



Barreras para la Recuperación de Activos

Análisis de las Barreras Principales y Recomendaciones para la Acción

Kevin M. Stephenson

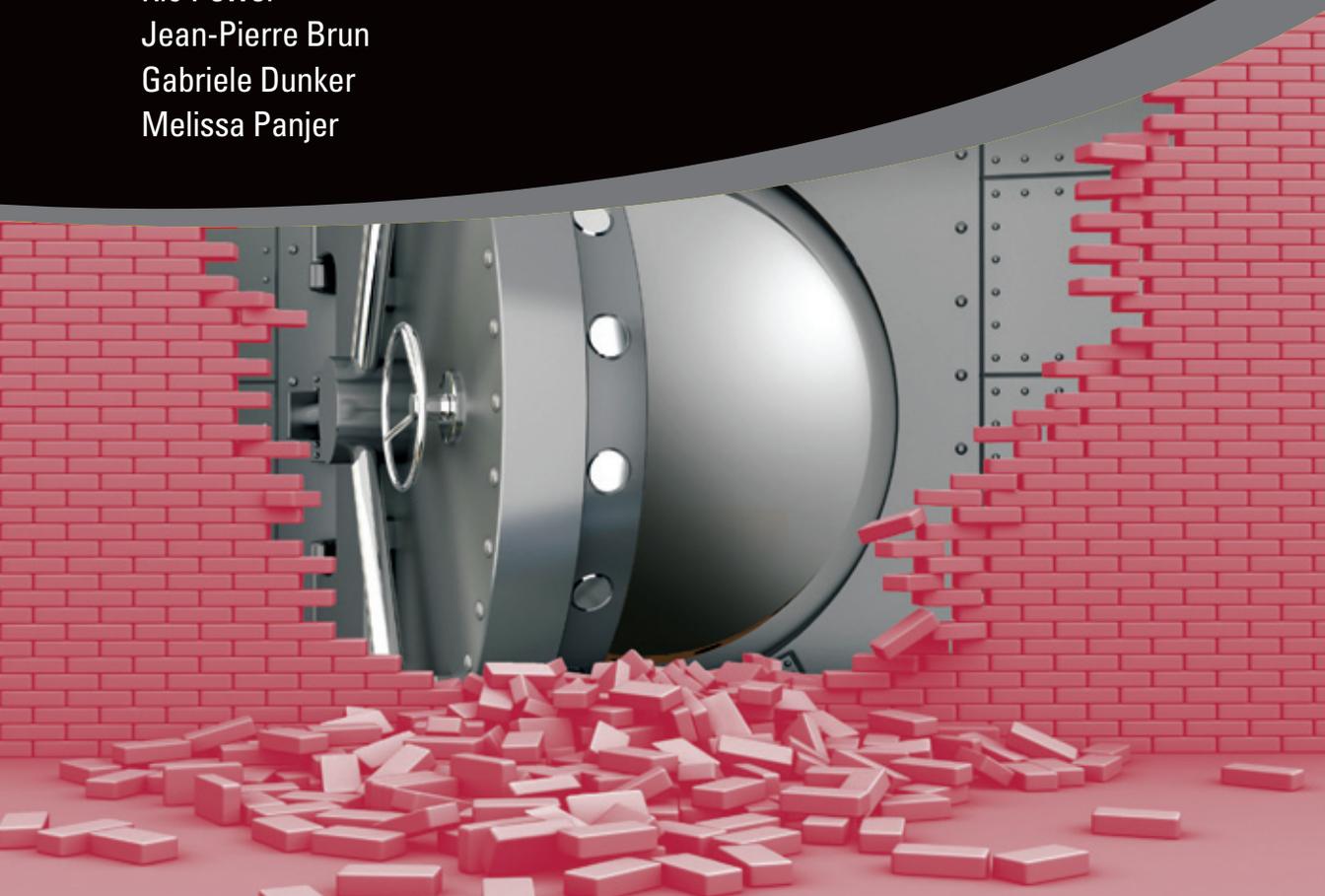
Larissa Gray

Ric Power

Jean-Pierre Brun

Gabriele Dunker

Melissa Panjer



Barreras para la Recuperación de Activos

Barreras para la Recuperación de Activos

Kevin M. Stephenson

Larissa Gray

Ric Power

Jean-Pierre Brun

Gabriele Dunker

Melissa Panjer



Stolen Asset Recovery Initiative

The World Bank • UNODC



© 2014 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) / El Banco Mundial
1818 H Street NW
Washington DC 20433
Teléfono: 202-473-1000
Internet: www.worldbank.org

Este trabajo fue publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como *Barriers to asset recovery: an analysis of the key barriers and recommendations for action* en 2011. En caso de alguna discrepancia, el idioma original gobernará.

Este material es producto del staff del Banco Mundial con contribuciones externas. Los hallazgos, interpretaciones y conclusiones expresadas en el material no reflejan necesariamente la visión del Banco Mundial, su Consejo de Directores Ejecutivos, o los gobiernos que representan.

El Banco Mundial no garantiza la precisión de los datos incluidos en este material. Los límites, colores y denominaciones, y otra información reflejada en cualquier mapa dentro del material no implican ningún tipo de juicio de parte del Banco Mundial en lo referente a la situación legal de cualquier territorio o el respaldo o aceptación de tales límites.

Derechos y Permisos

El material contenido en esta obra está sujeto a los derechos del autor. El Banco Mundial alienta la diseminación de su conocimiento; este material puede ser reproducido, en su totalidad o en parte para propósitos no comerciales, siempre y cuando se atribuya plenamente la autoría del material.

Cualquier información sobre derechos y licencias, incluyendo los derechos de subsidiarios, debe ser solicitada a Publicaciones del Banco Mundial, El Grupo del Banco Mundial, 1818 H Street NW, Washington, DC 20433, USA; fax: 202-522-2422; e-mail: pubrights@worldbank.org.

Reconocimiento – La obra debe citarse de la siguiente manera: Este trabajo fue publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como *Barriers to asset recovery: an analysis of the key barriers and recommendations for action* / Kevin Stephenson, Larissa Gray, Ric Power. En caso de alguna discrepancia, el idioma original gobernará.

Fotos de cubierta: Istockphoto

Contenido

<i>Agradecimientos</i>	<i>vii</i>
<i>Abreviaturas</i>	<i>xi</i>
Resumen Ejecutivo	1
Recomendaciones Principales	5
Recomendaciones	5
El Problema y un Camino hacia una Solución	11
Metodología	15
El Proceso de Lausana	16
Cómo utilizar este estudio	17
Barreras Generales y Cuestiones Institucionales	21
Barrera 1: Falta de confianza	21
Barrera 2: Falta de una política integral de recuperación de activos	26
Barrera 3: Recursos insuficientes	34
Barrera 4: Falta de cumplimiento y ejecución de medidas ALA/CFT	36
Barrera 5: Cuando hay muchos cocineros se quema la sopa-Falta de coordinación efectiva	41
Barrera 6: Reacción rápida a solicitudes formales de asistencia legal mutua	45
Barreras Legales y Requerimientos que Demoran la Asistencia	51
Barrera 7: Diferencias en tradiciones jurídicas	51
Barrera 8: Falta de capacidades para prestar asistencia legal mutua	54
Barrera 9: Incumplimiento de la UNCAC y la UNTOC	58
Barrera 10: Ausencia de congelamiento rápido o mecanismos de restricción	59
Barrera 11: Falta de equilibrio en los requisitos de notificación que permiten la disipación de activos	61
Barrera 12: Leyes de secreto bancario	63
Barrera 13: Leyes procesales y probatorias laboriosas	65
Barrera 14: Falta de disposiciones de restricción y decomiso por valor equivalente	72
Barrera 15: Falta de un mecanismo de decomiso sin condena	73
Barrera 16: Falta de capacidad para ejecutar convenios de declaración de culpabilidad	76

Barrera 17: Leyes de inmunidad que impiden enjuiciamiento y asistencia legal mutua	79
Barrera 18: Plazos de prescripción demasiado breves	82
Barrera 19: Falta de capacidad para reconocer y ejecutar las órdenes de confiscación y restricción extranjeras	84
Barrera 20: Falta de capacidad para restituir los bienes a las jurisdicciones de origen	86
Barreras operativas y cuestiones de comunicación	89
Barrera 21: Puntos focales ausentes o ambiguos	89
Barrera 22: Requisitos legales laboriosos y denegación excesivamente amplia para la asistencia legal mutua	91
Barrera 23: Falta de información sobre los requisitos de la asistencia legal mutua	95
Barrera 24: Falta de ingenio para la resolución de problemas	97
Barrera 25: Canales poco claros y ausencia de realimentación	100
Barrera 26: Demoras injustificadas en la respuesta a solicitudes de asistencia legal mutua	101
Barrera 27: Falta de registros públicos disponibles	104
Barrera 28: Identificación de cuentas bancarias extranjeras	105
Barrera 29: Uso de fondos incautados para pagar honorarios legales; agotamiento+ (utilización total --- fin de) de los activo decomisados por pago de honorarios por fallo favorable; mala gestión de activos	106
Apéndice A. Tabla de Recomendaciones	111
Glosario	127

Agradecimientos

Este estudio es el resultado de la colaboración especial de colegas de todo el mundo. Su tiempo y experticia fueron invaluable en la identificación de barreras para la recuperación de activos y la elaboración de recomendaciones para superar estas barreras.

Esta publicación fue escrita por el Sr. Kevin M. Stephenson (Jefe del Equipo, Unidad de Integridad de los Mercados Financieros, Banco Mundial), la Sra. Larissa Gray (Unidad de Integridad de los Mercados Financieros, Banco Mundial), el Sr. Ric Power (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [ONUDD]), el Sr. Jean-Pierre Brun (Unidad de Integridad de los Mercados Financieros, Banco Mundial), la Sra. Gabriele Dunker (Consultora del proyecto), y la Sra. Melissa Panjer (Consultora del proyecto).

Los autores expresan un especial agradecimiento al Sr. Adrian Fozzard (Coordinador, Iniciativa StAR para la Recuperación de Activos Robados), el Sr. Dimitri Vlassis (Jefe de la Sección de Corrupción y Delitos Económicos - ONUDD) y el Sr. Jean Pesme (Director, Unidad de Integridad de los Mercados Financieros, Red de Desarrollo Financiero y del Sector Privado) por su apoyo y orientación continuos para el proyecto.

Como parte del proceso de redacción y consultas, se realizaron talleres de profesionales en Viena, Austria (mayo de 2009), Casablanca, Marruecos (agosto de 2009), Buenos Aires, Argentina (agosto de 2009), y Lausana, Suiza (mayo de 2010). También se realizaron visitas a Islas Caimán, Italia, Japón y Singapur con algunos profesionales que no pudieron asistir a los talleres antes mencionados. Los profesionales aportaron experiencia en la realización de decomiso penal, decomiso sin condena, acciones civiles, investigaciones, rastreo de activos, cooperación internacional y gestión de activos - tanto en jurisdicciones de derecho civil como anglosajón, y en países desarrollados y en desarrollo. La siguiente lista es por nombre seguido por el país u organización con la que esa persona está asociada. Esto no significa que la participación de esta persona necesariamente representa los puntos de vista de los países mencionados. Las personas que participaron en uno o más de estos talleres o visitas a los países fueron Yves Aeschlimann (Suiza), Oscar Alberto del Río (Colombia), Jorge Alberto Lara Rivera (México), Georgis Taylor Alexander (Santa Lucía), Simon Alexis (Trinidad), José Amarilla (Paraguay), María Araujo (Brasil), Luis Arocena (Argentina), William Bailhache (Jersey), Gary Balch (Reino Unido), Jaime S. Bautista (Filipinas), Kennedy Bosire (Kenia), Robert Broekhuijsen (Países Bajos), Katia Bucaino (Italia), Rachmat Budiman (Indonesia), Ian Bulmer (Canadá), Lindsey Cacho (Islas Caimán), Ricardo Céspedes

(República Bolivariana de Venezuela), Zephyrine A.T. Charles (Grenada), Leong Kok Cheong (Singapur), Jean-Sebastien Conty (Francia), Mohammed Dauda (Nigeria), Maxence Delorme (Francia), Jean-Pierre Mvondo Evezo'o (Camerún), Mario Gara (Italia), Pascal Gossin (Suiza), Adrian Fajardo (México), Ahmed Yassine Foukara (Marruecos), Vernon Francois (Saint Lucia), Clara Garrido (Colombia), Rudolph Gordon (Islas Caimán), Yoshinobu Goto (Japón), Soh Kee Hean (Singapur), Hay Hung Chun (Singapur), Koji Hayashi (Japón), Edward Hoseah (Tanzania), Henderson Hunte (Islas Caimán), Takeshi Hiramatsu (Japón), Karen Hughes (San Cristobal y Nieves), Giovanni Ilacqua (Italia), Toshifumi Ishida (Japón), Lawrence Iwodi (Nigeria), Shoichi Izawa (Japón), Elena Jacob (Islas Caimán), Stephanie Jeavons (Reino Unido), Mathew Joseph (Singapur), Miguel Jurado Fabara (Ecuador), Vitaliy Kasko (Ucrania), Jumpei Kawahara (Japón), Shuhei Kojima (Japón), Yoshiyuki Komiya (Japón), Bibiana Lee (Singapur), Chua Jia Leng (Singapur), Fernanda Lima (Brasil), Raymond Lockiby (Grenada), Marko Magdic (Chile), Nahid Mahtab (Bangladesh), Jennifer Marie (Singapur), Claudio Mascotto (Suiza), John Masters (Islas Caimán), Takashi Miura (Japón), Winston Cheng Howe Ming (Singapur), Abdul Mobin (Bangladesh), Ruth Molina (Guatemala), Yoshinori Momonoi (Japón), Enrico Monfrini (Suiza), Shoko Moriya (Japón), Holly Morton (Reino Unido), Charles Moynot (Francia), Elnur Musayev (Azerbaijan), Cahyo Rahadian Muzhar (Indonesia), Maxwell Nkole (Zambia), Jean Fils Kleber Ntamack (Camerún), Mirza Nurhidayat (Indonesia), Arif Havas Oegroseno (Indonesia), Patricia O'Reilly (Argentina), Juan Pavia Cardell (España), Dr. Ricardo Pérez Blanco (Uruguay), Justice Jean Permanand (Trinidad), Pedro Pereira (Instituto Basilea), Amelia Julia Príncipe Trujillo (Perú), Frederic Raffray (Guernsey), Renato Righetti (Italia), Nuhu Ribadu (Nigeria), Indra Rosandry (Indonesia), LaTeisha Sandy (San Vicente y las Granadinas), Jean-Bernard Schmid (Suiza), Maria Schnebli (Suiza), Michael Scully (Singapur), Shunsuke Shirakawa (Japón), Gavin Shiu (Hong Kong SAR, China), Salim Succar (Haití), Romina Tello Cortez (Argentina), Takahiro "Taka" Tsuda (Japón), Akinori Tsuruya (Japón), Ronald Viquez Solís (Costa Rica), Naotsugu Umeda (Japón), Valerie Tay Mei Ing (Singapur), Carmen Visueti (Panamá), Masaki Wada (Japón), Gerhard Wahle (Alemania), Dr. Robert Wallner (Liechtenstein), Gary Walters (Reino Unido), Wayne Patrick Walsh (Hong Kong SAR, China), Paul Whatmore (Reino Unido), Marilyn Williams (Belize), Simon Williams (Canadá), Valentin Zellweger (Suiza), and Dr. Fausto Zuccarelli (Italia).

El equipo se benefició de muchas observaciones sagaces durante el proceso de revisión por pares que fue co-presidido por el Sr. Jean Pesme y el Sr. Adrian Fozzard. Los revisores pares fueron el Sr. Luis Urrutia Corral (Jefe de la UIF, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, México), el Sr. Agustin Flah (Departamento Legal, Banco Mundial), Giovanni Gallo (ONUDD), Jeanne Hauch (Operaciones de Integridad, Banco Mundial), Mutembo Nchito (MNB Profesionales Jurídicos, Zambia), Heba Shams (Asistente Especial, Oficina del Director Ejecutivo, Banco Mundial), y Simon Whitfield (Equipo de Lucha contra la Corrupción, Departamento para Desarrollo Internacional del Reino Unido). El equipo también valoró el asesoramiento del Honorable Barry O'Keefe (Juez Principal de la División Comercial jubilado y juez de apelación adicional de la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, Australia) y Stephen Zimmermann (Director, Operaciones de Integridad, Banco Mundial), durante la fase de la nota conceptual

del proyecto. El equipo también agradece los comentarios sobre las listas de verificación y otros asuntos relacionados con este estudio de Timothy Le Cocq (Jersey), Samuel Bulgin (Islas Caimán), Jack de Kluiver (Estados Unidos), John Roth (Estados Unidos), Andrea Tisi (Estados Unidos), Robert Leventhal (Estados Unidos), Tim Steele (StAR) y Jean Weld (Estados Unidos).

Un agradecimiento especial también a Thelma Ayamel, María Orellano y Jocelyn Taylor por su apoyo administrativo, especialmente por la organización de la logística de los talleres de Viena, Casablanca y Lausana; y a Miguel Nicolás de la Riva por su apoyo en la administración del proyecto. Asimismo, un agradecimiento especial a Valentin Zellweger (Suiza), Pierre-Yves Morier (Suiza) y Meret Adam (Suiza) por su cooperación y colaboración durante la incorporación del taller de Lausana en el proceso de Lausana (Lausana V).

Kevin M. Stephenson

Jefe del Grupo de Trabajo,
División de Integridad de los Mercados Financieros
Banco Mundial

Abreviaturas

ALA	Anti-lavado de activos
ALM	Asistencia Legal Mutua
ARINSA	Red Interinstitucional de Recuperación de Activos para África Meridional
CARIN	Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden
CFT	Combate al Financiamiento del terrorismo
DEA	Administración Anti-Drogas de EE.UU.
FBI	Oficina Federal de Investigaciones de EEUU
GAFI	Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales
IberRed	Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional
ICAR	Centro Internacional para la Recuperación de Activos
ICE	Agencia de Inmigración y Aduanas de EEUU
IMoLIN	Red Internacional de Información sobre Lavado de Dinero
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
IRS	Servicio de Impuestos Internos de EEUU
MdE	Memorando de Entendimiento
MLAT	Tratado de Asistencia Legal Mutua
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONUDD	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
PEPs	Personas Expuestas Políticamente
RAE	Región Administrativa Especial (China)
SC	Sin Condena
StAR	Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UNCAC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Resumen Ejecutivo

El robo de bienes públicos de países en desarrollo es un gravísimo problema con impacto catastrófico en el desarrollo. Estos robos desvían valiosos recursos públicos destinados a reducir la pobreza extrema y fortalecer la frágil infraestructura que suele prevalecer en estos países. Si bien es imposible determinar la magnitud exacta del producto de la corrupción que circula en la economía mundial, las estimaciones ponen de manifiesto la gravedad y extensión del problema. Se estima que los países en desarrollo pierden US\$ 20 a US\$ 40 mil millones cada año debido a la corrupción.⁵ Pero esta estimación no refleja los costos de la corrupción para la sociedad y el impacto devastador de estos delitos en países víctimas. El robo de bienes por funcionarios corruptos, frecuentemente a los más altos niveles de gobierno, debilita la confianza en las instituciones públicas, perjudica el clima de inversión privada, y despoja de fondos disponibles para inversiones básicas en medidas de alivio de la pobreza, tales como salud pública, educación e infraestructura.⁶

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) estima que sólo US\$ 5 mil millones de activos robados han sido repatriados en los últimos 15 años. La enorme brecha incluso entre las estimaciones más bajas de activos robados y los activos repatriados evidencia la necesidad imperativa de derribar las barreras a la recuperación de activos. La cooperación internacional es esencial. Las barreras para la recuperación de activos han sido analizadas en trabajos anteriores y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) buscaba ser la solución a muchas de estas barreras.⁷ Sin embargo, el largo proceso de recuperación de activos, la escasa actividad y las dificultades reportadas por los profesionales sugieren que muchas barreras aún siguen sólidamente implantadas.

Este estudio elaborado por la Iniciativa StAR se basa en la experiencia de decenas de profesionales de todo el mundo con experiencia práctica en la recuperación de activos, y en análisis independientes por parte del personal. Más de 50 profesionales

5. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y el Banco Mundial, “Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción” (Washington, DC: Banco Mundial 2007), p. 10, citando a Raymond Baker, *Capitalism’s Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System* (Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Inc., 2005).

6. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y el Banco Mundial, “Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción” p.9.

7. Ver por ejemplo, Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriatio (Londres: Commonwealth Secretariat, Marlboro House, agosto 2005).

con experiencia en el día-a-día de la recuperación de activos, tanto de jurisdicciones de origen como de jurisdicciones solicitadas, fueron consultados en una serie de talleres, visitas a países, y una revisión exhaustiva de los resultados del estudio antes de su publicación.

Este estudio está dirigido a los responsables de la formulación y ejecución de políticas públicas. Su objetivo principal es movilizarlos en torno a las dificultades que afrontan las acciones de recuperación de activos robados y convencerlos de que adopten medidas basadas en las recomendaciones ofrecidas. Estas acciones potenciarían la capacidad de los profesionales de recuperar activos robados con éxito. También recomendamos que los profesionales den mayor uso a las herramientas existentes, tal como está delineado en las Recomendaciones Operativas de este estudio.

Debido a que la recuperación de activos requiere una acción colectiva, también sostenemos que otros sectores fundamentales - tales como el Grupo de los 20, el Grupo de Trabajo de Recuperación de Activos de la UNCAC, el Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Dinero, instituciones financieras, organismos de desarrollo y la sociedad civil - todos podemos tomar medidas que podrían ayudar a reducir las barreras para la recuperación de activos. Asimismo, la sociedad civil podría valerse de este estudio para generar una lista de verificación que mida los avances en el tratamiento y superación de las barreras para la recuperación de activos.

Tanto la UNCAC como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC) son esenciales para la acción colectiva de recuperación del producto de la corrupción y activos robados. La ratificación y la plena implementación de estas dos convenciones es un paso necesario para avanzar, pero no es suficiente ni tampoco la panacea porque varias de las barreras identificadas no pueden ser superadas a través de las convenciones per se.

Hemos identificado varios obstáculos para la recuperación de activos en tres encabezados distintos de barreras generales y cuestiones institucionales, barreras legales y requerimientos que demoran la asistencia, barreras operativas y cuestiones de comunicación.

