En virtud del artículo 28A de la Ley de recuperación de activos delictivos de 1990, la Comisión de Delincuencia de Nueva Gales del Sur⁷⁸ puede solicitar al Tribunal Supremo que dicte una orden de riqueza injustificada por la que se exija a una persona el pago al Tesoro Público de una cantidad equivalente al valor de riqueza injustificada de esa persona. Se estipula que el Tribunal Supremo debe emitir una orden de riqueza injustificada “si el Tribunal considera que existe una sospecha razonable de que la persona contra la que se solicita la orden ha, en cualquier momento anterior a la presentación de la solicitud de la orden: (a) participado en una actividad relacionada con un delito grave ... o (b) adquirido activos derivados de un delito grave a partir de cualquier actividad relacionada con un delito grave de otra persona”, independientemente de que el titular de los activos supiera o sospechara que los activos procedían de actividades ilegales. El juez puede denegar la orden si va en contra del interés público.

Solicitud de la Comisión de una orden de riqueza injustificada. La Comisión solicitó una orden de riqueza injustificada contra el demandado, Ali Elskaf, basándose en la sospecha de que había participado en una actividad delictiva grave (a saber, fraude mediante engaño) al obtener un préstamo de una institución financiera utilizando información falsa, delito punible con hasta cinco años de prisión.⁷⁹ Presentó documentos y declaraciones juradas que indicaban que el demandado había falsificado su historial laboral y había exagerado sus ingresos y el importe total de sus activos.

El artículo 28B(2) de la ley define el “patrimonio injustificado” como “la totalidad o parte del patrimonio actual o anterior de una persona que el Tribunal Supremo no está satisfecho en un equilibrio de probabilidades de que no sea o haya sido adquirido ilegalmente o procedente de una actividad ilegal”. Además, la sección 28B(3) declara que corresponde al demandado “demostrar que el patrimonio actual o anterior de la persona no es o no era propiedad adquirida ilegalmente o producto de una actividad ilegal”. Sobre la base del cálculo de un contador forense, la comisión alegó que la riqueza injustificada del demandado al 6 de julio de 2015 estaba valorada en \$A4.467.941,90 (US\$3 millones), que era la suma de su interés en bienes raíces y vehículos automotores, fondos en cuentas bancarias y gastos pasados incluyendo retiros o disposiciones de préstamos.⁸⁰

Sentencia del Tribunal. El Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur consideró que había motivos razonables para sospechar que el demandado había participado en una actividad delictiva grave a los efectos del artículo 28A(4) de la Ley.⁸¹ En cuanto al patrimonio injustificado, el Tribunal Supremo señaló que no importaba si el patrimonio actual o anterior del demandado no estaba relacionado con ninguna actividad delictiva grave real o presunta en la que hubiera participado.⁸² El tribunal también declaró que el demandado no había aportado ninguna prueba que demostrara que su patrimonio actual o anterior no era propiedad adquirida ilegalmente o producto de una actividad ilegal.⁸³ Dado que no había ninguna razón de interés público para denegar la orden, el Tribunal Supremo concedió la orden de decomiso de más de A\$4 millones (US\$3 millones).⁸⁴

A.3.4 Director de la Fiscalía (Territorio del Norte) c. Paton

Antecedentes. En virtud del artículo 68 de la Ley de confiscación de activos delictivos

de 2002 (Territorio del Norte), una ley estatal, se puede considerar que una persona posee un patrimonio injustificado si el valor del patrimonio total de la persona es superior al valor del patrimonio adquirido legalmente por la persona. El artículo 71 de la ley establece que el tribunal debe declarar que “el demandado tiene un patrimonio injustificado si es más probable que el patrimonio total del demandado sea mayor que su patrimonio adquirido legalmente”. Además, establece que “[s]e presume que ningún activo, servicio, ventaja o beneficio que forme parte del patrimonio del demandado ha sido adquirido legalmente, a menos que el demandado demuestre lo contrario”. Así pues, incumbe al demandado demostrar, según un equilibrio de probabilidades, que los activos, beneficios y ventajas que se afirma que constituyen el patrimonio total del demandado fueron adquiridos legalmente.⁸⁵

Solicitud de UWO del Director del Ministerio Fiscal. En enero de 2016, el demandado, el Sr. Paton, entró en posesión de 12,7 kilogramos de cannabis durante un viaje de Alice Springs a Australia Meridional. De vuelta en el Territorio del Norte, fue detenido por la policía, que realizó un registro de su vehículo y encontró el cannabis oculto. En agosto de 2016, el demandado fue declarado culpable de posesión ilícita de una cantidad comercial de cannabis y condenado a cuatro años y seis meses de prisión. De conformidad con el artículo 67 de la ley, el Director de la Fiscalía solicitó una declaración de riqueza injustificada contra el demandado. La Fiscalía afirmó que varios de los dineros que recibió entre 2010 y 2015 eran producto de la venta de cannabis.⁸⁶ Sobre la base de los cálculos de un contable forense, el DPP afirmó que la riqueza injustificada del demandado ascendía a \$A235.264 (US\$159.000), que era la diferencia entre el patrimonio total del demandado y los ingresos lícitos conocidos.⁸⁷

La cuestión principal era si 49 depósitos en efectivo realizados entre 2010 y 2015 en cuentas bancarias de las que era titular el demandado habían sido adquiridos legalmente.⁸⁸ El demandado alegó que se dedicaba al negocio de la construcción, venta y/o compra de coches y motocicletas y trabajos rurales. Afirmó que la mayoría de los depósitos en efectivo procedían del comercio de esos negocios y que algunas transacciones en efectivo eran préstamos que obtuvo de sus amigos y familiares para adquirir una propiedad residencial. Además, presentó registros de matriculación de vehículos o llamó a testigos para demostrar la existencia de comercios o préstamos.

Sentencia del Tribunal. El Tribunal Supremo del Territorio del Norte declaró que, aunque recaía en el acusado la carga de demostrar que su patrimonio había sido adquirido legalmente, ello no exigía “pruebas especialmente convincentes o estrictas”.⁸⁹ El Tribunal Supremo consideró que, en general, el acusado había dado explicaciones plausibles de sus transacciones en efectivo y que las pruebas aportadas por él corroboraban sus explicaciones.⁹⁰ El Tribunal Supremo señaló además que, aunque la carga de la prueba no recaía en la Fiscalía, ésta podía aportar pruebas en apoyo de sus afirmaciones y en contra de los argumentos del acusado. El Ministerio Público no presentó ninguna prueba que indicara que el demandado hubiera participado en actividades de suministro de drogas incluso antes de su condena, ni ninguna prueba de que los depósitos en efectivo estuvieran directamente relacionados con el producto de actividades delictivas.⁹¹ El Tribunal desestimó la solicitud del Ministerio Público.

A.4 Irlanda

A.4.1 Oficina de Activos Criminales contra Abacha

Antecedentes. El general Sani Abacha fue un militar que asumió el cargo de presidente de Nigeria mediante un golpe militar en 1993. Gobernó Nigeria hasta su muerte en 1998. Se calcula que blanqueó más de US\$6.900 millones robados de las arcas públicas

nigerianas con la ayuda de su familia y asociados. Desde su muerte, el gobierno nigeriano reclama la devolución de los fondos blanqueados en todo el mundo. Basándose en información del gobierno estadounidense, la Oficina de Activos Criminales (CAB) localizó parte del dinero blanqueado en Irlanda.

Avance de la investigación. La CAB halló bonos de inversión por un valor de US\$6,5 millones en una cuenta abierta en HSBC Life (Europe) Ltd, con sede en Dublín. Con Mohammed Sani Abacha, hijo del difunto general, como demandado, la CAB solicitó al Tribunal Superior una orden provisoria de embargo preventivo en virtud del artículo 2 de la Ley de ganancias ilícitas de 1996. La CAB alegó que los bonos se adquirieron con dinero sacado ilegalmente de Nigeria antes de ser blanqueado en Irlanda a través de instituciones de Suiza, Londres y Nueva York. Se alegaba que el dinero utilizado para obtener los bonos se había obtenido de dos maneras antes de ser blanqueado en Irlanda. El primer método consistía en obtener fondos directamente del Banco Central de Nigeria dando instrucciones a los funcionarios bancarios para que entregaran el dinero en forma de efectivo o cheques de viaje. El segundo método consistía en obligar a las empresas extranjeras que operaban en Nigeria a pagar una parte del valor de sus contratos para “revalidarlos”.⁹²

Devolución de activos. El Tribunal Superior concluyó que los bonos se financiaron con ingresos provenientes del delito y que estaban en posesión en beneficio de Mohammed Sani Abacha. Tras la concesión de una orden provisoria de embargo preventivo en octubre de 2014, en marzo de 2015 se dictó una orden interlocutoria que prohibía la enajenación del activo y la disminución de su valor, de conformidad con el artículo 3 de la Ley sobre los ingresos provenientes del delito. A petición del gobierno nigeriano, el Tribunal Superior emitió una orden que prevé la devolución de estos activos a Nigeria en 2019. En agosto de 2020, Irlanda y la República Federal de Nigeria suscribieron un memorando de entendimiento para la devolución de los activos.⁹³

A.4.2 Oficina de Activos Criminales contra John McCormack

Antecedentes. Se decía que el demandado, John McCormack, era un líder en actividades delictivas organizadas de venta y suministro de grandes cantidades de drogas prohibidas, comercio de bienes robados y organización de robos en efectivo en tránsito desde la década de 1990. El demandado poseía y controlaba tres propiedades en Irlanda, dos situadas en el condado de Clare (“Purcell Park” y “Cloontra West”) y una en el condado de Limerick (“Claughan Fort”). En 1995 compró su casa, Purcell Park, con un pago a cuenta de IRE3.791 (US\$5.138⁹⁴) y un préstamo de dotación de IRE25.650 (US\$34.767⁹⁵) que posteriormente se convirtió en una hipoteca de amortización. En 2005 compró la finca de Cloontra West por €18.000 (US\$19.000). En 2011 compró la casa de Claughan Fort por €55.000 (US\$59.000).⁹⁶

Solicitud de órdenes interlocutorias. La CAB solicitó órdenes interlocutorias de conformidad con la sección 3 de la Ley de ganancias ilícitas con respecto a las tres propiedades, para prohibir la enajenación de los activos y la disminución de su valor. La CAB alegó que las tres propiedades fueron adquiridas con ingresos provenientes del delito o con activos derivados de ingresos provenientes del delito que el demandado obtuvo de su participación en actividades delictivas organizadas. La CAB alegó además que los ingresos procedentes del alquiler de propiedades y de cualquiera de sus actividades empresariales legítimas eran también producto del delito porque procedían de negocios y activos que eran a su vez, directa o indirectamente, producto del delito.⁹⁷ Presentaron una declaración jurada respecto de la creencia de dos funcionarios jefes de la oficina y pruebas corroborativas, que incluían información sobre la asistencia social y el historial fiscal del demandado y su esposa y pruebas documentales relativas a sus cuentas bancarias y de cooperativas de crédito.

Sentencia del Tribunal Superior. En primer lugar, el Tribunal Superior se mostró satisfecho con el papel del acusado como figura de alto rango en actividades delictivas graves -como la importación de drogas a gran escala, la organización de robos con dinero en efectivo y la manipulación de bienes robados-, dados sus antecedentes penales (por manipulación de bienes robados), la recuperación de bienes robados y el descubrimiento de una cantidad sustancial de drogas en Cloontra West, así como el testimonio de un detective.⁹⁸ El Tribunal Superior también consideró una prueba clara de su criminalidad el hecho de que se encontrara una suma considerable en billetes de banco falsos en un vehículo relacionado con el demandado y su esposa.⁹⁹

En cuanto a las tres propiedades, el Tribunal Superior declaró que no se explicaba la fuente de financiación de su adquisición y explotación ni los pagos hipotecarios correspondientes. Razonó que los registros fiscales y de ingresos no mostraban ninguna fuente convincente de ingresos legítimos. Aunque reconoció que el demandado y su esposa se dedicaban a algunos negocios, como la cría de perros, la pintura con spray, la peluquería y el alquiler de plantas y maquinaria no vio indicios de fuentes legítimas de capital que pudieran haber financiado el establecimiento o la explotación de esos negocios. Tampoco se conocía el origen de los ingresos ocasionales en efectivo en sus cuentas bancarias.¹⁰⁰

El Tribunal Superior concluyó que la CAB había probado los indicios razonables y que el demandado no había cumplido la carga de probar que las propiedades no se habían financiado con ingresos provenientes del delito. Se concedieron órdenes interlocutorias.