En primer lugar, las barreras generales o institucionales incluyen cuestiones relacionadas con el contexto general en el cual se plantea la recuperación de activos. A lo largo del estudio, se cita “falta de voluntad política” como un impedimento clave a la recuperación del producto de la corrupción. El equipo del proyecto define esta expresión como la falta de una política o estrategia integral, sostenida y concertada para priorizar la recuperación de activos y alinear los objetivos, herramientas y recursos para lograr este cometido. Las barreras generales también incluyen, en primer lugar, el incumplimiento y la no-aplicación de medidas contra el lavado de dinero como un medio para impedir y detectar el producto de la corrupción en primer lugar.

La piedra angular de políticas y prácticas duraderas y exitosas de cualquier país para la recuperación de activos robados es la adopción de una política y estrategia clara, integral, sostenida y concertada. Además de que los responsables de formular y ejecutar políticas expresen públicamente su compromiso, esta estrategia es necesaria para definir objetivos y metas, identificar todas las herramientas disponibles (leyes y regulaciones así como procesos), movilizar la experticia y los recursos necesarios, y para que las partes interesadas deban rendir cuentas. Dicha estrategia debe basarse en una política y práctica proactiva, sensible, espontánea, y transparente para la recuperación de activos, en la cual, por ejemplo, un rechazo de asistencia legal mutua en casos de recuperación de activos no puede basarse en argumentos poco claros, tales como “intereses económicos”.

Parte de esta estrategia también debe basarse en una aplicación más enérgica de medidas contra el lavado de dinero, muchas de las cuales no se cumplen ni se aplican apropiadamente. Hacemos un llamado a las instituciones financieras y sus supervisores para que, en primer lugar, fortalezcan su diligencia y proactividad en el tratamiento de personas expuestas políticamente (PEPs).

La mayoría de las barreras legales son requerimientos laboriosos para la prestación de asistencia legal mutua (asistencia legal mutua), secreto bancario excesivo, falta de procedimientos de decomiso sin condena, y leyes procesales y probatorias engorrosas, incluyendo la necesidad de divulgar información a los titulares de activos durante las investigaciones. Evidentemente es fundamental eliminar las barreras legales. Faltando un ordenamiento jurídico claro y acertado, la recuperación de activos es laboriosa en el mejor de los casos, y en el peor de los casos es imposible.

La esencia de las recomendaciones para abordar las barreras legales de manera efectiva es adoptar un enfoque más flexible y proactivo a la doble incriminación (tipificación del delito en ambas jurisdicciones) y la reciprocidad; proteger la integridad de las investigaciones no informando al titular del activo de las medidas investigativas y preservación de activos, siempre que haya suficientes protecciones del debido proceso; tomar medidas para limitar los motivos de denegación de asistencia legal mutua, incluso mediante la ampliación de los plazos de prescripción; y poner fin a la denegación automática de asistencia legal mutua debido a intereses económicos. Este informe también recomienda firmemente que se suspenda el secreto bancario sistemáticamente en casos internacionales relacionados con los delitos UNCAC y UNTOC. Por último, es necesario adoptar e implementar legislación que permita el decomiso sin condena.

Incluso con un ordenamiento jurídico acertado, la recuperación de activos se ve obstaculizada por barreras operativas – impedimentos relacionados con los procesos y la comunicación entre las partes. Los problemas de comunicación abundan, a saber, dificultades en la identificación de puntos focales para presentar solicitudes de asistencia legal mutua, desafíos para mantener los contactos y para coordinar acciones para la recuperación de activos, demoras en la tramitación de y respuesta a las solicitudes de asistencia legal mutua, y deficiencias en la redacción de las solicitudes. Otras barreras operativas importantes incluyen inconvenientes en la identifi-

cación de los titulares de cuentas bancarias, debido a la falta de un registro bancario nacional, así como la incapacidad de gestionar y preservar bienes restringidos durante el proceso de recuperación antes del decomiso formal. El establecimiento de un registro bancario nacional de información sobre titulares de cuentas es una herramienta poderosa para facilitar el rastreo de activos, y acelerar y asistir a la cooperación internacional. La creación de medidas de gestión de activos creíbles y efectivas para evitar el agotamiento de los activos restringidos o incautados, son fuertes incentivos para la mejor recuperación de activos.

Con el propósito de fomentar la confianza y comunicación entre profesionales, y reforzar su experticia, este estudio recomienda esfuerzos significativos en la capacitación de investigadores, magistrados investigadores, fiscales y jueces en normas internacionales, en las diferentes herramientas disponibles para la recuperación de activos, y en la experiencia a ser obtenida a partir de casos reales. También recomendamos que las jurisdicciones mejoren significativamente, y puedan recurrir en mayor medida a, herramientas procesales que permiten cooperación internacional antes de presentar una solicitud formal de asistencia legal mutua - tanto para agilizar el intercambio de información como para mejorar la calidad de la asistencia.

La recuperación internacional de activos es un asunto legal complejo, y su práctica es aún más complicada debido a su dependencia de la cooperación internacional en cada etapa del proceso. Esta complejidad hace que sea aún más difícil llamar la atención y convocar esfuerzos para superar las barreras identificadas en este estudio. Hemos identificado las principales recomendaciones que, si fueran implementadas, proveerán a los profesionales herramientas necesarias para aumentar su efectividad en la recuperación de activos. Esperamos que monitorear el progreso de su implementación generará un aumento de casos exitosos de recuperación de activos que, a fin de cuentas, es la prueba más contundente de estar logrando nuestro cometido.

Recomendaciones Principales

El estudio presenta muchas recomendaciones para ayudar a superar las barreras para la recuperación de activos robados y es importante destacar las recomendaciones que deben priorizar los responsables de la formulación y ejecución de políticas y los profesionales. Cada una de las recomendaciones principales señaladas en esta sección contiene una breve exposición de las cuestiones que aborda, seguido por una recomendación de política u operativa sucinta.

Seleccionamos estas recomendaciones principales porque consideramos que son las más importantes para que los esfuerzos por aumentar la recuperación de activos robados en todo el mundo logren el éxito. En muchos casos se relacionan con más de una de las barreras identificadas en este estudio o a los obstáculos más significativos para la recuperación de activos. Si se implementan correctamente, estas recomendaciones lograrán un progreso sumamente importante en la recuperación de activos.

Recomendaciones

Recomendación 1

Adoptar e implementar planes estratégicos integrales para la recuperación de activos robados y proveer recursos y capacitación suficientes (*proveer el marco y las herramientas a los profesionales*).

Muchas jurisdicciones no asignan suficiente prioridad o suficientes recursos a los casos de recuperación de activos, lo cual resulta en una falta de profesionales competentes, experticia y herramientas necesarias. En última instancia, estas jurisdicciones carecen de un compromiso genuino y no movilizan eficazmente las herramientas para recuperar activos robados (Barrera 2). Por otra parte, las autoridades responsables carecen de la experticia y experiencia necesarias para redactar las solicitudes de asistencia legal mutua correctamente o utilizar los convenios internacionales y otras herramientas de cooperación internacional en casos de recuperación de activos (Barreras 1, 3 y 8).

El trabajo de recuperación ha sido más exitoso cuando las jurisdicciones formulan y ejecutan planes estratégicos efectivos para mejorar la recuperación del producto de la corrupción. Estos planes deben establecer mecanismos de presentación de informes para dar seguimiento a los avances y monitorear los resultados. Las jurisdicciones

también deben priorizar la capacitación de las autoridades competentes en materia de recuperación de activos, incluyendo capacitación en leyes internas pertinentes, y convenios y normas internacionales conexos; las jurisdicciones deben establecer unidades especializadas en investigación o enjuiciamiento; y las jurisdicciones también deben garantizar que los investigadores financieros, fiscales, jueces y otras autoridades responsables dispongan de recursos adecuados.

Una clara rendición de cuentas de los resultados ayudará a crear incentivos para que las unidades especializadas busquen el producto de la corrupción de manera proactiva.

Recomendación 2

Adoptar políticas y procedimientos operativos para cultivar la confianza mutua y mejorar la comunicación (*construir relaciones de confianza*).

La falta de confianza entre jurisdicciones puede inhibir o retrasar la prestación de asistencia legal mutua, particularmente en caso de urgencia o cuando los sistemas legales, políticos o judiciales de las jurisdicciones son significativamente diferentes. Sin confianza las jurisdicciones vacilan en intercambiar datos de inteligencia; vacilan en asistir en la recopilación de evidencia; o en congelar, incautar, decomisar o repatriar activos (Barreras 2 y 7). Adicionalmente, las solicitudes de asistencia legal mutua pueden ser denegadas si son inadecuadas, vagas, demasiado amplias o contienen información irrelevante. Adicionalmente, la cooperación internacional se ve obstaculizada por información insuficiente sobre asistencia informal, leyes aplicables, procedimientos, estándares de prueba, requisitos para la asistencia legal mutua y el estado de las solicitudes (Barreras 4, 23 y 24).

Mejor comunicación y tutoría por parte de las autoridades responsables en jurisdicciones de origen mejorará la calidad de las solicitudes y la posibilidad de identificar y recuperar activos robados con éxito. Las jurisdicciones deben adoptar políticas y procedimientos que cultiven la confianza y mejoren la comunicación, tales como:

- legislación que dé cabida a intercambio espontáneo de información con otras jurisdicciones;
- políticas que facilitan contactos personales entre autoridades competentes a través de, por ejemplo, la provisión de magistrados de enlace, unidades de inteligencia financiera, funcionarios de enlace, agregados aduaneros y policiales, y apoyo financiero para la presencia de funcionarios de enlace o agregados en otras jurisdicciones;
- estrategias de comunicación mediante las cuales países desarrollados prestan apoyo técnico y otro tipo de asistencia para problemas de comunicación padecidos por jurisdicciones en desarrollo;
- políticas que fomentan participación en reuniones internacionales y bilaterales pertinentes y en redes de profesionales, incluyendo las redes regionales de recuperación de activos, y

- planes que identifican los puntos focales primarios y secundarios dentro de la autoridad central y otras autoridades competentes como puntos de contacto iniciales para asistencia legal mutua formal e informal.

Las jurisdicciones deben adoptar políticas y procedimientos que mejoren el intercambio de información entre las autoridades que solicitan asistencia legal mutua (autoridades solicitantes) y los que reciben dichas solicitudes (autoridades solicitadas), incluyendo información sobre el estado de las solicitudes. Esta información debe ser completa, fácil de obtener y públicamente disponible en un sitio web del gobierno. Ejemplos de información a ser puesta a disposición del público incluyen:

- Leyes de asistencia legal mutua y disposiciones, regulaciones y herramientas establecidos por ley disponibles en la jurisdicción;
- directrices explicativas y solicitudes de asistencia modelo;
- tipos de técnicas investigativas permitidas o prohibidas;
- requisitos de carga y estándar de la prueba;
- información que puede ser provista sin necesidad de una solicitud formal de asistencia legal mutua;
- informes sobre el estado de las solicitudes de asistencia legal mutua; y
- razones de la denegación de la solicitud de asistencia legal mutua.

Recomendación 3

Introducir reformas legislativas que apoyan la capacidad de las autoridades de restringir y decomisar activos robados (*pensar creativamente*).

La mayoría de las jurisdicciones requieren una condena penal antes de poder decomisar los activos robados. Las condenas pueden ser especialmente problemáticas si funcionarios corruptos impiden o demoran las investigaciones penales (Barrera 15). Además, para congelar, incautar o decomisar bienes muchas jurisdicciones requieren que el ministerio público establezca un vínculo entre el delito y los bienes. Debido a que frecuentemente los activos robados se entremezclan con bienes legítimos, suele ser difícil cumplir con el estándar de prueba penal demostrando este vínculo (Barreras 13 y 14).

Para ayudar a las autoridades a superar estos problemas, las jurisdicciones deben introducir y emplear las reformas legislativas que:

- reduzcan la carga de la prueba para decomisar el producto del delito en casos de delitos con arreglo a la UNCAC y la UNTOC;
- inviertan la carga de la prueba al presunto infractor para demostrar que el origen de facto de los activos es legítimo, cuando el ministerio público presenta pruebas creíbles de que no es posible que el origen de los fondos sea legítimo;
- permitan el decomiso sin condena o un fallo condenatorio;
- permitan la aplicación directa e indirecta de las órdenes extranjeras de decomiso sin condena; y
- permitan la restricción y decomiso de activos legítimos sustitutivos o de valor equivalente a de los activos robados.

Recomendación 4

Aplicar medidas efectivas contra el lavado de dinero (*aprovechar las herramientas existentes de mejor manera*).

Las jurisdicciones que no aplican medidas efectivas contra el lavado de dinero hacen que sea fácil que personas expuestas políticamente corruptas y otros funcionarios corruptos introduzcan activos robados en centros financieros. Si se implementan y se cumplen apropiadamente las medidas preventivas, incluyendo los requisitos de debida diligencia del cliente y la presentación de reportes de operaciones sospechosas, las autoridades e instituciones financieras podrán interceptar e impedir más fácilmente la colocación de activos robados en sus instituciones financieras (Barrera 4).

Para reforzar las medidas preventivas, las jurisdicciones deben:

- implementar a cabalidad las medidas contra el lavado de dinero establecidas en convenciones y normas internacionales (incluyendo las recomendaciones de la UNCAC y el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales); y
- adoptar las recomendaciones de la Iniciativa StAR para personas expuestas políticamente, instando a instituciones financieras a que apliquen debida diligencia a todas las PEPs nacionales y extranjeras;
 - requerir declaración de titularidad real;
 - solicitar formularios de divulgación de bienes e ingresos;
 - realizar revisión periódica de clientes PEP; y
 - evitar un plazo único durante el cual una PEP sigue siendo una PEP.

Recomendación 5

Proveer una base jurídica sólida para una amplia gama de tipos de asistencia legal mutua (*donde hay voluntad política, hay una vía legal*).

Las jurisdicciones requieren una base jurídica para prestar asistencia legal mutua, ya sea a través de convenciones internacionales, legislación interna, convenios bilaterales de asistencia legal mutua o una garantía de reciprocidad. La mayoría de las leyes de asistencia legal mutua y de los convenios bilaterales de asistencia legal mutua permiten que países solicitados se nieguen a prestar asistencia en ciertas circunstancias. Si no se definen los motivos de la denegación apropiadamente o son demasiado generales, constituyen un obstáculo para la recuperación de activos (Barrera 22).

Para superar estas barreras, las jurisdicciones deben garantizar que las leyes de asistencia legal mutua otorguen a las autoridades la gama más amplia de asistencia legal mutua en materia penal, incluyendo todos los tipos de asistencia establecidos en la UNCAC y la UNTOC. Las jurisdicciones también deben limitar y definir claramente los motivos de la denegación de asistencia legal mutua. En particular, las jurisdicciones deben:

- limitar los motivos de la denegación a los motivos establecidos en la UNCAC y la UNTOC;
- evitar motivos obligatorios de denegación; y

- prestar asistencia sin necesidad de requerir tipificación del delito en ambas jurisdicciones (doble incriminación) o reciprocidad, especialmente en casos de órdenes de investigación, incautación y restricción; o permitir la utilización de un enfoque basado en la conducta para determinar si hay doble incriminación.

Recomendación 6

Permitir el rastreo rápido y congelamiento provisorio o incautación de bienes antes de recibir una solicitud formal de asistencia legal mutua (*congelar, antes de la dispersión de los activos*).

Demoras en la ejecución de una solicitud de congelamiento o incautación pueden resultar en la transferencia de activos robados. Los procesos actuales de asistencia legal mutua no son suficientemente ágiles como para impedir que se muevan los activos en cuestión, especialmente en países de derecho anglosajón que requieren una orden judicial para rastrear o temporalmente congelar o incautar bienes (Barrera 10). Excesivas leyes de secreto bancario impiden divulgación de información de cuentas, lo cual ayudaría a identificar las cuentas con esos activos. La obtención de las necesarias descripciones de los bienes suele ser difícil sin información de registros públicos (Barrera 12). Al presentar una solicitud de asistencia legal mutua, puede resultar sumamente difícil identificar los bienes en cuestión o localizar cuentas bancarias extranjeras con activos robados (Barreras 27 y 28).

Para superar estos problemas, las jurisdicciones deben promulgar leyes o implementar políticas que asistan en la identificación de activos robados dentro de su jurisdicción, incluyendo políticas que:

- limiten y definan con precisión los tipos de información protegidos por secreto bancario;
- establezcan criterios más flexibles que permitan acceso a información requerida por los investigadores; y
- permitan que se provea cierta información sin solicitud formal de asistencia legal mutua, incluyendo registros catastrales, documentos de empresas registradas e información sobre gerentes y accionistas.

Las jurisdicciones también deben valerse de herramientas que faciliten la identificación y congelamiento de activos. Para identificar activos, las jurisdicciones deben implementar y mantener los registros de acceso público a disposición de otras jurisdicciones sin una solicitud formal de asistencia legal mutua. Estos registros incluyen registros de empresas, registros catastrales y registros de organizaciones sin fines de lucro. Además, las jurisdicciones deben crear un registro bancario nacional que guarde información sobre identificación de las cuentas, incluyendo los nombres de los beneficiarios reales y apoderados.

Para congelar activos hay una serie de herramientas que puede ayudar a superar las demoras sufridas en la actualidad, tales como congelamientos administrativos provisorios (duración mínima de 72 horas), y otorgar autoridad de congelamiento de activos a

un magistrado investigador, fiscal u otra autoridad competente. En el caso de jurisdicciones que no permiten que magistrados investigadores o fiscales congelen activos, es necesario permitir congelamiento automático al presentar los cargos o una detención.

Recomendación 7

Fomentar, buscar y mantener todos los métodos de asistencia informal antes del inicio de una solicitud formal de asistencia legal mutua (*primer paso, hablar con colegas*).

Puede que no sea necesaria una solicitud formal por escrito de asistencia legal mutua en cada etapa de una investigación o durante la recolección de información e inteligencia. La asistencia informal se presta por otros canales que no son una solicitud formal de asistencia legal mutua.⁸ Si bien la asistencia informal suele ser más rápida y puede asistir a jurisdicciones de origen a desarrollar una estrategia y los fundamentos para una eventual solicitud formal de asistencia legal mutua, rara vez se aprovecha plenamente el potencial de los canales informales (Barrera 6).

Las jurisdicciones de origen deben explorar todas las vías de asistencia informal, tanto antes como durante la presentación de una solicitud formal de asistencia legal mutua, siempre respetando los acuerdos de confidencialidad. Las jurisdicciones solicitadas deben estar dispuestas a prestar asistencia informal y a fomentar la comunicación fuera del proceso formal en todas las etapas de la asistencia. Ejemplos de la asistencia informal incluyen comunicación directa entre las unidades de inteligencia financiera, policía, fiscales y magistrados investigadores.

Recomendación 8

Las jurisdicciones con experiencia en recuperación de activos robados deben orientar y capacitar a profesionales de jurisdicciones con menos experiencia (*dar una mano*).

En muchas jurisdicciones los profesionales no cuentan con experiencia o conocimientos suficientes sobre la recuperación de activos como para preparar solicitudes de asistencia legal mutua claras y concisas que se ajustan al caso en cuestión. Es probable que las solicitudes mal redactadas e inapropiadas sean rechazadas por la jurisdicción solicitada (Barrera 24).

A fin de mejorar la calidad de las solicitudes, las jurisdicciones con experiencia deben:

- prestar asistencia y capacitación asignando magistrados de enlace, fiscales, agregados o mentores legales a jurisdicciones con menos capacidades;
- proveer apoyo financiero a países en desarrollo para incorporar funcionarios de enlace de la jurisdicción de origen en las autoridades responsables de la jurisdicción solicitada; y
- fortalecer las capacidades en países en desarrollo integrando asistencia para la recuperación de activos en los programas de asistencia técnica.

8. Si bien menos formal porque está asociada con menos requisitos procesales, la asistencia informal no debe ser interpretada como incluyendo un medio ilegal o “negociados secretos”.

El problema y un camino hacia una solución

El robo de bienes públicos de países en desarrollo es un gravísimo problema con un impacto devastador en el desarrollo. Este tipo de robo entraña el desvío de valiosos recursos públicos y, por ende, estos recursos no son asignados a la lucha contra la pobreza extrema y la frágil infraestructura que caracteriza a estos países. La comunidad internacional no puede permanecer de brazos cruzados y permitir que líderes corruptos participen impunemente en conductas delictivas o que gocen de su riqueza malhabida.

Si bien es imposible de determinar la magnitud exacta del producto de la corrupción que circula en la economía mundial, las estimaciones demuestran la gravedad y extensión del problema. Se estima que el producto del delito, la corrupción y la evasión de impuestos representa entre US\$ 1 billón y US\$ 1,6 billones anualmente, con la mitad proveniente de países en desarrollo.⁵ Estas estimaciones no reflejan los costos de la corrupción para la sociedad ni el impacto devastador de estos delitos en los países víctimas. El robo de activos por parte de funcionarios corruptos debilita la confianza en instituciones públicas, socava el clima para inversión privada y reduce los fondos disponibles para inversiones básicas en salud pública, educación y otras medidas de mitigación de la pobreza.⁶

Debido a los miles de millones de dólares robados por dirigentes políticos y otros directivos de alta jerarquía en jurisdicciones en desarrollo, el Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) crearon la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) en 2007 para ayudar a los países a recuperar y restituir estos activos robados a las jurisdicciones víctimas. La Iniciativa StAR se centra en aquellos casos en que los dirigentes corruptos, otros funcionarios y sus allegados son responsables del robo de millones o miles de millones de dólares. Esta gran corrupción normalmente se deriva de robo, malversación, soborno y otras conductas delictivas. Si bien la Iniciativa StAR no se dedica a corrupción menor y leve, sí reconoce que algunas de las recomendaciones detalladas en este estudio pueden ayudar a aumentar la efectividad de los profesionales en la investigación y enjuiciamiento de todo tipo de corrupción.

5. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Iniciativa StAR para la Recuperación de Activos Robados: Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción” (Washington, DC: Banco Mundial 2007), citando a Raymond Baker, *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System* (Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Inc., 2005).

6. ONUDD y el Banco Mundial, “Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Desafíos, Oportunidades y Plan de Acción”, p.9

Los funcionarios que apoyan la Iniciativa (StAR) estiman que nada más que \$ 5 mil millones de activos robados fueron repatriados en los últimos 15 años. La enorme brecha entre las estimaciones más bajas de activos robados y activos repatriados demuestra las dificultades significativas que afrontan las jurisdicciones para lograr justicia para las víctimas de la corrupción. Un examen más minucioso demuestra que estas dificultades suponen impedir que activos sean sacados de jurisdicciones víctimas; impedir que activos robados sean introducidos en centros financieros; e identificar y rastrear activos. Otra gran dificultad es lograr cooperación internacional en las múltiples facetas de identificación y recuperación de activos robados. Las personas expuestas políticamente (PEPs), o las personas que ocupan cargos públicos prominentes, otros funcionarios y sus allegados suelen acceder fácilmente a los “guardianes de entrada”, tales como instituciones y servicios financieros y otros profesionales del sector, que les ayudan a disimular el origen de los activos robados y las identidades de los beneficiarios reales. La ineficacia de los regímenes contra el lavado de dinero ineficaces y la débil ejecución de medidas preventivas permite que PEPs corruptas y sus “guardianes de entrada” laven el producto de la corrupción y lo trasladen de jurisdicciones víctimas a centros financieros tradicionales.