A.4.3 Oficina de Activos Criminales contra Patrick Farrell & anor.

Antecedentes. El demandado, Patrick Farrell, había residido en el Reino Unido durante varios años. Tras haber sido condenado a 30 meses de prisión por 13 delitos de obtención de activos mediante engaño en 1996, se fugó de la cárcel y regresó a Irlanda. Era propietario de una vivienda familiar en Dublín. La adquirió en 1999 por €131.127,12 (US\$139.645), incluido un préstamo hipotecario. Los pagos de la hipoteca de €51.909,72 (US\$55.282) se realizaron durante 10 años después de la compra.¹⁰¹

Solicitud de una orden interlocutoria. Tras obtener una orden provisoria de embargo preventivo contra la propiedad en virtud del artículo 2 de la Ley de ganancias ilícitas de 1996 en 2012, el CAC solicitó una orden interlocutoria en virtud del artículo 3 de la ley. La CAB alegó que la compra inicial del demandado, los pagos de la hipoteca y una gran ampliación realizada en la casa fueron financiados, en su totalidad o en parte, por ingresos provenientes del delito.¹⁰² Junto con la declaración jurada del jefe de la oficina como prueba de la creencia, la CAB aportó pruebas corroborativas, incluidas las pruebas de un analista de delitos financieros, un funcionario de la oficina de ingresos y un funcionario de bienestar social.¹⁰³

Sentencia del Tribunal Superior. Analizando los registros financieros del demandado, incluidas las cuentas bancarias relacionadas con la compra y ampliación de la propiedad, el Tribunal Superior declaró que se desconocían algunas fuentes de los fondos de las cuentas. Por ejemplo, el demandado afirmó que ciertos depósitos por un total de €110.412,27 (US\$117.585) procedían de la devolución de un préstamo que se había adelantado a un nacional australiano, sin que existiera documentación alguna que acreditara la existencia del préstamo.¹⁰⁴ Aunque el tribunal aceptó la afirmación del demandado de que se había dedicado a los negocios de carpintería y venta de coches, señaló que la fuente de financiación de sus negocios seguía sin explicarse.¹⁰⁵

El Tribunal Superior también se mostró satisfecho con la afirmación de la CAB sobre la implicación del demandado en actividades delictivas y su acceso a ingresos derivados de delitos, basándose en las 28 condenas registradas del demandado en Irlanda y las 23 condenas registradas en Gran Bretaña, sus dos detenciones por cobrar cheques robados tras fugarse de la cárcel en el Reino Unido y la resina de cannabis por un valor de €630.000 (US\$670.927) encontrada en su furgoneta.¹⁰⁶

Teniendo en cuenta sus actividades delictivas y los fondos de procedencia desconocida ingresados en sus cuentas, el Tribunal Superior concluyó que la compra inicial, los posteriores reembolsos de la hipoteca y la ampliación de la casa no podían explicarse por sus ingresos legítimos y que, efectivamente, la propiedad constituía directa o indirectamente ingresos provenientes del delito.¹⁰⁷ En consecuencia, se concedió una orden interlocutoria.

A.5 Mauricio

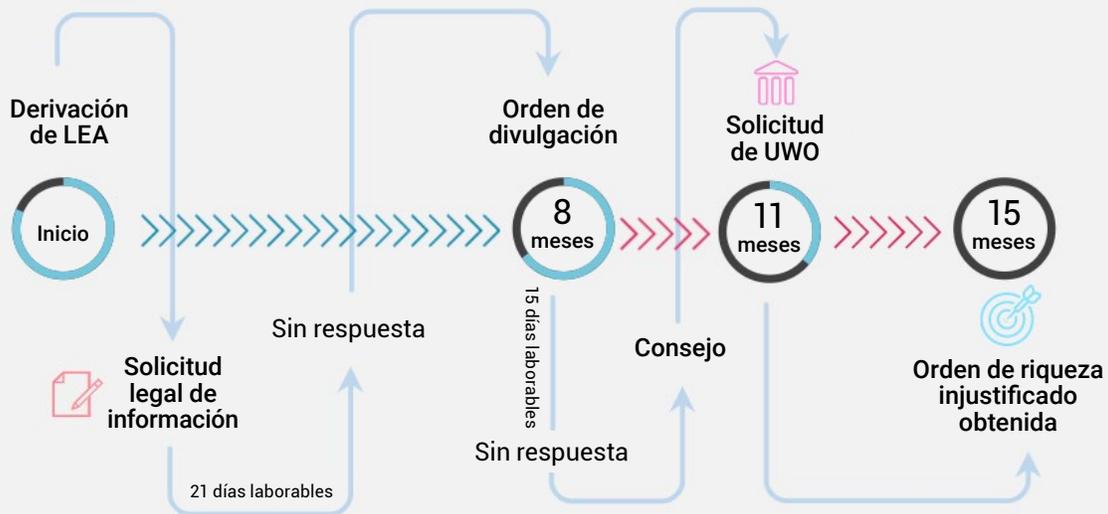
A.5.1 Plazos en los casos de UWO en Mauricio

En este apartado se describen los plazos de una serie de casos de UWO en Mauricio para ilustrar la evolución típica de diversos tipos de casos. En un ejemplo de caso sencillo, el demandado fue interceptado en el aeropuerto portando dinero no declarado y posteriormente se encontró mucho más en su domicilio. Se le cursó una solicitud reglamentaria (la investigación preliminar sobre riqueza injustificada) mientras se encontraba en prisión preventiva por presunto tráfico de drogas. Se le concedió una prórroga del plazo de 21 días para responder a la solicitud, de modo que pudiera acceder a sus registros financieros. No respondió mediante declaración jurada, la única forma de respuesta que puede aceptar la IRSA, pero envió una carta en la que se declaraba inocente. Finalmente, se le notificó una orden de divulgación, a la que tampoco respondió. La IRSA analizó su patrimonio neto y la autoridad fiscal también indicó que los fondos incautados eran desproporcionados en relación con sus emolumentos legales (no había facilitado a la autoridad ninguna declaración de la renta significativa). La Junta de Informes de Integridad ordenó a la IRSA que solicitara una UWO, que le fue concedida en la primera audiencia disponible. La causa penal sigue su curso. (Véase el diagrama A.1.)

En otro caso sencillo relacionado con las drogas, la IRSA solicitó una UWO nueve meses después de que se le derivara el caso. Transcurridos otros nueve meses, la causa judicial seguía pendiente (en el momento de realizar este estudio). El demandado presentó dos declaraciones juradas en las que pretendía explicar que sus ingresos como artesano, comerciante y frutero eran el origen de los fondos incautados por la policía en sus locales. Sin embargo, sus supuestos ingresos habían sido declarados como los mismos hasta la última rupia en cada categoría cada año durante los seis años anteriores, una pauta que parece artificiosa. El Consejo de Informes de Integridad ordenó a la IRSA que solicitara una UWO y el asunto está pendiente. (Véase el diagrama A.2.)

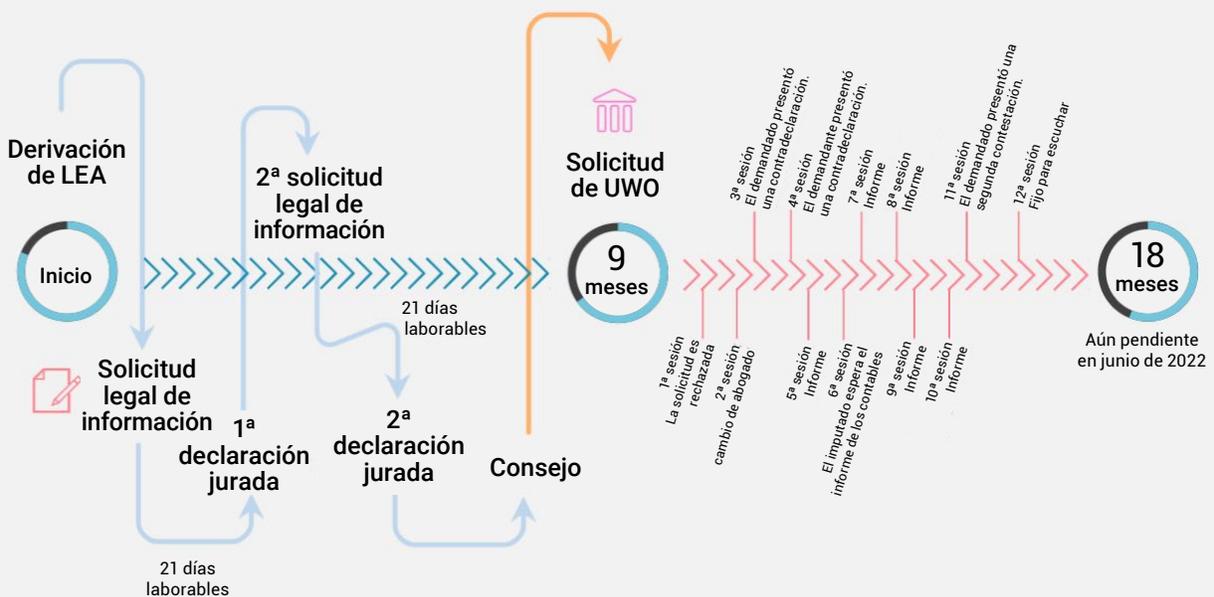
Estos datos muestran que, en Mauricio, el tiempo transcurrido desde la derivación por parte de las fuerzas del orden hasta la obtención de una UWO en casos sencillos puede superar fácilmente el año. En un caso más complejo, consistente en la mezcla de fondos legítimos e ilegítimos y con características del sistema hawala, la IRSA tardó unos 16 meses en analizar y solicitar una UWO (el demandado presentó seis declaraciones juradas). En el momento de escribir estas líneas (junio de 2022), han transcurrido cuatro años desde que el caso se remitió a la IRSA y el tribunal aún no se ha pronunciado. La IRSA envió varios requerimientos legales al demandado y analizó en profundidad las respuestas a las declaraciones juradas. Sin embargo, dada la complejidad del caso (que involucraba una red de tiendas minoristas solo en efectivo y ventas de exportación multdivisa), la Junta de Informes de Integridad ordenó a la IRSA que solicitara más y más información. En los 27 meses posteriores a la solicitud de requerimiento de justificación patrimonial, a los abogados de la demandada se les han concedido aplazamientos en numerosas ocasiones por motivos como la contratación de nuevos abogados, el cambio de nuevo a los abogados originales y la impugnación de la jurisdicción del tribunal, una medida que se había mantenido en otro caso ante los mismos abogados. Estas maniobras tal vez fueron diseñadas para retrasar. (Véase el diagrama A.3.)