Una vez fuera de la jurisdicción víctima puede ser difícil localizar y recuperar los activos antes de que sean movidos a una tercera jurisdicción o disipados. Se requiere destreza singular, capacidad, recursos y cooperación y coordinación internacional oportuna y efectiva para identificar, rastrear, restringir, decomisar y eventualmente repatriar estos activos. El entorno actual hace que sea muy difícil recuperar activos robados. Incluso con asistencia efectiva, expedita y colaboradora entre jurisdicciones, las diferencias entre jurisdicciones en términos de pruebas requeridas, carga de la prueba, requisitos de notificación y secreto bancario son sólo algunos de los obstáculos que deben afrontar los profesionales. Abordar estas barreras e implementar las recomendaciones contenidas en este estudio son pasos importantes que deben tomar las jurisdicciones para restituir miles de millones de dólares robados a las jurisdicciones víctimas y utilizarlos para combatir la pobreza y promover el estado de derecho.

En los últimos años la recuperación de activos robados ha recibido mucha atención de parte de la comunidad internacional. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), con 140 gobiernos signatarios y otras 147 jurisdicciones signatarias, es el primer instrumento mundial que consagra la recuperación de activos robados en el derecho internacional.⁷ Obliga a los Estados Parte a asistir a los Estados víctimas de la corrupción congelando, decomisando y restituyendo cualquier producto de la corrupción depositado en sus respectivas jurisdicciones. La UNCAC también provee una base jurídica para abordar los desafíos principales de la recuperación de activos, tales como las investigaciones internacionales y las diferencias entre tradiciones de derecho anglosajón y derecho civil, los procedimientos de decomiso y la doble incriminación (requisito de que la corrupción sea reconocida como delito penal en ambas jurisdicciones). La UNCAC también establece la restitución de los activos

7. El número de signatarios a partir del 1 de septiembre de 2010. La UNCAC fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

robados como principio fundamental y requiere que los Estados Parte se presten la mayor cooperación y asistencia posible en este sentido.⁸

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC) es otra herramienta útil para combatir la corrupción. La UNTOC entró en vigor el 29 de septiembre de 2003 y es el principal instrumento internacional específicamente diseñado para luchar contra organizaciones delictivas a nivel internacional que también están involucradas en el robo y lavado de bienes públicos. Entre otras cosas, la UNTOC requiere que los Estados Parte adopten sistemas integrales para prestarse asistencia legal mutua (asistencia legal mutua) y cooperación entre autoridades garantes del cumplimiento de la ley.

Además, el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI), organismo intergubernamental establecido en 1989 para promover e implementar políticas nacionales e internacionales para combatir el lavado de dinero, ha formulado una serie de recomendaciones internacionalmente respaldadas para implementar medidas efectivas contra el lavado de dinero. Si bien las recomendaciones del GAFI no tienen la fuerza de un convenio internacionalmente vinculante, muchos países se han comprometido políticamente a implementarlas. Sin embargo, debido a que muchos países no cumplen a cabalidad con estas recomendaciones, recientemente el GAFI publicó un informe sobre las mejores prácticas de decomiso (Recomendaciones 3 y 38 del GAFI), con recomendaciones específicas y prácticas para mejorar la identificación, el rastreo y la evaluación de los bienes que pueden ser objeto de decomiso.

A pesar de las numerosas medidas adoptadas por los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para convertir estos compromisos en acción, aún existen barreras significativas para la recuperación de activos. En el contexto de estos desafíos prácticos, en 2009 la Iniciativa StAR lanzó este estudio con el propósito de identificar y analizar las barreras que impiden la recuperación de activos robados. La recuperación de activos y la asistencia legal mutua son elementos esenciales de los esfuerzos internacionales para combatir la corrupción, pero con frecuencia son malinterpretados. Algunos de los temas tratados en este estudio han sido analizados en trabajos anteriores⁹ y están sujetos a las convenciones de la ONU. Sin embargo, los profesionales indicaron que, si bien es excelente el enfoque de la UNCAC de la corrupción y su esfuerzo por abordar la prevención, la tipificación como delito, la cooperación internacional y la recuperación de activos, igualmente ellos dependen primariamente de tratados bilaterales y del ordenamiento jurídico nacional para cooperación internacional día-a-día y esfuerzos de recuperación de activos. Los profesionales añadieron que los tratados bilaterales suelen ser más explícitos que la UNCAC sobre cómo dos Estados cooperarán entre sí y, además, los ordenamientos jurídicos nacionales suelen ser más explícitos y mejor conocidos por los profesionales. Generalmente la asistencia legal

8. UNCAC, Artículo 51.

9. Ver, por ejemplo, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Web.../FATF_BPR3&38.pdf; <http://www.u4.no/themes/uncac/report.cfm>; y <http://www.assetrecovery.org>.

mutua comienza con una solicitud de asistencia legal proveniente de otra jurisdicción y, en el contexto de la recuperación de activos, suele tratarse de solicitudes de rastrear, congelar o decomisar el producto del delito y los instrumentos utilizados para cometer el delito. Incluso los profesionales siguen lidiando con dificultades debidas a falta de información sobre los procesos y procedimientos de asistencia legal mutua en distintas jurisdicciones. La falta de información fiable, así como expectativas excesivas o no realizadas, también obstruyen la consecución de una cooperación internacional efectiva. Por lo tanto, los objetivos de este estudio son promover la recuperación de activos mediante la identificación de las barreras reales que impiden que los países cooperen para recuperar activos robados; analizar brevemente el impacto de estas barreras en el trabajo de recuperación de activos; y ofrecer recomendaciones para superar o derribar esos obstáculos.

En un primer momento, la intención de este estudio era centrarse en las barreras en dieciséis centros financieros para ayudar a países en desarrollo con la recuperación de activos.¹⁰ Este abordaje tuvo en cuenta que los Estados víctimas de países en desarrollo tradicionalmente solicitan la asistencia de estas jurisdicciones para recuperar activos saqueados y que estos centros financieros deben desempeñar un papel activo y solidario asistiendo a países en desarrollo a recuperar activos exitosamente.

Sin embargo, el estudio ha demostrado que estos centros financieros recurren cada vez más a otros centros financieros o incluso a Estados víctimas solicitando información y las pruebas necesarias para tomar medidas contra la corrupción en sus propias jurisdicciones. Como resultado, este estudio reconoce que tanto las jurisdicciones “solicitadas” tradicionales (centros financieros que suelen recibir solicitudes de asistencia legal mutua) como las tradicionales jurisdicciones de origen o “solicitantes” (jurisdicciones víctimas que buscan asistencia legal mutua) padecen de muchas de las mismas barreras para la recuperación de activos.

Basados en su experiencia, todos los profesionales que participaron en el estudio indicaron que las recomendaciones del informe no deben centrarse exclusivamente en centros financieros. Asimismo indicaron que era importante que el informe preste asistencia a países en desarrollo en forma de recomendaciones concretas de cómo superar los obstáculos que enfrentan para la recuperación de activos. El equipo del proyecto concuerda con este enfoque que mejor refleja la situación de la recuperación de activos robados. Por otra parte, hay más posibilidad de superar los impedimentos reales de la recuperación de activos viendo las dos caras del problema. Por consiguiente, el estudio evolucionó de la identificación de barreras para la recuperación de activos en centros financieros a un análisis más exhaustivo de todos los obstáculos en todas las jurisdicciones, ya sea Estado víctima o centro financiero, jurisdicción de origen o solicitada.

10. Los dieciséis centros financieros son Canadá; Islas Caimán; Francia; Alemania; Guernsey; RAE de Hong Kong, China; Italia; Japón; Jersey; Liechtenstein; Singapur; España; Suiza; Emiratos Árabes Unidos; Reino Unido y Estados Unidos. Nueve de los dieciséis centros financieros inicialmente incluidos en el estudio han ratificado la UNCAC. (Favor observar que RAE de Hong Kong, China no es parte de la Convención, si bien China lo es. Al igual que con otros convenios, China aplica la UNCAC en RAE de Hong Kong conforme con un mecanismo interno en virtud de la Ley Básica).

Metodología

A fin de garantizar un enfoque práctico, la Iniciativa StAR solicitó que un grupo de profesionales de la recuperación de activos robados en países desarrollados (los centros financieros tradicionales) y en países en desarrollo (por lo general las jurisdicciones víctimas) ayude al equipo de este estudio a identificar las barreras para la recuperación de activos y a evaluar las recomendaciones para superar estas trabas. Estos profesionales, provenientes tanto de jurisdicciones de derecho anglosajón como de derecho civil, contaban con experticia en las diferentes fases del proceso de recuperación de activos e incluían a agentes responsables del cumplimiento de la ley, funcionarios de cancillerías, fiscales, abogados privados y magistrados investigadores.¹¹ El equipo de este estudio realizó cuatro talleres: el primero con la presencia de profesionales de los centros financieros tradicionales,¹² seguido por dos reuniones regionales para profesionales de países que históricamente han presentado solicitudes de asistencia legal mutua,¹³ y un último taller que reunió a profesionales de jurisdicciones solicitadas y solicitantes.¹⁴ Adicionalmente, los integrantes del equipo realizaron visitas de país a algunos centros financieros que no pudieron participar en talleres, reuniéndose con los profesionales competentes para analizar el estudio y los impedimentos que afrontaron en su trabajo.¹⁵ La experticia, experiencia práctica y discusiones sinceras de más de 50 profesionales definieron los pilares de este estudio. Investigaciones independientes también ayudaron a sentar las bases para análisis y recomendaciones.

A fin de ofrecer un ambiente propicio para un diálogo franco, todos los talleres y las visitas de país se llevaron a cabo con el entendido de que no se centraría la atención en una jurisdicción en particular por presentar tal o cual barrera específica para la recuperación de activos. Si bien a veces se analizaban ejemplos más detalladamente en el proceso de análisis y redacción, el informe fue redactado sin hacer referencia a jurisdicciones específicas. A pesar de que este abordaje elimina cierta particularidad y especificidad, el propósito de este estudio es aprovechar la experticia y los conocimientos de profesionales de todo el mundo, no llamar la atención a una jurisdicción en particular. El

11. Los profesionales de Argentina; Azerbaiyán; Bangladesh; Belice; Brasil; Camerún; Canadá; Islas Caimán; Chile; Colombia; Costa Rica; Ecuador; Francia; Alemania; Guatemala; Guernsey; Haití; RAE de Hong Kong, China; Indonesia; Jersey; Kenia; Liechtenstein; México; Países Bajos; Nigeria; Filipinas; Singapur; San Cristóbal y Nieves; Santa Lucía; Suiza; Tanzania; Trinidad y Tobago; Reino Unido; Estados Unidos; Uruguay y Zambia asistieron a uno o más talleres o participado en una visita a países por los integrantes del grupo de trabajo equipo encargado de preparar el estudio. Un país inicialmente identificado por el equipo del proyecto en la nota conceptual no aceptó participar.

12. Los profesionales procedían de Francia; Alemania; Guernsey; RAE de Hong Kong, China; Jersey; Liechtenstein; Suiza; Reino Unido; y Estados Unidos.

13. Los profesionales procedían de Argentina; Azerbaiyán; Bangladesh; Belice; Bolivia; Brasil; Camerún; Chile; Colombia; Costa Rica; Ecuador; Grenada; Guatemala; Haití; Indonesia; México; Marruecos; Nigeria; Panamá; Paraguay; Perú; Filipinas; San Cristóbal y Nieves; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Tanzania; y Trinidad y Tobago.

14. Los profesionales procedían de Azerbaiyán; Bangladesh; Brasil; Camerún; Canadá; Islas Caimán; Chile; Francia; Guernsey; Haití; Indonesia; Kenia; Liechtenstein; México; Nigeria; Filipinas; San Cristóbal y Nieves; España; Suiza; Tanzania; Reino Unido y Zambia.

15. Se realizaron visitas a Islas Caimán, Italia, Japón y Singapur.

equipo agradece a todos los profesionales que participaron en el estudio por su predisposición a compartir sus conocimientos y experiencia, y a dedicar tiempo y energía a este proyecto. En general, hubo consenso sobre casi todas las barreras y recomendaciones contenidas en este trabajo. Donde faltó consenso, los autores del informe buscaron reconocer e identificar todos los puntos de vista planteados.

La Secretaría de la Iniciativa StAR agradece al Gobierno de Suiza por su asistencia como coanfitrión del taller final como parte de la iniciativa en curso del gobierno suizo con relación a la recuperación de activos, conocida como el Proceso de Lausana.

El Proceso de Lausana

Activos de origen ilícito en poder de funcionarios corruptos no sólo afectan a economías en desarrollo, sino que también ponen en jaque la integridad de centros financieros internacionales. Ante una serie de casos complejos de activos robados colocados en bancos suizos, el gobierno suizo decidió buscar soluciones nuevas y pragmáticas para restituir los bienes a sus países de origen. Dada la ausencia de un foro internacional dedicado al análisis de aspectos jurídicos y políticos de la recuperación de activos, Suiza inició el proceso de los seminarios de Lausana.

En enero de 2001, el gobierno suizo invitó a autoridades y expertos de distintos centros financieros al primer seminario de Lausana para debatir cuestiones relacionadas con activos ilícitos y funcionarios corruptos. Los profesionales intercambiaron formas innovadoras de resolver los problemas relacionados con la recuperación de activos robados. La reunión también puso de manifiesto la importancia de los contactos directos entre los principales actores de casos de recuperación de activos, así como la importancia de establecer relaciones personales de confianza. En noviembre de 2001 se organizó un seminario de seguimiento que resultó ser un encuentro importante en el contexto de las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que recién habían comenzado. Con el tiempo, el Artículo 57 de la UNCAC sería la primera disposición legal a nivel internacional en obligar a los Estados Parte a restituir y disponer de los activos recuperados.

En octubre de 2006, *Lausana III* reunió por primera vez a expertos de los denominados Estados víctimas, u originarios; es decir, Estados que perdieron fondos por causa de la corrupción y que, por lo tanto, solicitaban asistencia legal mutua, y los Estados receptores o solicitados a los cuales se suele *solicitar* asistencia legal mutua. Representantes del Banco Mundial y Naciones Unidas también asistieron a los debates sobre la implementación del Artículo 57. Varios casos de alto perfil, incluyendo los de Ferdinand Marcos de Filipinas, el General Sani Abacha de Nigeria, Jean Claude Duvalier de Haití, Sese Seko Mubutu de la República Democrática del Congo y Vladimiro Montesinos del Perú, proporcionaron experiencia suficiente para dar lugar a un debate constructivo de los principales obstáculos prácticos y jurídicos para la recuperación de activos

robados.¹⁶ En general los participantes convinieron en que una estrecha colaboración y cooperación mutua activa entre Estados originarios y solicitados son prerequisites de la recuperación exitosa de activos robados.

Lausana IV, celebrada en mayo de 2008, se centró en ejemplos concretos de recuperación de activos exitosos y malogrados. Representantes familiarizados con casos específicos resaltaron los obstáculos enfrentados. El debate sobre procedimientos específicos desde los puntos de vista opuestos de Estados originarios y Estados solicitados profundizó la comprensión de las barreras existentes. Los participantes también reiteraron la importancia de la voluntad política de ambas partes, de los contactos directos entre los principales profesionales que trabajan en la recuperación de activos, y la necesidad de una comunicación clara y continua para superar las diferencias entre sistemas jurídicos – en particular entre jurisdicciones de derecho anglosajón y derecho civil – para evitar las frustraciones causadas por percepciones erróneas o expectativas exageradas.

Debido a que tanto Suiza, sobre la base del proceso de Lausana, y la Iniciativa StAR enfatizan la corresponsabilidad de Estados originarios y Estados solicitados en la solución de casos de recuperación de activos, decidieron unir sus fuerzas para organizar conjuntamente el taller final y dedicarlo a la preparación de este estudio StAR, con propósito de identificar y analizar las barreras que impiden la recuperación de activos robados. Ese taller se convirtió en *Lausana V* (del 29 al 30 de abril, 2010) del proceso de Lausana.

Hace casi 10 años el primer seminario de Lausana constituyó uno de los primeros foros mundiales para debatir temas relacionados con la recuperación de activos. Cuando inició este proceso, Suiza buscaba comenzar un debate a nivel internacional, proveer una plataforma para intercambiar experiencias de manera informal, y desarrollar la confianza y crear redes de contactos entre profesionales y expertos. Con el tiempo, se generó un cierto “espíritu de Lausana” – sinónimo de intercambios francos y clara voluntad política de implementar y promover la recuperación de activos robados.

Cómo utilizar este estudio

Este estudio identifica las barreras para la recuperación de activos y ofrece recomendaciones para la reforma de políticas, procesal y legislativa que, de aprobarse, proveerá herramientas necesarias a los investigadores y profesionales para que gestionen los casos de recuperación de activos con efectividad.¹⁷ El informe también incluye recomendaciones prácticas dirigidas a directivos y profesionales para mejorar la

16. Para obtener información sobre Abacha, Duvalier, Mobutu y Montesinos, ver, respectivamente: <http://www.assetrecovery.org/kc>; <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703954804575380942951459772.html>; http://www.baselgovernance.org/fileadmin/docs/.../asset-tracing_web-version.pdf; y <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB37>.

17. En general, el análisis y las recomendaciones se refieren únicamente al producto de delitos relacionados con corrupción e intentos de recuperar y restituir esos activos a jurisdicciones víctimas. Sin embargo, este informe hace referencia a “producto del delito” donde un término general es más apropiado.

comunicación y comprensión de las diferencias entre sistemas jurídicos de jurisdicciones de origen y solicitadas.

Los responsables de la formulación y ejecución de políticas y los emisores de normas podrán utilizar las recomendaciones y buenas prácticas para informar los esfuerzos de reforma legislativa y asignar recursos suficientes a organismos y profesionales. La efectividad del estudio, en particular sus recomendaciones principales, será mayor si se incorpora como parte de una iniciativa de política sostenida, formando parte de una estrategia integrada dirigida principalmente a reducir la corrupción, y que cuenta con objetivos claramente definidos y recursos específicos. Estas estrategias de política logran mayor éxito cuando son adoptadas por directivos de alta jerarquía quienes las promueven públicamente como estrategia nacional. Las declaraciones públicas realizadas por estas autoridades ponen de manifiesto el compromiso y fomentan la rendición de cuentas, sobre todo cuando un elemento activo de la sociedad civil está comprometido con esta problemática.

Las principales recomendaciones están formuladas de manera que las jurisdicciones puedan utilizarlas como parámetro para evaluar la consecución de sus metas estratégicas y de política pública. Además, el estudio podría resultar útil para las partes de la UNCAC, en el marco de la próxima revisión en 2015, para estimar el grado de éxito logrado en la implementación de la UNCAC. En algunos casos, el estudio observa Estados Parte que están en falta respecto de la incorporación de la UNCAC en el derecho interno, y en otros casos señala fracasos en la implementación y utilización de la convención en la práctica.

Un propósito secundario de este estudio es exponer a profesionales de todas las jurisdicciones a problemas con los que se topan sus colegas extranjeros y nacionales para recuperar activos e introducir soluciones conducentes a operativos de recuperación de activos más exitosos. También se puede utilizar el estudio, en particular sus recomendaciones operativas y sus buenas prácticas, en programas de capacitación y educación para profesionales. Este estudio está disponible en línea en el sitio web de la Iniciativa StAR (<http://www.worldbank.org/star>) para ayudar a poner en relieve estas barreras y concienciar al público sobre la problemática. El estudio puede ayudar a organizaciones de la sociedad civil y a personas a comprender mejor cuál es la situación de la recuperación de activos a nivel internacional, y utilizarse como herramienta para evaluar la recuperación de activos en su jurisdicción, incluyendo los esfuerzos (o la falta de los mismos) para reducir las barreras identificadas por el estudio.

Si bien la cantidad de barreras y recomendaciones puede parecer abrumadora, muchos cambios son relativamente sencillos y, una vez implementados, ejercerán un efecto positivo significativo mejorando la recuperación de activos robados. En muchos casos, el marco ya existe en los instrumentos y normas internacionales como la UNCAC, la UNTOC y las recomendaciones del GAFI, pero se requiere implementación práctica y cambios operativos para dar plena vigencia a estas normas en la práctica.

Después de esta introducción, el informe se divide en tres secciones principales. La primera describe las barreras generales y cuestiones institucionales que abordan muchas barreras diferentes y ejercen un efecto general sobre la problemática. La segunda se centra en las barreras y requerimientos legales que demoran, o bien imposibilitan, asistencia en la recuperación de activos robados. La tercera sección es más práctica y se refiere a cuestiones operativas y de comunicación que enfrentan los profesionales en cuestión.

Muchas de las recomendaciones detalladas en este estudio están vinculadas a normas internacionales vigentes - ya sea de convenciones de la ONU o recomendaciones del GAFI. Se hacen algunas recomendaciones para apoyar una mejor implementación de estas normas ya vigentes, tales como mejor ejecución de las medidas contra el lavado de dinero. Algunas de las recomendaciones piden que se consideren nuevas normas internacionales, tales como establecimiento de registros bancarios nacionales para retener información sobre la identificación de las cuentas, incluyendo beneficiarios reales y apoderados; introducción de herramientas que permitan - antes de la recepción de la solicitud formal de asistencia legal mutua - congelamiento administrativo temporal de activos de 72 horas por lo menos, congelamiento por una autoridad competente, o congelamiento automático al momento de la imposición de cargos o detención; nuevas reformas legislativas en apoyo a la capacidad de las autoridades de restringir y decomisar activos robados; nuevas leyes o políticas que permitan a autoridades extranjeras competentes acceder a cierta información sin necesidad de solicitud formal de asistencia legal mutua; requisito de que las jurisdicciones provean cierta información sobre cuestiones de asistencia legal mutua en línea; y requisito de que las jurisdicciones implementen y mantengan registros de empresas y catastrales a disposición del público, así como registros de organizaciones sin fines de lucro.

Barreras Generales y Cuestiones Institucionales

Barrera 1: Falta de confianza

Una relación de confianza entre las partes es importante para garantizar una cooperación internacional exitosa y dinámica en cada etapa de la recuperación de activos, ya sea para recabar e intercambiar datos de inteligencia, recopilar pruebas para su utilización en la investigación o enjuiciamiento, o el congelamiento, incautación, decomiso, y repatriación del producto de la corrupción.¹⁸ La falta de confianza puede causar retrasos o incluso la negativa a prestar asistencia a jurisdicciones de origen que buscan recuperar activos robados. La falta de confianza puede ser particularmente problemática en casos con asuntos urgentes, o cuando los sistemas jurídicos, políticos o judiciales de las jurisdicciones son muy diferentes.

Un informe publicado el 23 de agosto de 2010 por la Comisión Europea muestra cómo la falta de confianza puede entorpecer los esfuerzos de recuperación de activos, incluso en países que acordaron cooperar con anterioridad. Conforme al informe, la mitad de los países miembros de la Unión Europea (UE) aún no han establecido regulaciones para decomisar activos delictivos ubicados en otros países, a pesar de que, desde 2006, la normativa de la UE que permite a países miembros hacerlo (Decisión Marco del Consejo 2006/783/JHA90).¹⁹ El informe señala que “la deficiente implementación y burocracia, que suelen reflejar falta de confianza en los sistemas judiciales de otros países, siguen dificultando la recuperación de activos delictivos. Consiguientemente, indica el informe, los activos de una organización delictiva enjuiciada en un país de la UE estarán a salvo si se encuentran en otro país de la UE. El informe recomienda que “la normativa de la UE ... permita a las autoridades judiciales solicitar que sus homólogos en otros Estados Miembros ejecuten órdenes de decomiso.»²⁰

18. La importancia de la confianza también ha sido repetidamente reconocida por la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC y su Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre recuperación de activos, y por el proceso de Lausana. Ver Resolución 1/4, Resolución 2/3 y Resolución 3/3, todas en línea en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/working-group2.html>.

19. “La Comisión Europea exhorta a 14 Estados Miembros de la UE a garantizar que el delito transfronterizo no reditúe”, comunicado de prensa IP/10/1063, 23 de agosto de 2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>. Según la normativa de la UE, un país de la UE puede enviar una orden de decomiso al país donde el sujeto de la orden reside, o tiene bienes o ingresos. Este país lleva a cabo el decomiso directamente conforme a su propia normativa nacional, sin que medie otra formalidad.

20. *Ibíd.*

En un comunicado de prensa Viviane Reding, vicepresidenta de la Comisión Europea de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, afirmó “en tiempos de crisis económica es lamentable que los Estados Miembros de la UE están permitiendo que se fuguen activos de delincuentes sentenciados por valor de miles de millones de euros sin que sean interceptados. Esto sucede a pesar de que los gobiernos acordaron medidas de decomiso hace cuatro años.” Reding subrayó que “en el futuro, debemos fijar normas más claras, aplicación y ejecución más coherentes y, sobre todo, confianza entre sistemas judiciales. Mientras tanto, convoco a los Estados Miembros a que implementen normativa contra la delincuencia de tal modo que las autoridades judiciales puedan trabajar juntas y efectivamente recuperar las ganancias malhabidas de los delincuentes.”²¹

En los casos internacionales de recuperación de activos, el éxito suele depender de la capacidad de las autoridades competentes de tomar medidas investigativas o provisionales urgentes para obtener pruebas o incluso activos, incluyendo allanamientos o incautaciones, detenciones, órdenes de monitoreo, otras técnicas investigativas, y el congelamiento de activos.²² En un mundo en que los fondos depositados en cuentas bancarias pueden ser transferidos fácilmente vía electrónica, incluso una breve demora puede marcar la diferencia entre una recuperación exitosa o fallida. Para solucionar esta situación, algunas jurisdicciones tienen la capacidad, a través de sus Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs) u otros organismos, de congelar temporalmente los activos por un máximo de 72 horas como medida de emergencia basada en información telefónica y por fax, cuando las autoridades solicitantes envían una solicitud oficial de seguimiento de manera oportuna. En caso de prestar asistencia en tales circunstancias, las autoridades de las jurisdicciones solicitadas deben confiar que sus homólogos están comprometidos a prontamente suministrar toda la documentación necesaria para justificar sus solicitudes, a evitar el uso indebido de la información provista, y a garantizar que sus propias solicitudes de información adicional serán cumplidas. Del mismo modo, las jurisdicciones pueden proveer información a condición de que no se utilice para enjuiciar otros delitos o entablar otros procesos penales o administrativos.²³ A veces las jurisdicciones solicitadas vacilan o se niegan a proveer esta información si dudan de la capacidad de las autoridades solicitantes de llevar a término su iniciativa. En caso de que las jurisdicciones de origen no cumplan sus promesas a las jurisdicciones solicitadas, ciertos canales de asistencia legal mutua (asistencia legal mutua), especialmente asistencia informal y expedita, quedarán bloqueados y posiblemente serán denegados en el futuro debido a falta de confianza en la relación. Los profesionales indicaron que dicha asistencia expedita también puede ser denegada si, en el pasado, información fue filtrada a los medios de comunicación o utilizada de manera indebida en procesos abusivos con el propósito de desacreditar a alguna personalidad política.

La falta de confianza también puede ser una barrera a la asistencia legal mutua cuando el proceso abarca jurisdicciones con sistemas políticos, judiciales o jurídicos muy diferentes. Un país solicitado que implementa medidas para cumplir con lo que considera

21. *Ibíd.*

22. Según estipulado en la UNCAC, Artículo 54 (2).

23. Según estipulado en la UNCAC, Artículo 46 (5).

son requisitos de debido proceso, marcos jurídicos nacionales de aplicación general o garantías de derechos humanos, puede ser visto por la jurisdicción de origen como bloqueando indebidamente la cooperación. Por ejemplo, las autoridades solicitadas pueden dudar o negarse a prestar asistencia cuando dudan que la jurisdicción de origen proveerá garantías de proceso justo a los acusados. Extradiciones han sido denegadas o demoradas porque las autoridades solicitadas consideraron que los acusados podrían ser maltratados por sus homólogos en la jurisdicción de origen.²⁴ En otros casos, jurisdicciones solicitadas otorgaron asilo político a imputados de malversación de fondos en la jurisdicción de origen. Del mismo modo, las jurisdicciones solicitadas pueden vacilar o negarse a prestar asistencia legal mutua cuando las solicitudes provienen de organismos garantes del cumplimiento de la ley o de lucha contra la corrupción cuya autoridad para solicitar asistencia no es reconocida por la jurisdicción solicitada. La negativa a realizar investigaciones en representación de jurisdicciones de origen también puede estar relacionada con la percepción de que sus ordenamientos jurídicos prevén sanciones desproporcionadas, tales como pena de muerte.

Cuando la falta de cooperación se debe a diferencias en los sistemas jurídicos, políticos y judiciales entre las jurisdicciones, las jurisdicciones solicitadas deben fomentar la confianza evaluando con probidad cada solicitud de asistencia legal mutua y comunicándose con la jurisdicción de origen en un esfuerzo por lograr la mejor coordinación posible. Una clara comunicación desde el principio entre ambas jurisdicciones puede mitigar significativamente los desafíos causados por diferencias entre los sistemas debido a que el contexto de cada caso puede orientar sobre las diferencias legislativas, jurídicas y políticas específicas que deben ser abordadas por la asistencia legal mutua para seguir adelante. Análisis de los borradores de solicitudes de asistencia legal mutua por profesionales apropiados de la jurisdicción solicitada antes de su presentación puede ayudar a mitigar problemas potenciales.

Cualquier duda sobre incumplimiento del debido proceso por parte de la jurisdicción de origen debe ser examinada por los tribunales de la jurisdicción solicitada. Los derechos al debido proceso ciertamente son importantes, y no cumplir con el debido proceso es razón válida para denegar una solicitud de asistencia legal mutua. Sin embargo, las jurisdicciones solicitadas deben examinar las circunstancias de cada caso minuciosamente antes de determinar, con motivos específicos y expresables, que no se cumplió el debido proceso (ver Barrera 22). Una buena comunicación entre las dos jurisdicciones podría permitir por lo menos que proceda una asistencia legal mutua parcial. Para fomentar aún más la confianza, las jurisdicciones solicitadas deben esforzarse al máximo por evitar denegación de asistencia legal mutua basada exclusivamente en diferencias en el sistema jurídico y judicial, salvo cuando razones jurídicas precisas y sólidas de la jurisdicción imponen dicha negativa. Si se impone una negativa, la

24. Conforme al principio *aut dedere, aut judicare* (la obligación establecida en el derecho público internacional de extraditar o enjuiciar por graves delitos internacionales), si un país decide no extraditar por motivos distintos de los admitidos en el derecho internacional consuetudinario, entonces debe entablar enjuiciamiento interno. Estas decisiones, sin embargo, deben ser transparentes, y la divulgación completa de las razones debe estar a disposición del país solicitante.

jurisdicción de origen debe ser informada y se le debe brindar la posibilidad de demostrar la inexistencia de tales motivos para denegar la solicitud, tal como establece la UNCAC.²⁵

Puede ser particularmente difícil fortalecer la confianza donde no existe relacionamiento previo. Los profesionales sugirieron que las jurisdicciones solicitadas y de origen que intentan trabajar juntas por primera vez deben esforzarse por concretar contactos personales entre las autoridades de ambas jurisdicciones y realizar un trabajo continuo para avanzar el caso, acciones que a su vez ayudarán a desarrollar una relación de confianza. Establecer y mantener contactos personales tiene sus propios desafíos, incluyendo la identificación de los contactos apropiados y abordajes efectivos para concretar la cooperación (ver Barrera 21). Impedimentos adicionales para países en desarrollo son la falta de acceso a teléfonos para llamadas internacionales, la falta de equipos informáticos con acceso a Internet, y una falta de recursos para asistir a conferencias que faciliten la creación de una red de contactos. Una vez establecidos, los contactos puede resultar ineficaces si una de las partes es trasladada a otra función en la organización o deja de trabajar para el gobierno.

Expertos en la materia también destacaron la importancia de mantener contactos a nivel institucional. El fortalecimiento y el mantenimiento de contactos significativos entre organismos puede servir como base para sólidas relaciones profesionales entre organismos responsables y ayudar a mantener la relación cuando funcionarios claves asumen otras funciones. Una vez concretado el contacto inicial, se deben poner en marcha acuerdos para establecer una comunicación regular. Cuando una jurisdicción es un país en desarrollo y la otra no lo es, la jurisdicción del país desarrollado podría iniciar una comunicación a intervalos regulares para ayudar a cubrir los costos y atenuar otras barreras existentes en los países en desarrollo. Ambas jurisdicciones se benefician de un arreglo así puesto que se mantienen al día sobre el progreso de la solicitud de asistencia. Las jurisdicciones desarrolladas también podrían considerar la posibilidad de proveer tecnología y equipo de comunicaciones a jurisdicciones en desarrollo para mejorar la comunicación, especialmente para investigaciones de recuperación de activos robados complejas y de alto perfil.

Las jurisdicciones también deben utilizar magistrados de enlace y agregados policiales y aduaneros para promover la cooperación entre autoridades centrales y contactos directos entre fiscales competentes, jueces, oficiales de enlace de la UIF y la policía. Estos contactos coinciden con la UNCAC que requiere que los Estados cooperen, entre otros, considerando la designación de oficiales de enlace para mejorar la coordinación entre autoridades.²⁶

Los profesionales de asistencia legal mutua en todas las jurisdicciones deben aprovechar todas las oportunidades para ampliar el alcance de sus contactos personales, incluyendo, por ejemplo, el grupo de trabajo de recuperación de activos de la

25. UNCAC, Artículo 46(26).

26. UNCAC, Artículo 48(1)(e).

UNCAC. Redes y grupos que trabajan en la recuperación de activos, como CARIN, ARINSA y IberRed,²⁷ ayudan a establecer redes de contactos que pueden fungir como grupos de asesoramiento para otras autoridades apropiadas y promover la confianza en todas las jurisdicciones. Tanto el contacto cara-a-cara como el intercambio espontáneo de información e inteligencia fueron identificados como medios efectivos para fortalecer la confianza entre profesionales.²⁸ El intercambio espontáneo de información se produce cuando una jurisdicción descubre información en una investigación interna que sugiere que los activos pueden haber sido obtenidos ilegalmente de otra jurisdicción, y transmite esa información a la jurisdicción víctima sin que medie solicitud formal alguna. Debido a que este intercambio espontáneo es una manera efectiva de fortalecer la confianza entre dos jurisdicciones con poca o ninguna experiencia de trabajo conjunto, las jurisdicciones deben promulgar disposiciones específicas, tales como memorandos de entendimiento, para dar cabida a este tipo de intercambio, y también podrían considerar que dicho intercambio sea obligatorio.

Las jurisdicciones deben promover contacto directo entre profesionales de institución-a-institución y establecer registros de profesionales periódicamente actualizadas. Las jurisdicciones deben formular políticas que permitan el acceso de profesionales de otras jurisdicciones a dichos registros en un esfuerzo por agilizar la cooperación y fortalecer los contactos y la confianza entre instituciones.

Recomendaciones de Política

- a) Una jurisdicción solicitada no debe denegar una solicitud de asistencia legal mutua por razones de debido proceso a menos que cuente con pruebas precisas y sólidas de que la jurisdicción de origen no ha garantizado el debido proceso a los inculpados.
- b) Los países desarrollados deben considerar cubrir los costos de la comunicación con jurisdicciones de países en desarrollo relacionada con solicitudes de asistencia para recuperación de activos robados; los países desarrollados también podrían proveer tecnología y equipo de comunicaciones a las jurisdicciones en desarrollo.

27. CARIN (Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden) es un grupo informal y red de contactos de miembros, en su mayoría europeos, cuyo objetivo es aumentar la efectividad de los esfuerzos de sus miembros para privar a los delincuentes de sus ganancias ilícitas. Lanzado en 2009, ARINSA (Red Interinstitucional de Recuperación de Activos Red Interinstitucional para África Meridional) es una red similar a CARIN. Actúa como puerta de entrada informal para comunicación y coordinación entre autoridades para la recuperación de activos. IberRed (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional) es una red de recuperación de activos que trabaja principalmente en América Latina, España, Andorra y Portugal.

28. En noviembre de 2009 la tercera sesión de la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC recomendó que los Estados adopten un enfoque proactivo a la cooperación internacional para la recuperación de activos, entre otros, iniciando solicitudes de asistencia y realizando divulgaciones espontáneas a otros Estados con información sobre ganancias ilícitamente obtenidas: Resolución 3/3 en www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones solicitadas deben implementar políticas y procedimientos que garanticen la transparencia al tratar con autoridades solicitantes y requerir que se divulguen las razones de la denegación de una solicitud de asistencia legal mutua a la jurisdicción de origen; también deben dar a la jurisdicción de origen la oportunidad de demostrar que el inculpado recibió el debido proceso.
- b) Para ayudar a fortalecer la confianza entre jurisdicciones, los países desarrollados deben establecer políticas y procedimientos que faciliten el establecimiento de contactos personales entre autoridades solicitantes y solicitadas. En particular, se deben establecer magistrados de enlace, oficiales de enlace de la UIF y agregados policiales o aduaneros^a para promover una mayor cooperación entre autoridades centrales y contactos directos entre fiscales, jueces o agentes del orden público competentes.
- c) Las jurisdicciones deben proveer recursos adecuados para permitir que sus funcionarios asistan a reuniones y foros internacionales importantes y establezcan contactos con sus homólogos a nivel bilateral.
- d) Las jurisdicciones deben participar en y explotar redes y grupos de recuperación de activos, como CARIN, ARINSA y IberRed, para fortalecer las relaciones con profesionales en otras jurisdicciones.
- e) Las jurisdicciones deben establecer políticas y procedimientos que permitan a los profesionales establecer contactos y vías de comunicación interinstitucional efectiva, incluyendo mantener datos de contactos en los sistemas corporativos. Estos sistemas deben ser actualizados regularmente.

a. Por ejemplo, los Estados Unidos, tiene agregados del FBI, la DEA, la Oficina de Inmigración y Aduanas de EEUU, el Servicio de Impuestos Internos de EEUU y el Servicio Secreto de EEUU en muchas embajadas en el exterior. Francia, Alemania, Japón y el Reino Unido también tienen agentes policiales y aduaneros, y magistrados de enlace en otros países.

Barrera 2: Falta de una política integral para la recuperación de activos

El término “voluntad política” es uno de los más esquivos y ambiguos que se debaten en foros internacionales. En el contexto de este informe, el concepto se refiere a la intención demostrada y creíble de actores políticos, funcionarios públicos y órganos del Estado de combatir la corrupción y recuperar y repatriar activos robados. Si bien es difícil de definirla con precisión, es posible que esta intención sea la condición previa más relevante para lograr una cooperación internacional exitosa y efectiva en casos de recuperación de activos. Un país con una estrategia efectiva de lucha contra la corrupción y recuperación de activos robados proveerá recursos suficientes a los organismos pertinentes y creará incentivos para que los profesionales asignen prioridad a estos casos. En un entorno así, los profesionales encontrarán maneras creativas y no convencionales, pero siempre legales, de superar los obstáculos presentes en el sistema para lograr cierta medida de justicia.

Los profesionales reconocieron la falta de una política clara como una barrera presente en muchas jurisdicciones desarrolladas y en desarrollo, solicitadas y solicitantes. Muchas jurisdicciones carecen del compromiso de iniciar e impulsar casos o de responder adecuadamente a las solicitudes iniciales de asistencia y a las solicitudes de información adicional. Muchas jurisdicciones, incluyendo centros financieros, no enfatizan suficientemente los casos de recuperación de activos y prefieren enjuiciar a un traficante de drogas de poca importancia por lavado de dinero antes que responder a una solicitud de asistencia de otra jurisdicción sobre un caso de corrupción de alto perfil. Los profesionales reconocen que los intereses económicos de un país también pueden diluir la voluntad política para combatir la corrupción. Puede que las autoridades de la jurisdicción solicitada no quieran insistir enérgicamente en una investigación de corrupción y en un trabajo de recuperación de activos que involucre a una empresa grande e influyente ubicada en su país debido a los beneficios económicos que recibe la jurisdicción de la empresa. Todos estos factores reflejan una mezcla de sensibilidades políticas en torno a la recuperación de activos; una falta de prioridad (y por ende negligencia benigna); y una imposibilidad de alinear herramientas, experticia y recursos para sustentar un programa viable de recuperación de activos.

Ante estos desafíos, se le suele asignar menos prioridad a los casos internacionales significativos de recuperación de activos que a asuntos internos rutinarios. También hay indicios que los profesionales en países desarrollados -jurisdicciones cuya asistencia es tradicionalmente solicitada - consideran los casos de recuperación de activos con una suerte de desconfianza. Muchos jueces y fiscales en algunas jurisdicciones desarrolladas siguen considerando la recuperación de activos como una novedad a ser tratada con precaución. Este abordaje cauteloso suele contribuir a una gestión larga e ineficaz de los procesos de repatriación de activos robados, que frecuentemente incluyen cooperación internacional.

Algunas tradiciones jurídicas ven la recuperación de activos estrictamente como una sanción en el marco de una sentencia por un delito precedente (el delito subyacente que genera el producto del delito); este abordaje plantea inquietudes acerca de la proporcionalidad de la recuperación de activos como sanción. Muchos jueces ni siquiera saben que los activos delictivos pueden ser recuperados, y tanto jueces como fiscales no entienden claramente cuál es la filosofía detrás de la recuperación de activos. Debido a este modo de pensar, se asigna baja prioridad a estos casos, y por lo tanto, es poco probable que estas jurisdicciones brinden el compromiso requerido para atender solicitudes de asistencia legal mutua que buscan congelar, incautar o decomisar activos robados, sobre todo cuando no se asignan recursos para capacitar adecuadamente e informar a los profesionales sobre procesos de recuperación de activos. Una situación tal agrava la dificultad de recuperar activos robados.

La falta de una política integral se refleja de manera diferente en jurisdicciones de origen y solicitadas, o en centros financieros y países en desarrollo. Profesionales en el

terreno describieron los siguientes problemas percibidos en jurisdicciones y centros financieros tradicionalmente solicitados.

- Las jurisdicciones solicitadas suelen mantener un régimen y sistemas de asistencia legal mutua insensibles e ineficientes caracterizados por su laboriosidad, lo cual conduce a la no presentación de solicitudes de asistencia.
- Las jurisdicciones de centros financieros no responden o responden insuficientemente a solicitudes de recuperación de activos. Si hay una primera respuesta, ésta puede llegar muchos meses después del envío de la solicitud, lo cual pone en jaque los esfuerzos investigativos por rastrear los activos rápidamente.
- Parece que algunos centros financieros carecen de un verdadero compromiso de prestar asistencia realmente útil, tal como denota su apatía, ineficiencia y falta de profesionales capacitados.
- Los centros financieros suelen asumir una actitud pasiva en lo referente a responder a solicitudes de asistencia legal mutua para la recuperación de activos, si bien cuentan con muchos más recursos y experticia que las jurisdicciones en desarrollo y una mayor capacidad para rastrear, congelar, restringir y decomisar activos.
- Los centros financieros no suelen tardar en encontrar razones, independientemente de cuán triviales sean, para rechazar solicitudes de asistencia legal mutua relacionadas con casos de recuperación de activos.
- Los centros financieros suelen interpretar negativamente la discreción otorgada a las autoridades competentes para denegar solicitudes.²⁹
- Los centros financieros suelen dar prioridad a los casos nacionales por encima de los casos de asistencia legal mutua, lo cual significa que la solicitud de asistencia legal mutua sufre significativamente cuando los recursos de la jurisdicción solicitada son limitados.

Los profesionales también describieron problemas que prevalecen sobre todo en países en desarrollo y jurisdicciones de origen.

- Las jurisdicciones de origen tradicionales, frecuentemente en países en desarrollo, no tienen suficientes profesionales suficientemente calificados con experiencia internacional y comprensión apropiada de convenios y normas internacionales como para presentar solicitudes de asistencia legal mutua con suficiente solvencia legal.
- Las jurisdicciones de origen tradicionales carecen de capacidad suficiente para realizar investigaciones complejas, lo cual suele conducir a solicitudes de cooperación infundadas.
- Algunas jurisdicciones pueden verse en dificultades debido a la falta de independencia de las autoridades investigadoras.

29. UNCAC, Artículo 46(21). Establece que la asistencia legal mutua “puede” ser denegada, pero no establece que asistencia legal mutua “debe” ser denegada si la solicitud corresponde a cualquier de las cuatro categorías enumeradas en esta sección.