Diagrama A.1. Mauricio: Cronología de la emisión de UWO en el caso simple n° 1



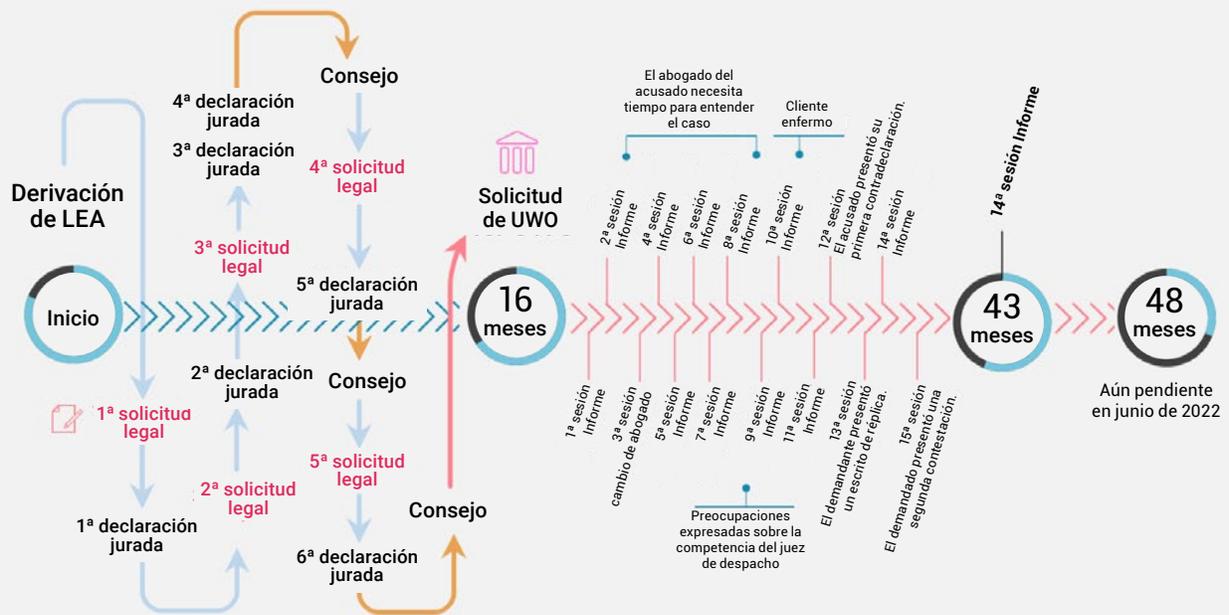
Fuente: Mauricio, Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad. Nota: LEA = law enforcement agency, autoridad de ejecución; UWO = unexplained wealth order.

Diagrama A.2. Mauricio: Cronología de la emisión de UWO en el caso simple n° 2



Fuente: Mauricio, Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad. Nota: LEA = agencia de seguridad; UWO = orden de riqueza injustificada.

Diagrama A.3. Mauricio: Cronología del complejo caso UWO



Fuente: Mauricio, Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad. Nota: LEA = law enforcement agency; UWO = unexplained wealth order.

Notes

- Rupert Neate. "'McMafia' Law: Woman Who Spent £16m at Harrods Is Jailed Banker's Wife", *The Guardian*, 10 de octubre de 2018, consultado el 14 de enero de 2022, <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/oct/10/wife-of-mcmafia-banker-with-16m-harrods-spending-habit-named>; *Nat'l Crime Agency v. A* [2018] EWHC (Admin) 2534 (Eng.).
- En virtud de la sección 362B(7) de la Ley de ganancias ilícitas de 2002, una persona políticamente expuesta era un individuo que estaba, o había estado, "encargado de funciones públicas prominentes por una organización internacional o por un Estado distinto del Reino Unido u otro Estado del EEE", o un miembro de la familia de dicha persona.
- En virtud del artículo 3, apartado 9, letra g), de la Directiva 2015/849/UE del Parlamento y del Consejo, que se aplicaba de conformidad con el artículo 362B, apartado 8, de la LPL, entre las personas a las que se habían encomendado funciones públicas destacadas se incluían "los miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión de las empresas públicas"
- Nat'l Crime Agency v. A* [2018] EWHC (Admin) 2534 [26]–[27] (Eng.).
- Id.* [64]–[66].
- Id.* [104].
- Id.* [38].
- Id.* [39].
- Id.* [47].
- Id.* [24].
- Id.* [54].
- Id.* [80], [85].
- Id.* [83], [88].
- Id.* [107]–[108].
- Id.* [110], [112].
- Id.* [58].
- Hajiyeva v. Nat'l Crime Agency* [2020] EWCA (Civ) 108 (Eng.).

- 18 Dominic Casciani, "Harrods Mega-Spender Loses Supreme Court Challenge", BBC News, 21 de diciembre de 2021, consultado el 14 de enero de 2022, <https://www.bbc.com/news/uk-55389134>.
- 19 Martin Bentham, "'Dirty Money' Court Battle over £3.2m Jewellery," Evening Standard, 8 de noviembre de 2021, consultado el 14 de enero de 2022, <https://www.standard.co.uk/news/crime/dirty-money-court-battle-zamira-hajiyeva-jewellery-b964954.html>.
- 20 Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors [2020] EWHC (Admin) 822 [5] (Eng.).
- 21 *Id.* [6].
- 22 *Id.* [71], [176].
- 23 *Id.* [100], [167], [197].
- 24 *Id.* [68]–[70], [157], [178].
- 25 *Id.* [81], [162], [191].
- 26 *Id.* [97].
- 27 *Id.* [137], [169].
- 28 *Id.* [110], [169].
- 29 *Id.* [145], [172].
- 30 Nat'l Crime Agency v. Baker & Ors, Tribunal de Apelación (Civil), Carr, J., 17 de junio de 2020.
- 31 Nat'l Crime Agency v. Hussain & Ors [2020] EWHC (Admin) 432 [94] (Eng.).
- 32 *Id.* [97]–[100].
- 33 *Id.* [102]–[103], [105]–[106].
- 34 *Id.* [104].
- 35 Jamie Grierson, "Businessman to Hand Over £10m following 'Unexplained Wealth Order'", The Guardian, 6 de octubre de 2020, consultado el 15 de enero de 2022, <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/oct/07/businessman-to-hand-over-10m-following-unexplained-wealth-order>.
- 36 Kenya Anti-Corruption Comm'n v. Amuti [2011] e.K.L.R. (H.C.K.), Civil Suit No. 448 of 2008.
- 37 Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (sucesora legal de la Comisión de Lucha contra la Corrupción de Kenia) contra Amuti [2015] e.K.L.R. (C.A.K.), Recurso civil n.º 213 de 2011.
- 38 Kenya Anti-Corruption Comm'n v. Amuti [2017] e.K.L.R. [92] (H.C.K.), anteriormente High Court Civil Suit No. 448 of 2008 (O.S.).
- 39 *Id.* [95].
- 40 *Id.* [96].
- 41 Amuti v. Kenya Anti-Corruption Comm'n [2019] e.K.L.R. [16] (C.A.K.), Civil Appeal No. 184 of 2018.
- 42 *Id.* [17].
- 43 *Id.* [19].
- 44 *Id.* [21]–[22].
- 45 *Id.* [41].
- 46 *Id.* [44]–[51].
- 47 *Id.* [73].
- 48 *Id.* [78].
- 49 *Id.* [79].
- 50 *Id.* [79].
- 51 Ethics and Anti-Corruption Comm'n v. Abachi & Ors [2021] e.K.L.R. [55], [151] (H.C.K.), Civil Suit No. 15 of 2019 (Kenya).
- 52 *Id.* [56].
- 53 *Id.* [17].
- 54 *Id.* [57].
- 55 *Id.* [19].
- 56 *Id.* [80]–[83].
- 57 *Id.* [25].
- 58 *Id.* [69].
- 59 *Id.* [122].
- 60 *Id.* [109].
- 61 *Id.* [105].
- 62 *Id.* [158].
- 63 *Id.* [149].
- 64 *Id.* [160].
- 65 *Id.* [164].
- 66 Re Application under Section 20A of the Proceeds of Crime Act 2002; ex parte Comm'r of Australian Federal Police [2017] WASC 114 [56]–[57].
- 67 *Id.* [62]–[63].
- 68 *Id.* [22], [58].
- 69 *Id.* [23], [59], [60].
- 70 *Id.* [3].
- 71 *Id.* [66].
- 72 *Id.* [71].