- De tanto en tanto las jurisdicciones de origen tradicionales mostrarán una falta de compromiso en lo referente dar respuesta positiva a ofrecimientos de cooperación por un centro financiero tradicional.
- Algunas solicitudes de asistencia legal mutua procedentes de jurisdicciones en desarrollo se presentan simplemente a modo de “cortina de humo” erigida por razones políticas internas e internacionales para un caso que nunca será seriamente encausado.
- Las jurisdicciones en desarrollo no siempre responden positivamente cuando países desarrollados les informan del descubrimiento de activos sospechados de ser producto de actividades delictivas. Esta falta de acción e intención lleva a los países desarrollados a la conclusión de que estas jurisdicciones carecen de voluntad política para dar seguimiento a estos casos. Un profesional sintéticamente declaró que los países en desarrollo deben “mejorar su respuesta”.

Los profesionales reconocieron que los países desarrollados padecen los mismos problemas que impiden el avance de muchos casos de recuperación de activos en países en desarrollo, es decir, la falta de profesionales competentes, la falta de recursos, la falta de experticia y, sobre todo, la falta de verdadero compromiso. En los países desarrollados el compromiso para con la recuperación de activos es particularmente problemático cuando el caso afecta los intereses económicos nacionales.

Los centros financieros tradicionales pueden intentar corregir la deficiencia de recursos y capacidades iniciando sus propias investigaciones valiéndose de una gama de fuentes legítimas, tales como las UIFs, reclamos e informes de los medios de comunicación; y formando y dotando de recursos suficientes a unidades especiales de investigación-enjuiciamiento enfocadas en investigaciones para la recuperación de activos robados. Además, las jurisdicciones con experiencia en recuperación de activos pueden tomar medidas proactivas para fomentar la capacidad de las jurisdicciones de origen de llevar a cabo las investigaciones financieras necesarias para apoyar una solicitud de asistencia legal mutua. Estas medidas podrían incluir el establecimiento de programas bilaterales de asistencia técnica, prestando asistencia técnica práctica caso-por-caso, y apoyando a organizaciones internacionales con capacidad para prestar asistencia. También se puede integrar la asistencia diseñada para ampliar esta capacidad en otras jurisdicciones, particularmente en países en desarrollo, con otros tipos de asistencia prestada a través de organizaciones multilaterales.

Objetivos claros, acción especializada, nueva legislación para superar las barreras para la recuperación de activos, recursos suficientes, capacitación para profesionales y el uso de las herramientas legales disponibles de manera integral, creativa, coherente y comprometida son componentes importantes de una estrategia de recuperación de activos en cualquier país. Las acciones concretas que toda jurisdicción puede llevar a cabo, tales como la creación de unidades especializadas de investigación, se formulan más detalladamente como parte de las recomendaciones para superar barreras específicas a la recuperación de activos.

Lo ideal es que toda estrategia de recuperación de activos forme parte de un plan integrado de políticas adoptado por directivos de alta jerarquía para reducir la corrupción, disuadir la delincuencia y lograr metas que van más allá de la recuperación de activos. Cuanto más se conviertan las herramientas financieras en un aspecto habitualmente utilizado en investigaciones y procesos penales, mayor será la consecución de mejoras en la recuperación de activos. Las jurisdicciones lograrán más con menos si logran motivar al sector privado y los homólogos internacionales de trabajar en pro de los mismos objetivos. La rendición de cuentas, establecida a través de declaraciones públicas de compromiso y el establecimiento de parámetros claros, es otro factor importante para asegurar una implementación exitosa. Las entidades y organismos, ya sean unidades especializadas o de otro tipo, requieren metas y funciones claras y específicas en el marco de la estrategia general y deben rendir cuentas. La estrategia también debe conducir al establecimiento de mecanismos de presentación de informes de tal modo que se puedan rastrear los avances y monitorear los resultados. Una clara rendición de cuentas de los resultados ayudará a crear incentivos para que los equipos especializados busquen el producto de la corrupción proactivamente.

Collage de buenas prácticas: Planes estratégicos

Algunas jurisdicciones han desplegado estrategias efectivas y eficientes proactivamente para combatir la corrupción mediante la identificación, recuperación y repatriación de activos robados. Estos planes estratégicos buscan formular prioridades de política pública e implementar políticas y procedimientos para garantizar que el decomiso de activos sea parte integral de las investigaciones y enjuiciamientos por corrupción. A continuación algunos de los elementos esenciales de estos planes estratégicos.^a

- Apoyo y compromiso de altos funcionarios de Estado - presidente, ministros, parlamentarios - que públicamente promueven y adoptan la estrategia nacional.
- Declaraciones públicas de altos funcionarios apoyando y demostrando compromiso con la estrategia nacional y reconociendo su responsabilidad.
- Participación activa de la sociedad civil que responsabiliza a funcionarios públicos de la correcta y efectiva aplicación de la estrategia nacional.
- Establecimiento de grupos de trabajo para planificación estratégica para desplegar una política efectiva que incorpore las habilidades de todos los organismos responsables en un plan de acción. Estos grupos incluyen representantes de todos los organismos y componentes que participan en el decomiso de activos.
- Evaluaciones de las necesidades y promoción activa por una asignación de recursos apropiada.
- Nuevas iniciativas que convierten la utilización de herramientas financieras en parte integral del trabajo de investigación y enjuiciamiento específicamente enfocado en la recuperación de activos delictivos.

(continúa)

Collage de buenas prácticas: Planes estratégicos (*continuación*)

- Creación de unidades especializadas de investigación dedicadas a casos de recuperación de activos robados.
- Nuevas iniciativas legislativas y operativas nuevas que promueven la utilización proactiva de facultades para congelar activos.
- Articulación de objetivos claros para entidades y organismos responsables que incluyen estructuras efectivas de coordinación y rendición de cuentas.
- Desarrollo de una cultura de trabajo con el sector privado y homólogos internacionales.
- Promoción de «acción nueva» a nivel internacional que estimule nuevas ideas, potencie la cooperación, y preste asistencia directa y mentores a jurisdicciones de menor capacidad.

a. Varias de estas jurisdicciones han publicado sus planes estratégicos en un sitio web. Ver, por ejemplo, <http://www.justice.gov/criminal/afmls/pubs/pdf/strategicplan.pdf>; o <http://www.ustreas.gov/offices/enforcement/teoaf/publications/strategic-plan-2007-2012.pdf>.

Buenas prácticas

Ejemplo 1

El Reino Unido y los Estados Unidos han obtenido financiamiento para apoyar las unidades especializadas dentro de los correspondientes organismos garantes del cumplimiento de la ley para investigar, identificar, rastrear y recuperar activos resultantes de delitos de corrupción generalmente cometidos por personas expuestas políticamente (PEPs) de otras jurisdicciones. Estas unidades especializadas buscan PEPs que presuntamente son titulares de bienes obtenidos mediante corrupción o han movido esos activos a través de su país. Estas unidades especializadas trabajan en estrecha colaboración con otros países, frecuentemente proveyendo apoyo técnico y para el fortalecimiento de capacidades en el terreno mientras realizan investigaciones de rastreo de activos. Este tipo de trabajo coordinado y colaborativo ha sido efectivo incluso cuando las jurisdicciones carecen de voluntad política para avanzar los casos. En estos casos, estas unidades especializadas han podido pedir apoyo realizando investigaciones en su propia jurisdicción mientras obtienen información y pistas suficientes de la jurisdicción de origen.^a

Ejemplo 2

Funcionarios suizos se vieron un tanto inmovilizados al no recibir la cooperación deseada de jurisdicciones que fueron víctimas de corrupción y que perdieron montos sustanciales como raíz de gran corrupción. Las leyes suizas no permitían que las autoridades suizas busquen recuperar estas ganancias malhabidas sin un aporte sustancial por parte de los Estados víctimas. La necesidad de un cambio en sus leyes se hizo evidente en conexión con cuentas bancarias a nombre del ex presidente de una jurisdicción extranjera, y de la familia de un ex dictador de otra jurisdicción. Según las leyes suizas, sin la cooperación de las jurisdicciones de

(*continúa*)

Buenas prácticas (*continuación*)

origen, era difícil para las autoridades suizas demostrar un nexo entre los activos y el delito penal. A modo de respuesta, el gobierno suizo redactó una nueva ley que permite a su Corte Federal Contencioso-Administrativa decomisar activos congelados que fueron ilícitamente adquiridos si el país de origen del titular de la cuenta no entabla acción judicial. Estos activos podrían utilizarse para financiar programas que benefician a la población de la jurisdicción o jurisdicciones afectada(s).

Conforme a esta nueva ley, el depositante será responsable de demostrar el origen lícito de los fondos, en lugar de que la parte demandante tenga que demostrar que fueron ilícitamente obtenidos.

Esta ley fue redactada para complementar la legislación vigente y se centra en el fenómeno de intentos fallidos con Estados que no pueden contribuir activamente a la asistencia legal mutua, la cual sigue siendo la base de cualquier restitución de fondos robados.^b

a. <http://www.ice.gov/doclib/pi/cornerstone/pdf/cs1008.pdf>;
<http://www.justice.gov/ag/speeches/2010/ag-speech-100725.html>; http://www.met.police.uk/scd/specialist_units/economic_specialist_crime.htm.
b. <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/finec/intcr/poexp.html>.

Ejemplo de falta de voluntad política y estrategia

En un caso que involucra a un ex gobernante sospechado de corrupción, durante varios años la jurisdicción donde fueron depositados los activos intentó – en vano – ayudar a la jurisdicción del ex gobernante a recuperar los activos. El episodio comenzó cuando el gobierno del ex gobernante solicitó asistencia legal mutua para el caso. La jurisdicción solicitada ordenó una congelamiento parcial de los activos como medida provisoria solamente porque la solicitud entrante era insuficiente para instruir un congelamiento completo de los activos. El congelamiento se prolongó durante más de seis años en el marco de asistencia legal internacional. Durante este período, las autoridades solicitadas contactaron a muchos niveles de la jurisdicción de origen buscando que aclaración de la solicitud original, sin éxito.

Para impedir el retorno de los bienes a los herederos del presunto líder corrupto, basado en su Constitución, la jurisdicción solicitada decidió congelar los activos por un período inicial de tres años. La jurisdicción solicitada decidió prolongar el congelamiento dos años más, a pesar de la falta de avances en la materia.

Cinco meses antes de caducar el congelamiento, la jurisdicción solicitada advirtió al país solicitante que se levantaría el congelamiento a menos que el país solicitante participará en tratativas para encontrar una solución. Si bien la jurisdicción de origen indicó que iba intentar reiniciar procesos penales contra los herederos

(continúa)

Ejemplo de falta de voluntad política y estrategia (*continuación*)

del ex gobernante y sus allegados, con el tiempo abandonó el intento y en vez decidió negociar con los herederos del ex gobernante.

Para evitar el acceso de los herederos del ex gobernante al producto presuntamente ilícito en su poder, la jurisdicción solicitada se ofreció a pagar los servicios de un abogado especializado en recuperación de activos. Tras consentimiento de último momento de la jurisdicción de origen, la jurisdicción solicitada extendió el congelamiento por segunda vez, mientras que el abogado del país solicitante elaboraba una orden de restricción para los activos.

Después de que el abogado presentara una denuncia penal en la jurisdicción solicitada, la jurisdicción solicitada extendió el congelamiento por tercera vez mientras la autoridad competente examinaba la denuncia. La solicitud de restricción fue rechazada. Las autoridades solicitadas advirtieron al abogado que apele la decisión pero, pese a todas las expectativas, la jurisdicción de origen instruyó a su abogado que no apelara esa decisión disipando toda esperanza de repatriación de los fondos congelados a su propio pueblo. A pesar de sus 12 años de esfuerzo por repatriar el producto de la corrupción, la jurisdicción solicitada no tuvo más remedio que descongelar los activos, permitiendo que los herederos de un líder sospechoso de corrupción accedieran a ganancias malhabidas.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben formular y ejecutar una política transparente e integral para la recuperación de activos robados. Dicha política debe contribuir a comunicar la importancia de la recuperación de activos como parte esencial de la lucha contra la corrupción, asignar recursos adecuados a las autoridades responsables y con suficiente experticia para rastrear, incautar y decomisar activos robados y prestar apoyo efectivo a las autoridades responsables brindando la gama más amplia posible de asistencia internacional.
- b) Las jurisdicciones deben crear organismos o unidades especializadas de decomiso dentro de los organismos existentes con un mandato claramente definido de facilitar la recuperación de activos (ver Barrera 3).
- c) Las jurisdicciones deben asegurar que sus funcionarios, incluidos jueces y fiscales, estén bien capacitados en asuntos relacionados con la recuperación de activos (ver Barrera 3).
- d) Donde no hay régimen de decomiso sin condena, las jurisdicciones que aún no lo han hecho deben promulgar e ejecutar leyes que les permitan responder positivamente a solicitudes de decomiso de activos presuntamente robados aun cuando falte una condena (ver Barrera 15).
- e) Las jurisdicciones deben definir explícita y estrechamente los motivos de la negativa a una solicitud de asistencia legal mutua (ver Barrera 22).

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben iniciar sus propias investigaciones de activos robados utilizando una variedad de fuentes legítimas (UIFs, denuncias e informes de los medios); establecer programas bilaterales de asistencia técnica; prestar asistencia técnica práctica caso-por-caso; iniciar y asignar recursos adecuados a unidades especiales de investigación y enjuiciamiento enfocadas en investigaciones de recuperación de activos robados; y apoyar a organizaciones internacionales con capacidad de prestar asistencia (según previsto en Artículo 60 (2)(3) de la UNCAC).
- b) Ante un requisito de doble incriminación, las jurisdicciones deben interpretar las definiciones de delitos de la jurisdicción de origen con una mente abierta, dando cabida a la más amplia gama de posibilidades y, en caso necesario, valerse de un enfoque basado en la conducta para determinar si la conducta es un delito en ambas jurisdicciones (ver Barrera 22).

Barrera 3: Recursos insuficientes

El trabajo con profesionales confirmó que las jurisdicciones de origen y solicitadas no suelen asignar recursos suficientes para la prestación de asistencia en casos de recuperación de activos. Los profesionales de países desarrollados y en desarrollo afirmaron que el personal de las autoridades competentes en ambos es insuficiente, está deficientemente capacitado y es falta de experiencia en lo referente a solicitudes de asistencia legal mutua relacionadas con procesos de recuperación de activos. Además, cuando hay más de un organismo, los roles y funciones de los organismos y entidades en cuestión suelen estar deficientemente definidos. Un estudio europeo centrado en 21 Estados de la UE describió los métodos de trabajo de algunas autoridades competentes como inertes, desprovistos de transparencia o poco claros, y determinó que uno de los obstáculos más importantes para la cooperación era la falta de investigadores calificados. Según este estudio, la falta de personal calificado para realizar investigaciones financieras se debía a la falta de recursos financieros, el fracaso del liderazgo político o de las fuerzas garantes del cumplimiento de la ley de priorizar las investigaciones financieras, y asuntos generales de dotación de personal, tales como la dificultad para contratar a investigadores calificados y con experiencia en la materia. Este estudio también encontró evidencia de insuficientes recursos en el ministerio público para el trabajo de recuperación de activos, una falta de conocimientos pertinentes, y capacitación inadecuada de fiscales y jueces.³⁰

Las jurisdicciones deben evitar estos problemas asignando los recursos necesarios a la capacitación y dotación de personal para las autoridades centrales, investigadores financieros, fiscales, jueces y otras autoridades competentes en cuestión de recupe-

30. Matthias Borgers y Hans Moors, Targeting the Proceeds of Crime: Bottlenecks in International Cooperation, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 15, No. 2 (2007), pp 10, 42, 43.

ración de activos.³¹ Se deben asignar recursos a las unidades especializadas dentro de organismos existentes para que cumplan su mandato de facilitar la recuperación de activos, teniendo en cuenta que, en general, las propias autoridades centrales no participan directamente en investigaciones financieras o en iniciativas de recuperación de activos, sino que son principalmente autoridades administrativas.

Los esfuerzos de recuperación de activos robados suelen ser muy caros y tal vez no produzcan resultados. En muchas jurisdicciones, en particular jurisdicciones que son países en desarrollo, hay pocos recursos asignados exclusivamente a la recuperación de activos. Algunas jurisdicciones solicitadas con mayores recursos han asistido a tales jurisdicciones con los costos judiciales y honorarios para que prosiga la recuperación de activos. Otros países cuentan con fondos especiales para prestar asistencia legal mutua a jurisdicciones con escasos recursos. Los países desarrollados con mayores recursos deben considerar implantar un fondo de este tipo o bien proveer asistencia financiera caso-por-caso para ayudar a los países en desarrollo a mitigar su falta de recursos. Los activos repatriados a partir de recuperaciones exitosas también podrían ser designados o utilizados por el país solicitante para ampliar la experticia de sus unidades de recuperación. Las jurisdicciones que prestan otro tipo de asistencia a través de organizaciones multilaterales también pueden incluir asistencia para la recuperación de activos a través de esos esfuerzos.

La falta de recursos también es un problema significativo en algunas jurisdicciones solicitadas, especialmente en jurisdicciones pequeñas con presupuestos más limitados. Las jurisdicciones solicitadas pueden estar dispuestas a ayudar en la redacción de solicitudes de asistencia legal mutua y otros procesos, siempre que exista algún mecanismo para compartir las costas con la jurisdicción de origen. Algunas jurisdicciones solicitadas enfrentan la carga adicional de exponerse a una condena en costas (una orden de pagar las costas judiciales de la otra parte) en un proceso sin condena o de recuperación de activos, tanto durante el curso del proceso y cuando se instruye la liberación de activos restringidos. Si los que reclaman la propiedad restringida tienen otros activos a su disposición, la posibilidad de una condena en costas contra el Estado puede desalentar la prestación de asistencia legal mutua. Algunas jurisdicciones requieren un acuerdo de indemnización por parte del Estado originario para cubrir cualquier costo que la jurisdicción solicitada deba pagar a los reclamantes. Puede que muchos Estados originarios no puedan pagar esta indemnización, por lo que cabe explorar una alternativa para superar esta barrera.

Las jurisdicciones de origen y solicitadas deben ser conscientes de los problemas potenciales que podría causar la escasez de recursos y estar dispuestas a conversar con franqueza sobre cómo repartir los costos y, en su caso, cómo repartir los activos recuperados. Para evitar la posibilidad de una condena en costas adversa, las jurisdicciones deben aprobar legislación que establezca que el gobierno no será responsable por las costas judiciales de otras partes en casos en que simplemente ha buscado cumplir con sus obligaciones internacionales de prestar asistencia legal mutua. Las jurisdicciones también

31. En noviembre de 2009 la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC instó a los Estados Parte que garanticen que las autoridades competentes dispongan de recursos adecuados para ejecutar las solicitudes. Ver www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html.

pueden asignar las costas por adelantado mediante un tratado de asistencia legal mutua. En muchos tratados vigentes se requiere que las jurisdicciones de origen cubran cualquier costo adicional, lo cual puede incluir la condena en costas. Muchos tratados de asistencia legal mutua requieren una consulta previa entre las partes cuando se vuelve evidente que se requieren gastos de carácter extraordinario. Sin embargo, actualmente no hay una medida objetiva de establecer cuáles son las costas ordinarias. Donde sea posible, las jurisdicciones deben definir por adelantado las costas que se considerarán ordinarias.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben dar prioridad a la política de garantizar un número suficiente de investigadores financieros, fiscales y jueces debidamente capacitados para ocuparse de casos de recuperación de activos que requieren conocimiento de leyes internas, así como de convenios y normas internacionales.
- b) Las jurisdicciones deben aprobar legislación que garantice que el Estado no puede ser sancionado con una condena en costas adversa cuando cumple con sus obligaciones internacionales de prestar asistencia legal mutua.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben garantizar que las autoridades competentes cuenten con personal suficiente, debidamente capacitado y con experiencia en la recuperación de activos que requiere conocimientos de leyes internas, así como de convenios y normas internacionales.
- b) Las jurisdicciones de origen y solicitadas deben estar dispuestas a conversar con franqueza para intentar resolver la falta de recursos, incluyendo comunicación sobre cómo repartir las costas y, en su caso, los bienes recuperados.

Barrera 4: Falta de cumplimiento y ejecución de medidas ALA/CFT

Los activos robados y el producto de la corrupción suelen ser sacados de Estados víctimas e introducidos en otras jurisdicciones. En muchos casos las “puertas de entrada”, es decir, profesionales especializados incluyendo expertos legales y financieros, trabajan en representación de cleptócratas para introducir estos activos en centros financieros donde pueden ser “lavados” y utilizados para comprar activos legales. Con medidas más efectivas para reglamentar estas “puertas de entrada” a centros financieros y una aplicación más estricta de controles ya existentes para impedir el lavado de dinero, algunas de las barreras analizadas en este estudio serían irrelevantes. En un régimen efectivo de lucha contra el lavado de activos/financiamiento del terrorismo (ALA/

CFT), las autoridades e instituciones financieras interceptarían activos robados por funcionarios corruptos, delincuentes o terroristas, o impedirían que dichos activos sean depositados en sus instituciones financieras. El Capítulo II, Artículo 14, de la UNCAC se centra en acciones para impedir el lavado de dinero, y el Artículo 52 estipula medidas estrictas para impedir y detectar transferencias de ganancias ilícitas. La imposibilidad de los gobiernos de implementar los Artículos 14 y 52 de la UNCAC de manera efectiva constituye una barrera para la recuperación de activos robados. Varias recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) también describen medidas preventivas y proveen orientación clara a jurisdicciones sobre los criterios esenciales requeridos para instaurar un régimen efectivo de lucha contra el lavado de dinero.³² Las debilidades en la implementación de las recomendaciones del GAFI, en especial las Recomendaciones 5, 9, 12, 33 y 34, han ayudado a funcionarios corruptos a acceder al sistema financiero. Además, el GAFI analiza las tendencias de lavado de dinero y ha provisto información sustancial sobre el uso creciente de profesionales especializados - abogados, contadores, notarios y otros proveedores de servicios - por parte de cleptócratas y otros delincuentes para facilitar sus operaciones ilícitas.³³

La facilidad con que se introducen activos robados en y a través de centros financieros sugiere que instituciones financieras pueden no estar implementando medidas preventivas adecuadas, pero también que los organismos de supervisión de las instituciones financieras no estén garantizando suficientemente que bancos y otras instituciones cumplan las regulaciones para luchar contra el lavado de dinero. Un reciente documento de política del Banco Mundial y la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), elaborado bajo los auspicios de la Iniciativa StAR, detectó un bajo nivel de cumplimiento internacional de la Recomendación 6 del GAFI sobre monitoreo de cuentas cuyos titulares son personas expuestas políticamente (PEPs) - personas que ocupan o han ocupado cargos públicos importantes, junto con sus familiares y allegados.³⁴ Más de tres quintas partes de las 124 jurisdicciones evaluadas fueron calificadas en falta con esta Recomendación. El documento de política también determinó un incumplimiento generalizado de autoridades y bancos nacionales respecto de la

32. El GAFI es un organismo intergubernamental cuyo propósito es desarrollar y promover políticas nacionales e internacionales para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Recomendaciones 5-9, 12, 20, 33, 34, y otras entrañan o están relacionadas con medidas preventivas; el Fondo Monetario Internacional, *Las 40+9 Recomendaciones del GAFI* (Washington, DC: FMI, Departamento Jurídico, 2009).

33. GAFI, *Informe sobre tipologías de lavado de activos 2003-2004*, p. 24-26. <http://www.fatfgafi.org/dataoecd/19/11/33624379.pdf>.

34. Theodore S. Greenberg, Larissa Gray, Delphine Schantz, Michael Latham y Carolin Garder, *Personas Políticamente Expuestas: Un Documento de Política sobre el Fortalecimiento de Medidas Preventivas para el Sector Bancario* (Washington, DC: Banco Mundial, 2010), p. 13. La recomendación del GAFI establece que las instituciones financieras deben, además de cumplir con medidas normales de diligencia debida, contar con sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una PEP; obtener aprobación de la alta gerencia para establecer relaciones comerciales con dichos clientes; tomar las medidas razonables para establecer el origen de la riqueza y el origen de los fondos; y conducir monitoreo mejorado continuo de la relación comercial. Ver Fondo Monetario Internacional, *Las 40+9 Recomendaciones del GAFI* (Washington, DC: FMI, Departamento Jurídico, 2009), p. 35.

implementación efectiva de normas internacionales para PEPs.³⁵ Audiencias recientes realizadas por el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de Estados Unidos también llegaron a conclusiones similares.³⁶ En la mayoría de los casos, regulaciones financieras nacionales no son adecuadas para monitorear a PEPs o impedir el lavado del producto de la corrupción.

Entre las múltiples deficiencias, instituciones financieras y otros sujetos obligados no están presentando reportes de actividad u operaciones sospechosas ante las autoridades competentes sobre operaciones de PEPs, y los supervisores no están encarando esta falta de reportes de manera efectiva. Las instituciones financieras están obligadas a adoptar medidas razonables para establecer el origen de la riqueza y de los fondos depositados por clientes y beneficiarios reales identificados como PEPs. Sin embargo, el volumen aparente del producto de actividad ilícita que mueven las PEPs a través de centros financieros, y la aparente facilidad con que lo hacen, indica serias deficiencias en los programas de rastreo utilizados por instituciones financieras para cumplir con este requerimiento.

Global Witness, una organización no gubernamental internacional que trabaja en la explotación de recursos naturales, también determinó lo que considera serias lagunas en las Recomendaciones del GAFI, especialmente con relación a garantizar transparencia suficiente en torno a la titularidad real de los activos.³⁷ Algunos grupos de la sociedad civil abogan para que las autoridades competentes guarden registros de empresas que identifican a beneficiarios reales. Un próximo estudio de la Iniciativa StAR sobre uso indebido de vehículos corporativos argumenta que, para que estos registros sean efectivos, deben verificar los datos presentados, lo cual podría ser mucho pedir. No obstante, el estudio determina que los registros pueden ser útiles para complementar los objetivos de la lucha contra el lavado de dinero implementando normas mínimas para la información guardada en el registro y brindando a las instituciones financieras y las autoridades garantes del cumplimiento de la ley acceso a información adecuada, precisa y oportuna sobre personas relevantes conectadas con vehículos corporativos – corporaciones, fideicomisos, sociedades con características de responsabilidad limitada, fundaciones y afines.

El Grupo de Trabajo de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo del GAFI está analizando los desafíos que enfrentan las instituciones financieras con relación a PEPs. Dicho estudio debe abordar la falta de claridad en la definición de una PEP, lo

35. Ibid.

36. Durante la audiencia el senador Carl Levin comentó que “personas políticamente poderosas - internacionalmente conocidas como personas políticamente expuestas o PEPs - se están aprovechando del sistema financiero de EEUU. En cada caso las debilidades en nuestras regulaciones financieras han permitido que estas PEPs muevan millones de dólares en o a través de cuentas bancarias en EEUU, a menudo utilizando cuentas pantalla de tipo corporativo, abogado-cliente, de depósito en garantía, u otras cuentas pantalla, o enviando transferencias electrónicas que se disparan por el sistema antes de que nuestros bancos reaccionen.” Palabras de apertura del Senador Carl Levin citado en *Keeping Foreign Corruption Out of the United States: Four Case Histories* (Washington, DC: Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de EEUU, 2010), p. 1.

37. Global Witness, *Undue Diligence: How Banks Do Business with Corrupt Regimes*, 3 de noviembre de 2009 p. 106, disponible en www.globalwitness.org.

que ha generado confusión y por ende frustrado los esfuerzos de implementación. Por ejemplo, la UNCAC requiere que las instituciones apliquen debida diligencia incrementada independientemente de dónde residan, mientras que las recomendaciones del GAFI se refieren solamente a clientes extranjeros de una institución financiera. La adopción de la definición de la UNCAC de una PEP por el GAFI podría aclarar la situación en cierta medida y ayudar en los esfuerzos por lograr una mejor implementación de medidas preventivas. También se han debatido los méritos de la utilización de un enfoque basado en el riesgo para monitorear a las PEPs en contraposición a un monitoreo de las PEPs por cierto plazo. Debido a que algunas PEPs siguen siendo poderosamente influyentes mucho después de dejar su cargo, un enfoque basado en el riesgo parece ser la herramienta más efectiva para su monitoreo.

Para superar este obstáculo, los centros financieros deben garantizar un efectivo régimen preventivo, incluyendo debida diligencia del cliente, que esté apropiadamente supervisado y que se cumpla en su jurisdicción. El documento de política sobre PEPs de la Iniciativa StAR presenta varias recomendaciones para mejorar los esfuerzos de prevención y la diligencia debida, algunas de las cuales se enumeran en el recuadro a continuación. Cabe destacar que el próximo documento de la Iniciativa StAR sobre el uso indebido de vehículos corporativos aportará algunas recomendaciones de política adicionales.

Los centros financieros también deben tomar medidas para garantizar la disponibilidad de registros financieros relacionados con PEPs. El enjuiciamiento de PEPs puede prolongarse muchos años debido a corrupción a los más altos niveles del gobierno. Como resultado, registros bancarios que se destruyen de conformidad con lineamientos habituales de retención de documentos puede causar el fracaso del enjuiciamiento de PEPs por lavado de dinero y otros delitos de corrupción. Para garantizar que los documentos bancarios necesarios estén disponibles para el enjuiciamiento de PEPs, las jurisdicciones deben requerir que las instituciones financieras conserven los registros relacionados con PEPs durante un plazo más largo. Este plazo puede variar de acuerdo con el grado de importancia de la PEP. Por ejemplo, los registros relacionados con una PEP que es un Jefe de Estado deben conservarse durante más tiempo debido a que su enjuiciamiento probablemente sea imposible mientras la PEP esté en el poder.

Las solicitudes para conservar registros específicos a través de asistencia legal mutua pueden ser útiles. Incluso antes de contar con evidencia para incautar los registros, se puede cumplir una solicitud de preservar dichos registros. La práctica de solicitar la preservación de registros puede evitar una situación en que los registros se destruyen inadvertidamente entre el inicio de una investigación y el momento en que se determina la base jurídica para incautar los registros. Se pueden realizar estas solicitudes de preservación por medio una solicitud de asistencia legal mutua informal.³⁸

38. En general, las “solicitudes de preservación” voluntarias pueden ser útiles en litigios nacionales e internacionales. Las instituciones financieras suelen cooperar y honrar las solicitudes. Se puede incluir una solicitud de confidencialidad en la solicitud. Junto con la solicitud de preservación, una solicitud de confidencialidad, es decir la solicitud de que el banco no informe al cliente que sus registros están siendo preservados, es una buena idea y probablemente sea cumplida por la institución financiera.

Recomendaciones de Política

- a) El GAFI debe alinear su definición de una PEP con la definición de la UNCAC. Esta definición debe ser adoptada por todos los emisores de normas y otros actores claves.^a
- b) Las jurisdicciones deben requerir que las instituciones financieras revisen sus clientes PEPs por lo menos una vez al año, utilizando un enfoque basado en riesgo, y documentado los resultados de la revisión.
- c) Debido a que las PEPs suelen retener su importancia e influencia durante varios años, incluso después del inicio de su enjuiciamiento por corrupción, las jurisdicciones deben requerir que las instituciones financieras guarden registros bancarios relacionados con las PEPs durante un período más largo de lo normal, tal vez ocho a diez años.

a. Theodore S. Greenberg, Larissa Gray, Delphine Schantz, Michael Latham y Carolin Garder, *Personas Políticamente Expuestas: Un Documento de Política sobre el Fortalecimiento de Medidas Preventivas para el Sector Bancario*. (Washington, DC: Banco Mundial, 2010), p. 26.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben garantizar la implementación de las disposiciones del Artículo 14 y el Artículo 52 de la UNCAC, las recomendaciones del GAFI y las recomendaciones que figuran en el informe StAR sobre *Personas Expuestas Políticamente: Un Documento de Política sobre el Fortalecimiento de Medidas Preventivas para el Sector Bancario*.
- b) Cuando un reporte de operaciones sospechosas (ROS) está vinculado con una PEP extranjera, las autoridades competentes deben - después de que un análisis apropiado apoye la difusión - compartir esta información con las autoridades competentes de jurisdicción de origen de la PEP y cualquier otra jurisdicción pertinente.
- c) Las jurisdicciones deben reportar sobre cualquier acto delictivo o información sospechosa arrojada por la revisión anual de una PEP extranjera a la UIF local utilizando el proceso ROS o a otra autoridad competente por medio del proceso correspondiente.
- d) Las jurisdicciones deben considerar la implementación de sistemas de gestión de riesgos para identificar a PEPs. Estos sistemas deben incluir:
 - Indicadores genéricos y fuentes de información, tales como riesgos asociados con ciertas jurisdicciones, productos, antigüedad en el cargo público, o el tipo de negocio.
 - Obtención de información relevante a partir del cliente como parte del proceso normal de apertura de una cuenta y procesos en curso de debida diligencia del cliente (DDC) y 'conozca a su cliente' (CSC).
 - Requerimiento de una declaración por escrito de la titularidad real bajo pena de cometer un delito.

(continúa)

Recomendaciones Operativas (*continuación*)

- Conocimiento del sector e intercambio de información entre instituciones financieras.
 - Listas de presentación de declaraciones de activos e ingresos.
 - Medios de comunicación y publicaciones que contienen información que puede ayudar a bancos a identificar a PEPs y mantener actualizado el perfil del cliente.
 - Fuentes internas de información relacionadas con la jurisdicción de origen del cliente.
 - Búsquedas en Internet, incluyendo motores de búsqueda grandes y pequeños.
 - Utilización de proveedores de bases de datos comerciales sobre PEPs.
- e) Las jurisdicciones deben garantizar que entes reguladores o supervisores competentes hagan cumplir correctamente los sistemas de divulgación, presentación de reportes y gestión de riesgos relacionados con PEPs.

Barrera 5: Cuando hay muchos cocineros se quema la sopa — Falta de coordinación efectiva

La asistencia legal mutua se convierte en una necesidad cuando se han movido activos de una jurisdicción a otra. Si no se logra asistencia mutua oportuna, se pierden oportunidades de incautación y flaquea el impulso de recuperación de activos. Los canales de transmisión de las solicitudes de asistencia legal mutua y la comunicación de seguimiento son factores cruciales para el procesamiento oportuno de las solicitudes. La rápida transmisión de solicitudes y comunicación directa con autoridades competentes para obtener aclaraciones son sumamente deseables en un proceso efectivo de asistencia legal mutua, especialmente en casos de alta prioridad.

Un impedimento significativo para la respuesta oportuna a solicitudes de asistencia legal mutua es la canalización de las solicitudes a través de numerosos organismos o entidades, retrasando el proceso innecesariamente. En el caso de solicitudes mediante exhortos, la comunicación debe ser por vía diplomática, lo cual puede demorar la respuesta a la solicitud. En algunas jurisdicciones, aunque el medio de solicitud no sea un exhorto, toda comunicación en torno a solicitudes de asistencia legal mutua entrantes y salientes del país deben ser canalizadas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En otros casos, la autoridad central actúa como “buzón de correos”, reenviando la solicitud, que a veces debe pasar por tres o cuatro oficinas, a los profesionales operativos. Los profesionales peritos reconocieron la necesidad de un control central, pero advirtieron que estos procesos de control no deben socavar la eficiencia o puntualidad de las respuestas a, o la implementación de, solicitudes de asistencia.

Los profesionales también describieron los desafíos de la transmisión de solicitudes relacionadas con casos de PEPs políticamente sensibles a través de la cancillería del país solicitante, temiendo que una canalización tal podría poner en jaque la integridad de la solicitud. Un profesional relató que una cancillería había retenido una solicitud hasta después de las elecciones en el país. En otro caso, una solicitud fue filtrada a la prensa en medio de una investigación por la jurisdicción de origen porque la información favorecía a algunos integrantes del gobierno. Asimismo, otros profesionales que envían solicitudes a través de las cancillerías a veces tenían ventajas - el ministerio puede determinar el mejor punto de contacto y no puede retener una solicitud sin base jurídica. En suma, las jurisdicciones deben establecer arreglos para evitar injerencia política en solicitudes de asistencia legal mutua entrantes y salientes minimizando el número de organismos que tendrán que intervenir en el procedimiento de asistencia legal mutua.

Algunas jurisdicciones expresaron su preocupación sobre el proceso de comunicación directa, afirmando que la informalidad puede minar los estándares que las jurisdicciones deben cumplir para garantizar que los mecanismos de asistencia legal mutua produzcan los resultados requeridos de manera lícita y jurídicamente admisible. Sin embargo, en general la comunicación directa y la asistencia informal en el proceso de asistencia legal mutua son valiosas medidas no coercitivas y también pueden ayudar a aclarar dudas y evitar malentendidos.

Buenas Práctica

Permitir la comunicación profesional-a-profesional

La Unión Europea permite la transmisión directa (de autoridad judicial a autoridad judicial) para una amplia gama de cuestiones de asistencia informal, incluyendo diligencias investigativas y órdenes de congelamiento y decomiso. También permite contacto directo entre profesionales que manejan solicitudes de asistencia informal.^a El Artículo 48 de la UNCAC y algunos tratados bilaterales de asistencia legal mutua ofrecen vías similares de cooperación directa y transmisión de solicitudes.

a. Decisión Marco del Consejo 2003/577/JHA, 22 de julio, 2003, and Decisión Marco del Consejo 2006/783/JHA, 6 de octubre, 2006.

Uno de los impedimentos identificados en el estudio, es decir, la falta de coordinación entre actores relevantes, se observa tanto a nivel internacional como nacional. Varios profesionales indicaron que la falta de coordinación internacional podría perjudicar los casos, en particular cuando el producto del delito se encuentra distribuido en varias jurisdicciones. Por ejemplo, una jurisdicción que declara su culpabilidad de un delito menor puede causar problemas a investigaciones en otras jurisdicciones si el delito menor es una falta leve y no un delito grave, o si impide que la otra jurisdicción obtenga las pruebas necesarias para su investigación. Es cierto que los delincuentes reconocen que la globalización les permite cruzar fronteras más fácilmente y dispersar los fondos y otros activos ilícitos y otros activos en varias jurisdicciones. También saben que por

lo menos algunos de esos activos robados podrían estar “protegidos” por la falta de cooperación y coordinación internacional en la identificación, rastreo, recuperación y restitución de esos activos.³⁹

Muchos profesionales recomendaron la creación de un grupo de trabajo internacional conjunto para lograr una mejor comprensión de los retos asociados con una determinada solicitud de asistencia legal mutua. Los debates versaron sobre la posibilidad de establecer objetivos comunes, investigaciones conjuntas y acciones de recuperación. Este grupo de trabajo se podría conformar de diferentes maneras, por ejemplo, un grupo de trabajo permanente enfocado en un caso particular para coordinar esfuerzos y beneficiarse de la experticia y experiencia de ambas jurisdicciones, o un grupo de trabajo más general sobre cuestiones de asistencia legal mutua. Ciertamente que reunir a agentes claves de jurisdicciones de origen y solicitadas en un grupo de trabajo aclararía muchas cuestiones, ayudaría a cada jurisdicción entender mejor los desafíos de la otra jurisdicción, y proveería oportunidades para compartir y acordar abordajes estratégicos y tácticos para el caso en cuestión. El abordaje de un grupo de trabajo también proveería un medio para solicitar que se asigne mayor prioridad a ciertos casos. (Si un grupo de trabajo ya está en marcha, la jurisdicción de origen podría presentar al grupo de trabajo una solicitud para que la jurisdicción solicitada asigne mayor prioridad a un caso.) Algunos profesionales también sugirieron que grupos de trabajo conjunto podrían permitir el análisis de enfoques nuevos e innovadores para la recuperación de activos.

La falta de coordinación entre organismos nacionales de lucha contra la corrupción también puede impedir la asistencia mutua y la recuperación de activos. El abordaje del grupo de trabajo internacional conjunto podría extenderse a diferentes conformaciones de grupos de trabajo o bien a grupos de trabajo pluri-institucional a nivel nacional. Conformaciones de trabajo conjunto facilitan la coordinación y cooperación a nivel nacional, evitan duplicación de esfuerzos y proveen un entorno para debatir y acordar estrategias de respuesta a solicitudes de asistencia legal mutua. También pueden agregar valor a las investigaciones a nivel nacional que puedan entablarse a raíz de solicitudes de asistencia. Se puede crear un grupo de trabajo nacional como grupo interinstitucional permanente para manejar las solicitudes de asistencia legal mutua, o de manera caso-por-caso tal como justifican solicitudes internacionales de asistencia significativa. Ya sea permanente o ad hoc, es esencial que el grupo cuente con un organismo rector encargado de monitorear los avances y la presentación de reportes sobre la situación de las solicitudes. Los términos de referencia de cualquier grupo conformado por varios organismos también deben precisar las funciones y responsabilidades de los integrantes del grupo de trabajo, y definir el cronograma de reuniones y presentación de reportes del mismo.

39. La UNCAC instruye y el GAFI recomienda cooperación internacional efectiva, y las disposiciones de ambos requieren que las partes solicitantes cooperen en materia penal. La UNCAC establece la cooperación internacional, incluyendo cooperación en materia de aplicación de la ley (Artículo 40), asistencia legal mutua (Artículo 46), investigaciones conjuntas (Artículo 49) y recuperación de activos (Capítulo V). Las Recomendaciones 36 (asistencia legal mutua), 37 (doble incriminación), 38 (congelamiento, incautación y decomiso del producto del delito), y 40 (otras formas de cooperación) establecen las normas del GAFI en materia de cooperación internacional.

La importancia de la comunicación

Durante el transcurso de este estudio de la Iniciativa StAR, algunas jurisdicciones de origen potenciales opinaron que una jurisdicción específica con información o activos relacionados con el caso no querría cooperar con jurisdicciones de origen. Su opinión se basaba en relatos de terceros y rumores: la jurisdicción en cuestión nunca había sido abordada. Del mismo modo, una jurisdicción de origen podría interpretar una solicitud por información adicional erróneamente como indicación de que la jurisdicción solicitada no quiere prestar asistencia. Algunas jurisdicciones suponen, de manera poco realista, que todas las jurisdicciones solicitadas tienen los mismos procedimientos y acceso a la información, y el mismo nivel de recursos destinados a acciones de recuperación. Si la jurisdicción solicitada no responde como esperado, la jurisdicción de origen puede reclamar la falta de cooperación, pero la demora o imposibilidad de conceder la solicitud puede ser debida a diferencias en procedimientos y recursos.

La comunicación efectiva es fundamental para resolver este problema, tal como se enfatiza a lo largo de este estudio y tal como es repetidamente subrayado por la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC y su Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre la recuperación de activos. Es crucial que los profesionales se comuniquen de manera clara y concisa, utilicen un lenguaje apropiado, aclaren y confirmen que entendieron, y eviten depender de rumores o relatos de terceros.^a La capacitación, el mentorazgo y las redes de contactos también son formas importantes de invalidar la desinformación y fortalecer contactos que permitan comunicación y mejor comprensión mutua.

a. Los Artículos 46 (14) y (15) de la UNCAC requieren que las solicitudes de asistencia legal mutua sean por escrito con información específica o por cualquier otro medio capaz de generar constancia por escrito.

Recomendaciones Operativas

- a) A fin de facilitar la cooperación internacional, las jurisdicciones responsables deben participar en conformaciones de grupos de trabajo conjunto o participar regularmente en reuniones internacionales cuando dos o más jurisdicciones buscan resolver un caso significativo de recuperación de activos.
- b) Las jurisdicciones deben revisar los mecanismos internos de la asistencia legal mutua y tomar medidas para mejorar la cooperación y coordinación interna. Una opción es generar grupos de trabajo pluri-institucionales o conformaciones de grupos de trabajo conjunto que se reúnen regularmente para debatir estrategias y acciones.

(continúa)

Recomendaciones Operativas (*continuación*)

- c) Cuando una autoridad central es el primer punto de contacto para una solicitud de asistencia legal mutua, las jurisdicciones deben instaurar procedimientos que permitan, incentiven y faciliten la comunicación profesional-a-profesional una vez que el proceso esté encaminado. En caso necesario, se enviará una copia de las comunicaciones a la autoridad central. Empero, las jurisdicciones deben promulgar políticas y procedimientos que eviten la intermediación de organismos que no son forman parte esencial del proceso de asistencia legal mutua.

Barrera 6: Reacción rápida a solicitud formal de asistencia legal mutua

En el contexto de este estudio, el término “asistencia legal mutua formal” describe una solicitud por escrito de asistencia legal mutua, un trámite formal con ciertos procedimientos, requerimientos y condiciones preestablecidos. Estos requisitos, que se describen detalladamente en este documento, plantean muchos obstáculos a la obtención de una respuesta positiva y oportuna a una solicitud formal de asistencia. Dependiendo de la naturaleza de la solicitud, puede ser necesario cumplir requisitos legales, incluyendo requisitos de presencia de cargos penales (Barrera 10), doble incriminación (Barrera 22), o causales de denegación obligatorias (Barrera 22). Este proceso puede ser largo, con demoras causadas por una cantidad de factores, tales como el ejercicio de derechos al debido proceso por el sujeto investigado (frecuentemente por razones legítimas, pero a veces para abusar del proceso) o por los recursos insuficientes de la contraparte (ver Barrera 3). En muchos casos estos requerimientos son legítimos y necesarios, pero no siempre es necesario presentar una solicitud formal de asistencia legal mutua.