- 73 Comm'r de la Policía Federal Australiana contra P [n° 2] [2018] WASC 2 [2].
- 74 *Id.* [8], [19].
- 75 Policía Federal Australiana, "WA Man Stripped of Almost \$1 Million in Assets in AFP Unexplained Wealth Case", comunicado de prensa, 9 de noviembre de 2020, consultado el 18 de abril de 2022, [accessed 18 April 2022, https://www.afp.gov.au/news-media/media-releases/wa-man-stripped-almost-1-million-assets-afp-unexplained-wealth-case](https://www.afp.gov.au/news-media/media-releases/wa-man-stripped-almost-1-million-assets-afp-unexplained-wealth-case).
- 76 *Id.*
- 77 *Id.*
- 78 Nueva Gales del Sur es un estado del sistema federal de Australia.
- 79 New South Wales Crime Comm'n v Elskaf [2017] NSWSC 681 [5] (Austl.).
- 80 *Id.* [17].
- 81 *Id.* [24].
- 82 *Id.* [20].
- 83 *Id.* [22].
- 84 *Id.* [26].
- 85 Director of Public Prosecutions (NT) contra Paton [2021] NTSC 36 [6] (Austl.).
- 86 *Id.* [2]–[3], [7].
- 87 *Id.* [9].
- 88 *Id.* [13].
- 89 *Id.* [64].
- 90 *Id.* [70]–[71].
- 91 *Id.* [68].
- 92 Irish Times, "Bonds Held in Frozen Dublin Account Linked to Late Nigerian Dictator's Family, Court Told", 16 de marzo de 2015, consultado el 18 de abril de 2022, [accessed April 18, 2022, https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/bonds-held-in-frozen-dublin-account-linked-to-late-nigerian-dictator-s-family-court-told-1.2141932](https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/bonds-held-in-frozen-dublin-account-linked-to-late-nigerian-dictator-s-family-court-told-1.2141932). Criminal Assets Bureau v. Abacha, H. Ct. Record No. 2014/10/CAB (Ir.).
- 93 Oficina de Activos Criminales, Informe Anual 2020, presentado el 31 de mayo de 2021, 31, consultado el 18 de abril de 2022, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2021/09/CAB-Annual-Report-2020-Final.pdf>; Gobiernos de la República Federal de Nigeria e Irlanda, Memorando de Entendimiento: "Regarding the Return, Disposition and Management of Certain Forfeited Assets", 11 de agosto de 2020, <https://www.anticorruption.ie/wp-content/uploads/2020/09/MOU-NG-and-IE.pdf>.
- 94 Esta estimación la proporciona OANDA Currency Converter utilizando el 31 de diciembre de 2022, consultado el 2 de febrero de 2023, <https://www.oanda.com/currency-converter/en/?from=IEP&to=USD&amount=3791>. La estimación al 31 de diciembre de 1995 es de aproximadamente US\$6.000, consultado el 2 de febrero de 2023, <https://www.oanda.com/currency-converter/en/?from=IEP&to=USD&amount=3791>.
- 95 Esta estimación la proporciona OANDA Currency Converter utilizando el 31 de diciembre de 2022, consultado el 2 de febrero de 2023, <https://www.oanda.com/currency-converter/en/?from=IEP&to=USD&amount=25650>. La estimación a 31 de diciembre de 1995 es de aproximadamente 41.000 USD, consultada el 2 de febrero de 2023, <https://www.oanda.com/currency-converter/en/?from=IEP&to=USD&amount=25650>.
- 96 Criminal Assets Bureau v. McCormack [2020] IEHC 32 [1]–[4] (H. Ct.) (Ir.).
- 97 Criminal Assets Bureau v. McCormack [2020] IEHC 32 [5]–[6].
- 98 *Id.* [13]–[16].
- 99 *Id.* [17].
- 100 *Id.* [121]–[122].
- 101 Criminal Assets Bureau v. Farrell & anor [2013] IEHC 610 [11], [13] (H. Ct.) (Ir.).
- 102 *Id.* [6], [11].
- 103 *Id.* [10].
- 104 *Id.* [16].
- 105 *Id.* [17].
- 106 *Id.* [23]–[24].
- 107 *Id.* [25].

Apéndice B: información adicional

B.1 ¿Quién puede solicitar una UWO?

La tabla B.1 reproduce la información del cuadro 3.1 relativa a las variaciones entre países en cuanto a los organismos que pueden solicitar una UWO, para ampliarla a continuación con detalles y recursos adicionales (véanse los enlaces a la legislación de autorización más abajo).