Generalmente se solicita asistencia legal mutua formal cuando la asistencia deseada requiere que la jurisdicción solicitada utilice fuerza coercitiva, tal como la facultad para obligar la presentación de detalles de operaciones de cuentas bancarias u órdenes de allanamiento e incautación. En las etapas iniciales de una investigación y durante la recolección de información e inteligencia no se podrá utilizar la fuerza coercitiva de la jurisdicción solicitada y tal vez no sea necesario presentar una solicitud formal de asistencia legal mutua. En esta etapa la asistencia deseada puede ser simplemente lo que se denomina asistencia informal, es decir, asistencia a través de canales distintos a una solicitud formal por escrito de asistencia legal mutua, que también es reconocida en muchos tratados y legislaciones.⁴⁰ Ejemplos de asistencia informal incluyen comunicaciones directas entre UIFs, policía, fiscales o magistrados investigadores de ambas

40. Si bien menos formal en el sentido que está asociada con menos requisitos procesales, la asistencia informal no debe ser interpretada como incluyendo cualquier medio ilegal o “negociados secretos”.

jurisdicciones, conversaciones sobre datos de inteligencia u otra asistencia, con una solitud formal de asistencia legal mutua prevista.⁴¹

Esta asistencia informal es de suma importancia a lo largo del proceso de recuperación de activos. Con menos restricciones, los profesionales pueden recabar información más expeditamente de lo posible en un proceso de solicitud formal de asistencia legal mutua; construir los fundamentos sustantivos necesarios para una eventual solicitud formal; y desarrollar la estrategia que más concuerde con las ventajas y limitaciones de ambos sistemas judiciales. La UNCAC y el GAFI han recalcado la importancia de estos canales informales de asistencia y cooperación entre homólogos fuera del ámbito de la asistencia legal mutua.⁴²

Una serie de profesionales que conversaron con el equipo de este estudio indicaron que el punto de partida de toda solicitud de asistencia sean siempre los contactos menos formales. Se ha expresado preocupación de que el uso de procedimientos informales puede no ser apropiado en casos en que una jurisdicción suministra información a una jurisdicción de origen que puede ser utilizada como prueba. Para salvar esta inquietud, la jurisdicción que suministra la información de manera informal puede requerir que se sigan procedimientos más formales antes de que la jurisdicción de origen pueda utilizar la información como prueba. Las jurisdicciones solicitadas que no permiten que información informalmente suministrada sea utilizada como prueba deben aclarar esto al suministrar la información.

41. En su Declaración de Propósito y Principios de Intercambio de Información, el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera alienta a sus miembros a compartir información financiera relacionada con el lavado de dinero sospechoso y producto del delito. En noviembre de 2004 el Grupo Egmont publicó un documento sobre las Mejores Prácticas para el Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera; ver <http://www.egmontgroup.org/library/egmont-documents>.

42. El Artículo 48 de la UNCAC requiere cooperación entre los Estados Parte para mejorar la efectividad de las acciones de aplicación de la ley. Ver también Artículo 50 de la UNCAC que analiza la utilización de técnicas especiales de investigación, y los Artículos 46 (4) y 56 relacionados con la transmisión espontánea de información en asistencia legal mutua y casos de recuperación de activos. Los Estados Parte de la UNCAC debatieron la comunicación directa en la Resolución 3/3 que recomienda que los Estados divulguen espontáneamente información sobre el producto del delito a los demás Estados Parte, e los insta a promover canales informales de comunicación mediante la designación de funcionarios o instituciones como puntos focales para asistir a sus homólogos a cumplir de forma efectiva con los requisitos de asistencia legal mutua. El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre recuperación de activos establecido por la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC también ha recomendado la promoción de redes de comunicación informales y formales (ver COSP/WG.2/2009/3).

De igual manera, la UNTOC permite a los Estados Parte “se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la Convención”. Los Estados Parte también están obligados a “prestarse asistencia judicial recíproca” cuando el Estado requirente tenga “motivos razonables para sospechar” que uno o algunos de estos delitos son de naturaleza transnacional y entrañan a un grupo delictivo organizado.

Ver también la Recomendación 40 del GAFI: “Los países deberían asegurarse de que sus autoridades competentes presten la gama más amplia posible de cooperación internacional a sus homólogos extranjeros. Debería existir una vía clara y efectiva para facilitar el intercambio inmediato y constructivo entre homólogos, ya sea espontáneamente o a pedido, de información relacionada tanto con el lavado de dinero como con los delitos subyacentes en los que aquél se funda.”

Además de ayudar con la recolección de información, la asistencia informal crea un diálogo, funge como útil preludeo de una subsiguiente solicitud formal y puede ayudar a las jurisdicciones a entender mejor sus requisitos mutuos. Este conocimiento puede ayudar a asegurar que la solicitud formal de asistencia legal mutua esté correctamente formulada. Si no lo está podría ser denegada debido a una falla, o devuelta para obtener información adicional, lo cual retrasaría el proceso. En algunos casos, la asistencia informal puede resultar en el Estado solicitado ayudando a redactar la carta de solicitud. Más de una jurisdicción alienta a Estados originarios a presentar borradores de sus cartas de solicitud para casos difíciles y complicados, si bien los países solicitantes no suelen utilizar este servicio.⁴³

Teniendo en cuenta los desafíos para obtener asistencia legal mutua formal, ante todo, las jurisdicciones de origen deben preguntar qué formas de asistencia informal están disponibles y, cuando sea posible, avanzar con asistencia informal antes de proceder a una solicitud formal de asistencia legal mutua. Se debe permitir que las autoridades de las jurisdicciones solicitadas suministren cierta información y asistencia informal a sus homólogos extranjeros sin necesidad de una solicitud formal de asistencia legal mutua. En casi todas las jurisdicciones hay asistencia disponible respecto de los procedimientos y procesos de asistencia legal mutua con antelación a la presentación de la solicitud formal de asistencia legal mutua. Suele ser posible obtener asistencia y cooperación más extensivas, a veces mediando diferentes técnicas creativas aunque parezcan inciertas. Por ejemplo, si asistencia sustantiva sobre un caso específico no está disponible antes de presentar una solicitud formal, puede ser útil sostener discusiones sobre situaciones hipotéticas detalladas. Por otra parte, podría sugerirse que la jurisdicción solicitada preserve pruebas específicas, si las hubiera, basado en la teoría de que, incluso cuando la jurisdicción solicitada no puede responder directamente a la jurisdicción de origen en ese momento, la jurisdicción solicitada está al tanto de cualquier acción que pudiera tomar con esfuerzo mínimo de su parte. Adicionalmente, se debe incentivar a las jurisdicciones de origen a agotar estos canales informales antes de redactar una solicitud de asistencia legal mutua.

Las jurisdicciones también deben asegurar que las leyes nacionales autoricen contactos directos entre autoridades nacionales, incluyendo los organismos garantes del cumplimiento de la ley, las unidades de inteligencia financiera y las fiscalías – y sus homólogos extranjeros, tal como requiere la UNCAC. Para facilitar esta cooperación, algunas jurisdicciones permiten que las autoridades intercambien información con otras jurisdicciones, pero no requieren que el intercambio sea contraparte-a-contraparte. Por ejemplo, una jurisdicción permite que los organismos garantes del cumplimiento de la ley de la Unión Europea presenten solicitudes de información relacionadas con investigaciones de significativo lavado de dinero o financiamiento de terrorismo a instituciones financieras nacionales a través de su UIF. Esta práctica permite que los organismos averigüen si una institución financiera ha abierto una cuenta o realizado una transacción con una persona razonablemente sospechosa, sobre la

43. *Combating Money Laundering and Recovering Looted Gains: Raising the UK's Game* (Londres: Transparencia Internacional del Reino Unido, 2009), p. 44.

base de pruebas creíbles, de participar en actividades terroristas o lavado de dinero significativo. Valiéndose de esta información limitada, pero importante, el organismo garante del cumplimiento de la ley puede proceder al seguimiento utilizando otras herramientas para avanzar la investigación. Se puede solicitar información adicional a través de solicitudes de asistencia legal mutua. Si por el contrario, la institución no guarda dicha cuenta o transacción, ésta también es información valiosa ya que impide que los organismos garantes del cumplimiento de la ley gasten más recursos innecesariamente.

La información que puede intercambiarse debería, como mínimo, incluir todas las medidas investigativas no coercitivas en esa jurisdicción. Para evitar la disipación de activos, también debe estar disponible un congelamiento provisorio de 72 horas o menos por medio de asistencia informal, incluso cuando el congelamiento es considerado una medida coercitiva. Un estudio reciente realizado por Transparencia Internacional también propone que los Estados estén dispuestos a prestar los siguientes tipos de asistencia informal sin mediar solicitud formal por escrito:

- suministrar registros públicos, tales como documentos catastrales, documentos de empresa, información sobre directivos y accionistas, y declaraciones contables de la empresa (ver Barrera 27);
- contactar a posibles testigos para determinar si el testigo está dispuesto a cooperar voluntariamente y tomar declaraciones testimoniales de testigos voluntarios, siempre que el contacto con testigos esté permitido en tales circunstancias;
- suministrar datos básicos de abonados de proveedores de comunicaciones y servicios que no requieren orden judicial.⁴⁴

Buenas Prácticas

Algunas jurisdicciones alientan la práctica de identificar la asistencia requerida por la jurisdicción de origen en las etapas iniciales de la investigación y reconocen el valor de la asistencia informal. Estas jurisdicciones alientan la asistencia informal porque una solicitud que puede ejecutarse informalmente (pero que proveerá pruebas admisibles) tiende a acelerar el proceso y no obstruirá una red de transmisión de asistencia legal mutua ya sobrecargada.

Muchas jurisdicciones prestan asistencia informal por medio de solicitudes policía-a-policía y ente regulador-a-ente regulador para identificar y rastrear a personas, cuentas y saldos bancarios, bienes raíces, negocios, directivos, accionistas y domicilios empresariales. Una solicitud formal de asistencia legal mutua pidiendo esta información impediría su entrega oportuna. Las jurisdicciones de origen puede preguntar a la jurisdicción solicitada si presta asistencia informal y, en caso afirmativo, de qué tipo y a través de qué canales.

(continúa)

44. *Combating Money Laundering and Recovering Looted Gains: Raising the UK's Game* (Londres: Transparencia Internacional del Reino Unido, 2009), p. 45.

Buenas Prácticas (*continuación*)

Algunas jurisdicciones prefieren solicitudes tempranas a través del sitio web seguro de Egmont para identificación de cuentas bancarias específicas e información disponible en bases de datos públicas, antes que presentar una solicitud de asistencia legal mutua para restringir “cualquiera y todas las cuentas y activos de...” Estas jurisdicciones también alientan los contactos directos con sus agregados encargados del cumplimiento de la ley para determinar si hay otra información disponible en un contexto informal.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben formular y ejecutar políticas y procedimientos que garanticen la disponibilidad de canales de asistencia informal para profesionales extranjeros respecto de medidas no coercitivas y congelamientos provisorios de 72 horas o menos, sin condiciones desproporcionadas o indebidamente restrictivas.
- b) Las jurisdicciones deben establecer políticas y procedimientos para crear canales de comunicación fuera del proceso formal en todas las etapas: antes, durante y después de la redacción final y comunicación de una solicitud formal de asistencia legal mutua.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones de origen deben agotar los canales de asistencia informal antes de presentar una solicitud formal de asistencia legal mutua.
- b) Las jurisdicciones solicitadas deben informar a las jurisdicciones de origen, en las etapas iniciales, de los tipos de información que pueden ser provistos sin necesidad de solicitud formal de asistencia legal mutua. Se deberá proveer orientación en los respectivos sitios web de los gobiernos (ver Barrera 23).
- c) Las jurisdicciones no deberían requerir una solicitud formal para poner registros públicos a disposición, tales como documentos catastrales, documentos de empresas registradas, e información sobre directivos y accionistas. Las jurisdicciones también deben entregar copias de informes anuales y documentos conexos sin una solicitud formal.
- d) Si se les solicita, las jurisdicciones deben estar dispuestas a contactar a posibles testigos, sin mediar solicitud formal, para determinar si el testigo está dispuesto a cooperar con las autoridades solicitantes voluntariamente. Los Estados deben tomar declaraciones testimoniales de los testigos voluntarios sin una solicitud formal, siempre que el contacto con el testigo esté permitido en tales circunstancias.

Barreras Legales y Requerimientos que Demoran la Asistencia

Barrera 7: Diferencias en tradiciones jurídicas

Las diferencias en las tradiciones jurídicas entre jurisdicciones presentan desafíos y frustraciones a lo largo de todo el proceso de recuperación de activos. Los profesionales indicaron que estas diferencias constituyen una razón común por la cual muchas solicitudes son devueltas pidiendo más información. Estas diferencias también pueden generar frustración en profesionales que no están familiarizados con los procedimientos y capacidades de una jurisdicción en particular, ya sea una jurisdicción de derecho civil, anglosajón o híbrida. Por ejemplo, el plazo requerido para responder a tipos específicos de solicitud varía de una jurisdicción a otra. Puede que los profesionales se sientan frustrados si no se dan cuenta que algunas técnicas investigativas pueden aplicarse rápidamente en algunas jurisdicciones, pero no en otras.

Las siguientes diferencias entre jurisdicciones de derecho civil y anglosajón pueden crear barreras para el proceso de recuperación de activos.

- *Terminología:* Las diferencias en terminología se extienden a los nombres de los delitos (lo cual puede influir en las determinaciones de doble incriminación) y a los términos de decomiso que tienen diferente significado en diferentes jurisdicciones. En una jurisdicción de derecho civil, la medida utilizada para obtener documentos bancarios se denomina “orden de búsqueda e incautación”, en una jurisdicción de derecho anglosajón puede ser conocida como “orden de producción” o en una jurisdicción de derecho anglosajón, puede ser conocida como “orden de producción” o “emplazamiento”. Algunos profesionales en jurisdicciones de derecho civil indicaron que el término “recuperación civil” del derecho anglosajón es engañoso ya que automáticamente se asocia con un procedimiento civil, a pesar de que el caso pueda incluir aspectos penales. Del mismo modo, “confiscación civil” o “decomiso civil,” los términos utilizados en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón para describir confiscación *in rem* (confiscación de propiedades) sin condena pueden ser problemáticos en jurisdicciones de derecho civil donde se equiparan con acción legal privada y, por ende, no están dentro del alcance de asistencia legal mutua. Los profesionales deben estar informados de estas diferencias y evitar términos problemáticos en sus solicitudes. Por ejemplo, los participantes prefirieron la utilización de los términos “confiscación sin condena” o “decomiso sin condena” en substitución de “confiscación civil,” o “decomiso civil”.

- *Herramientas disponibles para restricción o decomiso:* Aunque jurisdicciones con la misma tradición jurídica utilicen herramientas legales diferentes, la diferencia es aún más pronunciada entre tradiciones jurídicas diferentes. Los profesionales en jurisdicciones de derecho civil suelen utilizar el decomiso ampliado (decomiso de propiedades provenientes de actividades delictivas no directamente relacionadas con el delito) y el decomiso tras la condena por enriquecimiento ilícito. A diferencia de la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil, las jurisdicciones de derecho anglosajón pueden decomisar activos utilizando un estándar de prueba inferior, declaración de culpabilidad (acuerdo entre las partes) y presunciones legislativas. Las órdenes que se pueden obtener por medio de acciones civiles (derecho privado) en jurisdicciones de derecho anglosajón también varían significativamente, al igual que el estándar de la prueba (cálculo de probabilidades o preponderancia de las pruebas en el derecho anglosajón contra pruebas más allá de duda razonable o convicción íntima, es decir prueba que convence íntimamente a un juez, en derecho civil).
- *Requisitos probatorios:* Los sistemas también difieren en términos de sus requisitos probatorios, así como en los estándares de la prueba requeridos. Por ejemplo, en jurisdicciones de derecho anglosajón los allanamientos deben ser autorizados por un juez y requieren prueba de causa probable para sostener que un delito fue cometido y que hay pruebas en el lugar a ser allanado, mientras que muchas jurisdicciones de derecho civil permiten que el magistrado investigador o el fiscal realice todo necesario para determinar la verdad.⁴⁵ Las jurisdicciones también varían en el tipo de pruebas que debe ser presentado. Si los profesionales no entienden los diferentes procedimientos de los dos sistemas, podrían recoger pruebas de forma incorrecta que resulten ser inadmisibles.
- *Requisitos de admisibilidad:* Las jurisdicciones de derecho anglosajón suelen requerir declaraciones juradas y certificación de documentos para que las pruebas sean admisibles ante un tribunal, mientras que muchas jurisdicciones civiles no imponen estos requisitos.
- *Procedimientos para obtener asistencia:* Los magistrados investigadores y fiscales en jurisdicciones de derecho civil suelen estar facultados para congelar activos y, por ende, pueden tomar medidas expeditas; en jurisdicciones de derecho anglosajón suele ser necesario recurrir a una corte antes de que puedan tomar medidas.

Superar los obstáculos creados por diferencias en tradición jurídica requiere diligencia tanto de la jurisdicción de origen como de la jurisdicción solicitada, así como la voluntad de la jurisdicción solicitada de ser transparente respecto de su proceso para cumplir

45. Un ejemplo de causa probable: La policía recibe una denuncia anónima que personas están vendiendo drogas desde una residencia en un lugar determinado en un barrio de mucho tráfico de drogas y que un proveedor con una gorra de béisbol y gafas de sol visita la casa todas las mañanas entre las 7 y las 8 am. La policía realiza vigilancia y observa que tres mañanas sucesivas un hombre, que coincide con esa descripción, llega con un gran paquete entre 7 y 8 am, y que en el transcurso del día, todos los días, por lo menos 20 personas llegan a la casa, golpean, entran y salir de unos cinco minutos más tarde cargando una bolsa pequeña. No hay indicación alguna de que se lleva a cabo algún tipo de negocio legítimo en la casa. La totalidad de las circunstancias de esta situación equivaldría a causa probable, es decir, pruebas suficientes para obtener una orden de allanamiento.

los requisitos. Ver la Barrera 23 para recomendaciones concretas sobre cómo fomentar la transparencia y facilitar el intercambio de información entre jurisdicciones de origen y requirentes.

Si bien las diferencias legales pueden complicar la obtención y prestación de asistencia legal mutua, las jurisdicciones solicitadas pueden ayudar a superar estos desafíos explorando todas las leyes procesales que puedan permitirles ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua. Varios convenios multilaterales dar lugar a flexibilidad en el cumplimiento de formatos procesales. La UNCAC expande las disposiciones similares anteriores y establece que se ejecutará la solicitud de acuerdo con el derecho interno de la jurisdicción solicitada.⁴⁶ Sin embargo, la misma disposición también establece que, en lo posible, la solicitud se ejecutará de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud. En el mismo contexto, el Tratado Modelo de Asistencia Judicial en Materia Penal de la ONUDD también permite que se ejecute la solicitud de la manera especificada por la jurisdicción de origen en la medida compatible con las leyes y la práctica de la jurisdicción solicitada.⁴⁷

Recomendaciones Operativas

- a) Para promover la comprensión entre jurisdicciones con diferentes tradiciones jurídicas, las jurisdicciones deben ofrecer fácil acceso a información sobre la recuperación de activos en el marco de su ordenamiento jurídico, incluyendo disposiciones legales pertinentes e información sobre requisitos de las pruebas, capacidades, tipos de técnica investigativa que están disponibles, y los tipos que no están permitidos. Los formatos deben incluir:
 - i) Un sitio web que provea esta información y ejemplos prácticos de recuperación de activos que ofrecen orientación sobre técnicas investigativas disponibles y cómo se utilizan en la jurisdicción.
 - ii) Talleres para profesionales internacionales y nacionales para proveer información sobre cómo presentar solicitudes de asistencia legal mutua, capacidades, técnicas investigativas disponibles, y técnicas que no son permitidas.
- b) Las jurisdicciones deben utilizar términos claros, concisos y universales al redactar solicitudes de asistencia legal mutua, como los indicados en el Artículo 2 de la UNCAC y en la UNTOC, y explicar el significado de cada término utilizado de manera concisa.
- c) Las jurisdicciones deben implementar políticas y procedimientos que notifiquen proactivamente a las jurisdicciones de origen de problemas con la terminología u otras cuestiones de fondo.

(continúa)

46. UNCAC, Artículo 46(17). Ver también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Artículo 7(12), y UNTOC, Artículo 18(17).

47. Ver http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_mutual_assistance_criminal_matters.pdf.

Recomendaciones Operativas (*continuación*)

- d) Las jurisdicciones solicitadas deben considerar la formulación y ejecución de políticas y procedimientos que garanticen que puedan utilizar cualquiera y todos los procedimientos posibles que les permitan ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua positivamente, incluyendo sus propios procedimientos y los procedimientos especificados en la solicitud.

Barrera 8: Falta de capacidades para prestar asistencia legal mutua

Las jurisdicciones suelen requerir una de las cuatro bases jurídicas para prestar asistencia legal mutua formal en casos penales y de recuperación de activos: convenios internacionales que contienen disposiciones sobre asistencia legal mutua en materia penal, como la UNCAC y la UNTOC; legislación interna que permite cooperación internacional en materia penal; acuerdos bilaterales de asistencia legal mutua; o una promesa de reciprocidad por vía diplomática (conocido en algunas jurisdicciones como exhorto). Sin una de estas bases jurídicas, las jurisdicciones no pueden prestar asistencia legal mutua.

Convenciones internacionales

Los profesionales citaron el incumplimiento y la utilización de las disposiciones de tratados, tales como la UNCAC y la UNTOC, como barrera para la recuperación de activos. Por ejemplo, los Capítulos IV y V de la UNCAC y el Artículo 18 de la UNTOC requieren que los Estados Miembros cooperen en la lucha contra la delincuencia y se asistan mutuamente para recuperar el producto y los instrumentos de conducta delictiva. Ambos convenios establecen tipos específicos de asistencia que los Estados deben prestarse recíprocamente, así como requisitos procesales y probatorios para dicha cooperación.