Tabla B.1. Quién investiga y puede solicitar una orden de riqueza injustificada

País	Autoridad sobre ingresos derivados del delito	En la práctica	Legislación que lo autoriza
Australia	<ul style="list-style-type: none">• Policía Federal Australiana (AFP)• Director del Ministerio Fiscal (DPP)	<p>Grupo de Trabajo de Confiscación de Activos Criminales (CACT) dirigido por las AFP:</p> <ul style="list-style-type: none">• Comisión Australiana de Información Criminal• Oficina Tributaria Australiana• Centro Australiano de Informes y Análisis de Transacciones• Fuerza Fronteriza Australiana	<p>Ley de 2002 sobre los ingresos provenientes del delito, sec. 179B (UWO preliminar), sec. 179M (UWO), sec. 338.</p>
Kenia	<p>Comisión de Ética y lucha contra la corrupción (EACC)</p>	<p>EACC</p>	<p>ACECA, sec. 55(2).</p>

País	Autoridad sobre ingresos derivados del delito	En la práctica	Legislación que lo autoriza
Mauricio	<p>Agencias especializadas de reciente creación → Proceso de investigación/revisión de dos niveles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • (1) Agencia de Servicios de Informes de Integridad (IRSA) • (2) Comité de Informes de Integridad 	IRSA y Comité de Informes de Integridad	Ley de buena gobernanza y presentación de informes de integridad, sec. 4(1) (por la que se crea la IRSA), sec. 7(1) (por la que se crea el Consejo de Informes de Integridad).
Reino Unido	<ul style="list-style-type: none"> • Agencia Nacional contra la Delincuencia (NCA) • Hacienda y Aduanas de Su Majestad • Autoridad de Conducta Financiera • Director de la Serious Fraud Office (SFO) • Director del Ministerio Fiscal (DPP) 	NCA	Ley sobre los ingresos provenientes del delito 2002, sec. 362A(7).
Trinidad y Tobago	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Consejo de Agencia Tributaria • Interventor de Aduanas e Impuestos Especiales • Comisario de Policía 		La Ley de recuperación y gestión de activos civiles y riqueza injustificada, Ley n.º 8 de 2019, sec. 58(1).
Zimbabue	<ul style="list-style-type: none"> • Fiscalía Nacional • Autoridad Fiscal de Zimbabue 		Blanqueo de capitales y ganancias ilícitas (Enmienda) Ley de 2019, sec. 37A.

B.2 Enlaces a la legislación que autoriza las UWO

Australia. La ley está disponible en http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/poca2002160/, consultada el 6 de enero de 2023. Obsérvense los siguientes detalles:

- La información sobre el CACT está disponible en <https://www.afp.gov.au/what-we-do/crime-types/proceeds-crime/criminal-assets-confiscation-taskforce-cact#:~:text=The%20AFP%20led%20CACT%20is,assets%20derived%20from%20criminal%20activity>, consultado el 6 de enero de 2023.
- Artículo 179M: “Una [] autoridad de ingresos provenientes del delito puede solicitar una [] orden de riqueza injustificada”.
- Artículo 338: “Autoridad de ingresos provenientes del delito” significa el comisario de la Policía Federal Australiana o el [] DPP.
- El artículo 69C de la Ley de la Policía Federal Australiana de 1979 prevé la delegación de las funciones, competencias y obligaciones del comisario de la Policía Federal Australiana en virtud de esta ley.
- El artículo 31 de la Ley del Director del Ministerio Fiscal de 1983 prevé la delegación de las funciones del DPP.
- Si ya se ha presentado una solicitud de orden principal o la propia orden, la autoridad encargada de los ingresos provenientes del delito responsable de la solicitud o de la orden se denomina “autoridad responsable” (véase la definición en otra sección).

Kenia. La ley está disponible en <http://kenyalaw.org/8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=No.%203%20of%202003>, consultada el 6 de enero de 2023.

Mauricio. La ley está disponible en <https://www.irsa.mu/legislation/>, consultada el 6 de enero de 2023.

Reino Unido. La ley está disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>, consultada el 6 de enero de 2023.

Trinidad y Tobago. La ley está disponible en <https://www.ttparliament.org/publication/the-civil-asset-recovery-and-management-and-unexplained-wealth-act-2019/>, consultada el 14 de diciembre de 2022. Obsérvense los siguientes detalles:

- El artículo 58(1) establece: “El Presidente de la Junta de Hacienda, el Interventor de Aduanas e Impuestos Especiales o el Comisario de Policía o cualquier otra persona delegada por él con rango no inferior al de Superintendente Adjunto (en lo sucesivo, “el solicitante”)”.
- Además, la Parte II de la ley habla de una agencia especializada, a saber, la “Agencia de Recuperación, Gestión y Riqueza Injustificada de Activos Civiles”. Según la Sección 14, esta agencia es “responsable de la recuperación, gestión y enajenación de activos de origen delictivo, terrorista o instrumental en virtud de la presente ley”. Las funciones especificadas en la Sección 14 parecen girar más en torno a la recuperación y gestión de los activos -como da a entender el nombre de la agencia- que a la investigación de la riqueza injustificada y las solicitudes de una UWO.
- Para consultar una fuente oficial que confirma la actividad de las UWO, véase gobierno de la República de Trinidad y Tobago, Unidad Antiterrorista, disponible en <https://agla.gov.tt/wp-content/uploads/simple-file-list/ATU/The-Civil-Asset-Recovery-and-Management-and-Unexplained-Wealth-Act-2C-No-8-of-2019/>

[UWO-Matters-3rd-December-2020.pdf](#), consultado el 3 de diciembre de 2020. También está disponible en <https://agla.gov.tt/anti-terrorism-unit/the-civil-asset-recovery-and-management-and-unexplained-wealth-act/>, consultado el 6 de enero de 2023.

Zimbabue. La ley y su modificación pueden consultarse en tres fuentes:

- <https://commons.laws.africa/akn/zw/act/2013/4/eng@2020-02-21.pdf>
- <https://zimlil.org/akn/zw/act/2013/4/eng@2020-02-21>
- https://www.veritaszim.net/sites/veritas_d/files/Money%20Laundering%20and%20Proceeds%20of%20Crime%20Amendment%20Act.pdf

Tener en cuenta también los siguientes detalles:

- según el artículo 37B, la “autoridad de ejecución” está facultada para solicitar una UWO al Tribunal Superior; y
- según la Sección 37A, el término “autoridad de aplicación” se refiere a dos organismos: “(a) la Autoridad Fiscal Nacional; o (b) la Autoridad Fiscal de Zimbabue”.

Barbados. La Proceeds and Instrumentalities of Crime Act 2019-17 está disponible en <https://barbadosfiu.gov.bb/wp-content/uploads/2019/10/Proceeds-Instrumentalities-of-Crime-Act-2019-17.pdf>, consultado el 14 de diciembre de 2022. Tener en cuenta que, según la Sección 135(1) icw., las autoridades que solicitan las UWO se denominan “Autoridad de Recuperación”; más específicamente, según la Sección 2(1), la “Autoridad de Recuperación” significa el Fiscal General”.

B.3 Montos recuperados por la Oficina de Activos Delictivos de Irlanda

La tabla B.2 muestra seis años de datos de la Criminal Assets Bureau (CAB) de Irlanda.

Tabla B.2. Importes recuperados por CAB por categoría, Irlanda, 2015-20

Año	Legislación sobre los ingresos provenientes del delito	Disposiciones sobre ingresos	Disposiciones sociales
informe anual 2020 ^a	>€1.8 millones	>€2.1 millones	€317,000
informe anual 2019 ^b	> €1.5 millones	> €2.0 millones	€324,000
informe anual 2018 ^c	> €2.2 millones	> €3.0 millones	€323,000
informe anual 2017 ^d	> €1.6 millones	> €2.3 millones	€319,000
informe anual 2016 ^e	> €1.4 millones	> €2.0 millones	€297,430
informe anual 2015 ^f	> €1.6 millones	> €2.0 millones	€185,354
Total	€10.1 millones	€13.4 millones	€1,765,784

Nota: los informes anuales de 2010 a 2021 están disponibles en <https://www.cab.ie/annual-reports/>, consultado el 25 de enero de 2023.

- a Irlanda, Oficina de Activos Delictivos, Informe anual 2020, consultado por última vez el 18 de marzo de 2022, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2021/09/CAB-Annual-Report-2020-Final.pdf>. (Además de las cifras citadas en el cuadro, que ascienden a un total de €4,2 millones, "la Oficina también devolvió otros €5,494 millones al gobierno de Nigeria a raíz de un Memorando de Entendimiento firmado por la ministra de Justicia, Helen McEntee, T.D., y la República Federal de Nigeria. La Oficina también devolvió más de €1 millón al ministro de Gasto Público y Reforma (DPER) utilizando, por primera vez, la legislación en virtud de la Ley de Justicia Penal de 1994").
- b Irlanda, Oficina de Activos Delictivos, Informe anual 2019, 18 de marzo de 2022, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2020/07/2019-Annual-Report-English.pdf>.
- c Irlanda, Oficina de Activos Criminales, Informe anual de 2018 ("Las acciones relativas a los ingresos provenientes del delito, junto con las acciones en virtud de las disposiciones sobre ingresos y protección social, aportaron más de €5,6 millones al erario público en 2018". De este total: "Haciendo uso de la legislación adecuada sobre los ingresos provenientes del delito, la Oficina de Activos Criminales remitió más de €2,2 millones al Tesoro Público. Además, se remitieron más de €3 millones en virtud de las disposiciones sobre ingresos y se recuperaron €323.000 en concepto de pagos en exceso en virtud de las disposiciones sobre asistencia social").
- d Irlanda, Oficina de Activos Delictivos, Informe Anual 2017, último acceso 3 de julio de 2020, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2019/10/CAB-AnnualReport2017.pdf>.
- e Irlanda, Oficina de Activos Delictivos, Informe Anual 2016, último acceso 3 de julio de 2020, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2019/10/CABAnnualRep-2016.pdf>.
- f Irlanda, Oficina de Activos Delictivos, Informe Anual 2015, consultado por última vez el 3 de julio de 2020, <https://www.cab.ie/wp-content/uploads/2019/10/CABAnnualRep-2015.pdf>. (La cifra correspondiente a la legislación sobre los ingresos provenientes del delito es una estimación basada en la siguiente información del informe: "Como resultado, en el año en curso, las actuaciones relativas a los ingresos provenientes del delito, junto con las actuaciones en el marco de las disposiciones sobre ingresos y protección social, aportaron más de €3,8 millones al erario público". "Específicamente, la Oficina de Activos Criminales, utilizando las disposiciones apropiadas de Ingresos, remitió más de €2 millones al Tesoro Público y también recuperó más de €185.354 en concepto de pagos en exceso con arreglo a las disposiciones de Protección Social").

La recuperación de los ingresos procedentes de la corrupción es un tema de creciente interés en todo el mundo. Dado que los medios de comunicación internacionales y los foros políticos mundiales -como el G-20 y el Grupo de Acción Financiera Internacional- prestan cada vez más atención a la cleptocracia y a su facilitación por parte de las instituciones financieras y otros proveedores de servicios profesionales, la discrepancia entre las cantidades robadas y las recuperaciones reales es un tema cada vez más preocupante.

La recuperación de los ingresos provenientes del delito forma parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ONU), pero las herramientas de que disponen los gobiernos para llevarla a cabo no están dando los resultados deseados. Por ello, cada vez es más necesario explorar nuevas herramientas.

En los últimos años, varios países han introducido la orden de riqueza injustificada (UWO) como herramienta para mejorar las recuperaciones de los ingresos provenientes del delito, en particular de la cleptocracia. Aunque es demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas sobre su eficacia en la lucha contra la corrupción, la UWO contiene ideas novedosas que merece la pena examinar más a fondo. Esto es lo que pretende hacer este estudio.