Dependiendo de los requisitos constitucionales, los países suelen recurrir a una de dos vías para cumplir sus obligaciones establecidas en el derecho internacional.⁴⁸ Algunos Estados deben incorporar las disposiciones de los tratados internacionales en su derecho interno, con frecuencia a través de legislación, antes de que adquieran fuerza de ley. En ausencia de las correspondientes disposiciones en el derecho interno, no podrá prestarse asistencia legal mutua tal como establecido en tratados internacionales como la UNCAC y la UNTOC. Por ende, el derecho interno determina el alcance y las condiciones para dicha asistencia.

En cambio, en otras jurisdicciones, el simple hecho de ratificar un convenio internacional como la UNCAC y la UNTOC, de forma automática, convierte las disposiciones

48. Alfred Verdross y Bruno Simmar, *Universelles Voelkerrecht: Theorie und Praxis* (Berlín: Duncker & Humblot, 1984), p. 54 y ss., p. 539 y siguientes; Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Clark, Nueva Jersey: Lawbook Exchange, 2003), p. 195 y ss.

del tratado en parte del derecho interno y, por ende, inmediatamente aplicables por jueces y autoridades nacionales. En estas jurisdicciones, puede prestarse asistencia legal mutua inmediatamente sobre la base de las disposiciones del convenio. No se requiere legislación nacional correspondiente.

Una barrera revelada por el estudio es la falta de incorporación completa y precisa de las disposiciones del convenio en el derecho interno, donde es necesario para que los convenios entren en vigor. En dichas jurisdicciones, las leyes internas sobre asistencia legal mutua no suelen permitir todos los tipos de asistencia según lo estipulado en convenios internacionales como la UNCAC y la UNTOC; dan cabida a motivos de denegación excesivamente amplios; o imponen requisitos probatorios excesivamente estrictos. Algunas de estas jurisdicciones ni siquiera cuentan con marco para asistencia legal mutua a nivel nacional. Por ende, las jurisdicciones que requieren la incorporación de los convenios internacionales se incorporen en el derecho interno deben garantizar legislación integral para la asistencia legal mutua que esté plenamente alineada con las disposiciones de la UNCAC, la UNTOC y otros convenios internacionales.

Sorprendentemente, los profesionales indicaron que incluso en jurisdicciones donde no se requiere la incorporación de los tratados de efecto inmediato, rara vez se utilizan estos convenios como vehículo para la cooperación en casos de recuperación de activos. En realidad, no recurrir a la UNCAC y la UNTOC se debe, en parte, a la formulación general de algunas de las disposiciones y a que los profesionales no están familiarizados con las convenciones.⁴⁹ Muchas jurisdicciones que no están obligadas a incorporar los tratados de aplicación directa también han establecido leyes de asistencia legal mutua para facilitar y regular la cooperación con Estados que no son partes de la UNCAC para permitir asistencia legal mutua en los casos que quedan fuera del ámbito de aplicación de los convenios; y para establecer normas, procedimientos y requisitos más específicos que los estipulados en tratados internacionales. Al tratar con otras partes de la UNCAC, las jurisdicciones también podrían emplear las leyes internas que consideren más favorables para dar responder positivamente a solicitudes de asistencia legal mutua.

Para garantizar que se ha explorado y aprovechado plenamente el potencial de las convenciones internacionales, las jurisdicciones con capacidad de ejecutar inmediatamente tratados como la UNCAC y la UNTOC a nivel nacional, deben garantizar que los profesionales sepan que pueden utilizar estos convenios multilaterales como base jurídica para otorgar y solicitar asistencia legal mutua, y que estén familiarizados con y sepan aplicar correctamente las disposiciones de los tratados, incluyendo los relacionados a recuperación de activos. Para facilitar este esfuerzo y capacitar suficientemente a los profesionales es necesario resolver las limitaciones de recursos descritas en la Barrera 3.⁵⁰

49. La Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC y sus grupos de trabajo han aprobado resoluciones instando a los Estados Parte y signatarios de difundir el conocimiento sobre aspectos sustantivos de la UNCAC y prestar asistencia técnica a los países que la soliciten.

50. Un producto de conocimiento a ser publicado por STAR en el futuro cercano, *Consortio de Gestión del Conocimiento y Biblioteca Legal de la UNCAC*, será un recurso útil.

Legislación Interna

Si bien las leyes nacionales para asistencia legal mutua desempeñan un papel significativo en la implementación de las obligaciones de los países con arreglo al derecho internacional, los profesionales también señalaron la importancia de legislación interna para casos en que se solicita asistencia legal mutua en ausencia de o fuera del alcance de convenios como la UNCAC y la UNTOC. Por lo tanto, todas las jurisdicciones, incluyendo las que no requieren la incorporación de los tratados internacionales en sus leyes, deben establecer legislación interna para asistencia legal mutua totalmente en consonancia con las disposiciones de asistencia legal mutua en los Capítulos IV y V de la UNCAC y el Artículo 18 de la UNTOC. Las jurisdicciones que aún no lo hayan hecho deben adherirse o ratificar y plenamente implementar la UNCAC, la UNTOC y otros instrumentos regionales e internacionales que faciliten la prestación de asistencia legal mutua lo más pronto posible.

Tratados Bilaterales de Asistencia Legal Mutua

Además de leyes internas y convenios internacionales, los tratados bilaterales de asistencia legal mutua pueden fungir como base jurídica complementaria para cooperación internacional en materia penal. A diferencia de los convenios multilaterales, los tratados bilaterales no suelen circunscribirse a una serie de delitos, sino que son aplicables a cualquier actividad delictiva dentro de su ámbito de aplicación. Crean obligaciones claras y vinculantes entre dos jurisdicciones para cooperar y definir procedimientos eficientes e integrales a ser aplicados. Los tratados bilaterales de asistencia legal mutua suelen crear una relación más estrecha entre los Estados signatarios que los convenios multilaterales y están diseñados para ajustarse a esa relación. Además, por lo general son más rápidos y más fáciles de negociar y modificar que los convenios multilaterales.

No obstante, los tratados bilaterales de asistencia legal mutua pueden llevar mucho tiempo y dinero, y pueden entrañar un complicado proceso de negociación. En muchos casos, sobre todo en casos que involucran a jurisdicciones con recursos limitados, las jurisdicciones pueden evitar la necesidad de un tratado bilateral permitiendo ciertos tipos de asistencia en ausencia de un tratado bilateral de asistencia legal mutua, incluyendo medidas provisionarias, basadas ya sea en el derecho interno⁵¹ o en disposiciones de tratados internacionales como la UNCAC.⁵² Los profesionales señalaron que en muchos casos recientes las disposiciones procesales y probatorias detalladas de convenciones como la UNCAC eliminaron la necesidad de tratados bilaterales de asistencia legal mutua. Las jurisdicciones deben realizar revisiones periódicas para

51. Legislación modelo sobre asistencia legal mutua fue elaborado por la ONUDD en 2007. Ver http://www.unodc.org/pdf/legal_advisory/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf.

52. A falta de un tratado aplicable de asistencia legal mutua, el Artículo 46 de la UNCAC prevé un mecanismo para transmitir y ejecutar solicitudes de los tipos de asistencia arriba mencionados. Cuando hay un tratado vigente entre los Estados Parte en cuestión, se aplicarán las normas del tratado, a menos que las partes convengan en aplicar del Artículo 46 (9) al (29). En todo caso, también se estimula a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación. En algunas jurisdicciones, se puede requerir que la legislación dé pleno efecto a las disposiciones.

determinar si suscribir un tratado bilateral de asistencia legal mutua generaría una cooperación internacional más productiva y abordar cualquier inquietud aún no tratada en convenios internacionales.

Sin embargo, los profesionales también declararon que los tratados bilaterales siguen siendo importantes en casos donde los tratados multilaterales existentes no son aplicables. Por ejemplo, cuando la jurisdicción de origen o solicitada no ha ratificado una convención pertinente, cuando la naturaleza de la solicitud está fuera del ámbito de aplicación del convenio pertinente, o cuando una autoridad presentó una solicitud pero no es considerada una autoridad competente conforme a un convenio vigente, entonces un tratado bilateral de asistencia legal mutua daría cabida a procedimientos ágiles y efectivos para prestar una amplia gama de asistencia. En tales casos, la ausencia de un tratado de este tipo podría significar que no se pueden prestar ciertas formas de asistencia o que las solicitudes tendrían que ser procesadas a través de canales formales, y a veces engorrosos, de asistencia legal mutua o exhortos.⁵³

Las jurisdicciones de origen, en particular en países en desarrollo, deben ser selectivas al suscribir tratados bilaterales de asistencia legal mutua, optando por jurisdicciones con las que la cooperación basada en el derecho interno o convenios internacionales sería limitada o excesivamente engorrosa, o con las que la cooperación es o será significativa (normalmente debido a vínculos económicos o geográficos). Se deben revisar los tratados bilaterales de asistencia legal mutua existentes y, en su caso, actualizados periódicamente para garantizar su continua relevancia.

Los países solicitados también deben reconocer que negociar un tratado bilateral de asistencia legal mutua puede no ser viable en ciertas circunstancias. En estos casos, los países solicitados deben considerar la aplicación de instrumentos ya existentes, como el Convenio del Consejo de Europa sobre Asistencia Judicial en Materia Penal; la Convención sobre el lavado, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; la Convención sobre Financiamiento del Terrorismo; la Convención Interamericana contra la Corrupción; y el Tratado de Asistencia Legal Mutua de la ASEAN.⁵⁴

Reciprocidad por la Vía Diplomática (Exhortos)

Como último recurso, se puede obtener asistencia legal mutua mediante exhortos basados en reciprocidad por canales diplomáticos. Pero este enfoque tiene muchas desventajas. Las comunicaciones se producen a través de canales diplomáticos, retrasando la respuesta y la asistencia. Por otra parte, los exhortos se limitan a la asistencia

53. En un esfuerzo para proveer orientación sobre la celebración o actualización de tratados de asistencia legal mutua, la ONUDD ha preparado un Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (Resoluciones de la Asamblea General 45/117, anexo, y 53/112, anexo I), que sintetiza la experiencia internacional adquirida en la implementación de estos tratados de asistencia legal mutua, en particular entre Estados Parte que representan distintos sistemas jurídicos. El tratado modelo está disponible en: http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_mutual_assistance_criminal_matters.pdf.

54. Ambos convenios también están abiertos a países que no son miembros del Consejo de Europa. Ver, por ejemplo, el Artículo 28 de la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal.

tribunal-a-tribunal y, por lo tanto, pueden no estar disponibles en las etapa de investigación o en las primera etapas del enjuiciamiento si no se han presentado cargos penales.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones que aún no lo han hecho deben adherirse o ratificar y plenamente implementar la UNCAC, la UNTOC y otros instrumentos regionales e internacionales que facilitan la prestación de asistencia legal mutua lo más pronto posible.
- b) Las jurisdicciones que necesitan incorporar convenios internacionales en el derecho interno deben garantizar que se establezca legislación interna integral y global sobre asistencia legal mutua que cumpla a cabalidad con los Capítulos IV y V de la UNCAC y el Artículo 18 de la UNTOC.
- c) Las jurisdicciones con capacidad de aplicar directamente los tratados internacionales de aplicación directa deben garantizar que los profesionales sepan que pueden utilizar convenios internacionales como la UNCAC y la UNTOC como base jurídica para asistencia legal mutua, y estén familiarizados con las disposiciones de los convenios. Se debe considerar la posibilidad de adoptar las leyes internas de asistencia legal mutua para permitir asistencia en ausencia de, o en casos que están fuera del ámbito de aplicación de los convenios internacionales.
- d) Las jurisdicciones deben considerar la suscripción de tratados bilaterales de asistencia legal mutua o memorandos de entendimiento con jurisdicciones que solamente prestan formas limitadas de asistencia legal mutua basado en sus leyes internas o basado en convenios como la UNCAC y la UNTOC, o jurisdicciones con las que la cooperación sería excesivamente engorrosa sin un acuerdo bilateral. Se debe dar prioridad a jurisdicciones de importancia estratégica, inclusive desde el punto de vista de recuperación de activos.
- e) Los tratados bilaterales de asistencia legal mutua existentes deben ser revisados y, en su caso, actualizados periódicamente para garantizar su continua relevancia.

Barrera 9: Incumplimiento de la UNCAC y la UNTOC

Una serie de jurisdicciones que participaron en el estudio no tipificaron todos los delitos con arreglo a la UNCAC y la UNTOC, o bien no extendieron su marco legislativo de decomiso a todos estos delitos. Como consecuencia, la capacidad de estas jurisdicciones para obtener o decomisar propiedades suele ser limitada si la solicitud proveniente del extranjero se refiere a un delito descubierto con arreglo a la UNCAC o la UNTOC. Para eliminar estas barreras a la recuperación de activos, las jurisdicciones deben garantizar que el alcance de su marco nacional de restricción y decomiso cubra todos los delitos plasmados en la UNCAC y la UNTOC.

Algunas jurisdicciones no aplican el marco de restricción y decomiso de la UNCAC a todos los tipos de propiedad incluidos en el convenio. Las jurisdicciones deben ser capaces de asistir en cuestión de restricción, decomiso y restitución de los productos del delito, propiedades, equipamiento u otros instrumentos utilizados o destinados a la comisión de un delito plasmado en la UNCAC. El término “producto del delito” incluye propiedad transformada o convertida y mezclada, así como ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito. Se define “propiedad” ampliamente para abarcar “activos de todo tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten titularidad u interés en dichos activos.” La capacidad de las jurisdicciones que no aplican sus disposiciones internas de restricción y decomiso a todos estos tipos de propiedad es necesariamente limitada en cuanto a la prestación de asistencia legal mutua.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben revisar las leyes penales internas y el alcance del marco de restricción y decomiso para garantizar que sean lo suficientemente amplios para abarcar todos los delitos con arreglo a la UNCAC y la UNTOC.
- b) Las jurisdicciones deben aplicar las disposiciones de restricción y decomiso de la UNCAC a todo tipo de propiedad tal como previsto en la UNCAC.

Barrera 10: Falta de Congelamiento Rápido o Mecanismos de Restricción

Dado que se pueden mover activos en cuestión de minutos y con un simple clic del ratón, el tiempo es de suma importancia para los investigadores. Cualquier demora en la ejecución de una solicitud de congelamiento después de que el sospechoso fue detenido o alertado puede ser fatal para la recuperación de activos. Desafortunadamente, los procesos actuales de asistencia legal mutua no son lo suficientemente ágiles para afrontar esta realidad, sobre todo en lo referente al rastreo, congelamiento e incautación de activos. Si bien muchas jurisdicciones permiten asistencia legal mutua durante las etapas de investigación o una vez que haya motivos para creer que se está a punto de enjuiciar al presunto delincuente, algunas jurisdicciones requieren que se entablen cargos penales antes de que asistencia para la restricción o incautación pueda ser prestada. Los profesionales afirmaron que este enfoque socava los esfuerzos por preservar los activos porque se notifica al titular del activo antes de haber tomado medidas provisionales necesarias. Para cuando se recibe una respuesta a una solicitud para restringir los activos, estos ya habrán sido movidos.

Para evitar esta barrera, las jurisdicciones no deben condicionar la prestación de asistencia legal mutua a la imposición de cargos penales.⁵⁵ En estos casos, la jurisdicción de

55. La UNCAC toma en cuenta la necesidad de permitir asistencia legal mutua antes de iniciar los procesos penales permitiendo a los Estados Parte ampliar su cooperación para incluir, no sólo asuntos penales, sino también a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción. Estos incluyen, por ejemplo,

origen puede verse obligada a dar razones por las que sostiene que se entablarán cargos y procesos penales. Sin embargo, cabe distinguir una solicitud de congelamiento provisorio de una solicitud de decomiso de activos, que es permanente y requiere notificación al titular del activo en la mayoría de las jurisdicciones.

Dada la naturaleza de los casos de recuperación de activos, las jurisdicciones también deben adoptar mecanismos que permitan el congelamiento expedito de activos. Esto se puede lograr permitiendo que una unidad de inteligencia financiera u otra autoridad competente imponga un congelamiento administrativo provisorio de hasta 72 horas, permitiendo que el magistrado investigador o el fiscal imponga un congelamiento (si hubiera razones para creer que, en última instancia, se emitirá una orden de decomiso o que es probable que los se disipen los activos), o permitiendo congelamientos automáticos al momento de presentar los cargos o efectuar una detención. Por ejemplo, un país puede instruir un congelamiento de 30 días tan pronto como se presentan los cargos o se realiza una detención. Esta acción provisorio impide la disipación de los activos mientras que las autoridades buscan una orden de congelamiento más larga. Las jurisdicciones también deben permitir que se congelen activos de forma urgente sin documentos originales. Si bien necesariamente se requerirá una solicitud firmada de asistencia legal mutua, debe permitirse el congelamiento en situaciones de emergencia sobre la base de información enviada por fax o, donde hubiera un alto grado de confianza, sobre la base de comunicación directa, por correo electrónico o teléfono. En estos casos, es posible implantar las restricciones iniciales conforme al derecho interno. Algunas jurisdicciones necesitarán garantías de que una orden de congelamiento fue dictada en la jurisdicción de origen, y que la orden será presentada con una solicitud formal. Esta vía puede quedar excluida si en el pasado la jurisdicción de origen no dio continuidad a tales garantías. Debido a la importancia vital de la confianza en solicitudes de emergencia, las jurisdicciones de origen no deben abusar de estos procesos y deben limitar sus solicitudes a las que son realmente urgentes (ver Barrera 1).

El congelamiento o el decomiso de activos infringe los derechos de propiedad del titular del activo, pero esta acción se justifica al cotejar con los derechos de las víctimas a recuperar fondos robados y la necesidad de obtener fondos antes de que el titular se alertado.⁵⁶ También se pueden introducir salvaguardas para garantizar que el titular del activo tenga la oportunidad de impugnar la orden de congelamiento. Una salvaguarda puede ser un requerimiento de que una solicitud formal de asistencia legal mutua para un congelamiento debe ser presentada dentro de cierto plazo.

los casos presentados por autoridades administrativas por hechos punibles en el derecho interno de los países solicitantes y solicitados, en los que la decisión pueda dar lugar a procesos penales por corrupción. A efectos comparativos, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (2001) extiende su ámbito de aplicación a los procesos administrativos que pueden conducir a procesos ante tribunales con competencia específicamente penal (artículo 1, párrafo 3, del convenio). Hay una disposición similar en el Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal de la Unión Europea del año 2000 (artículo 3, párrafo 1).

56. En efecto, en algunas jurisdicciones los tribunales requieren que el fiscal realice tal despliegue para obtener una restricción inicial antes de presentar cargos formales.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben permitir la prestación de asistencia legal mutua tras el inicio de una investigación sobre posible actividad delictiva, incluso cuando aún no se han presentado cargos penales.
- b) Las jurisdicciones deben introducir mecanismos que permitan rastreo rápido y congelamiento provisorio de activos antes de la presentación de una solicitud formal de asistencia legal mutua. Se requiere una solicitud formal de asistencia legal mutua para mantener los activos congelados.

Barrera 11: Falta de equilibrio en los requisitos de notificación que permite la disipación de activos

Algunas jurisdicciones requieren notificación al titular del activo cuando se recibe una solicitud de asistencia legal mutua, dando al titular del activo el derecho de impugnar la prestación de asistencia legal mutua antes de enviar información alguna sobre el titular a la jurisdicción de origen. Los profesionales declararon que los requisitos de notificación, en particular las solicitudes de documentación bancaria o financiera, alertan al titular del activo sobre la investigación, dándole la posibilidad de ocultar o disipar fondos, independientemente de que los fondos sean objeto de la investigación o que puedan ser rastreados a la cuenta siendo investigada. Los profesionales también indicaron que la notificación puede generar largas demoras mientras el titular del activo aprovecha todos los medios disponibles para bloquear el suministro de las pruebas solicitadas, incluyendo agotar todas las apelaciones, lo cual puede tomar meses o años.

La notificación o divulgación es un importante requisito de debido proceso para proteger al titular del activo, especialmente una vez que su propiedad ha sido restringida o incautada. Siempre se requiere notificación en procesos de decomiso debido a que el titular del activo puede verse obligado a ceder sus posesiones de forma permanente. Sin embargo, durante la fase investigativa, la divulgación siempre debe cotejarse con la necesidad de preservar las pruebas y combatir la corrupción. Las medidas de investigación y preservación de las pruebas son inherentemente provisorias, contienen suficientes salvaguardas para proteger los derechos del titular del activo, y no perjudican los derechos del titular del activo de forma permanente (ver Barrera 13).

Ante el riesgo de disipación o movimiento de los activos, si se provee notificación de una solicitud de información sobre esos activos, las jurisdicciones no deben divulgar esta notificación al titular del activo hasta tanto los activos no hayan sido congelados o restringidos. Del mismo modo, para no alertar al acusado de la investigación en curso, las jurisdicciones no deben requerir notificación a clientes cada vez que un banco comunica información solicitada por jurisdicciones extranjeras durante una investigación; más bien deben permitir que se retrase la divulgación hasta que se tomen medidas más coercitivas, tales como restricción permanente de los activos.

Para aquellas jurisdicciones que deben proceder a la divulgación para ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua de información financiera, la comunicación y la coordinación de las investigaciones por las jurisdicciones de origen y solicitadas son de vital importancia. Al recibir una solicitud de asistencia legal mutua, o cuando la información solicitada está lista para su transmisión a la jurisdicción de origen, la jurisdicción solicitada debe informar a la jurisdicción de origen que el titular del activo será notificado cuando se transmita la información. Esta comunicación permitirá que la jurisdicción de origen considere si debe ejecutar la solicitud en ese momento o bien solicitar monitoreo de la cuenta y considerar congelamientos transacción-por-transacción. En otros casos, las jurisdicciones de origen tendrán que ser informadas que, si bien no se requiere divulgación para una solicitud ex parte de congelar activos, el acusado puede acceder a documentos e información que formaron la base de la orden ex parte si se la impugna posteriormente.

Algunas jurisdicciones que requieren divulgación permiten la instauración de congelamiento provisorio no divulgado durante una investigación. En uno de estos países, los tribunales suelen permitir congelamientos provisionales de hasta seis meses sin notificación al titular del activo. Sin embargo, los congelamientos provisionales padecen sus propios problemas. Cuanto más tiempo se congela una cuenta, es más probable es que el sujeto investigado intente realizar una transacción y descubra la investigación. Entonces el sujeto investigado podría mover el dinero de otras cuentas que aún no fueron identificadas y congeladas. Por esta razón, si las indagaciones a una cuenta bancaria o propiedades revelan que el sujeto investigado tiene intereses en otras cuentas o bienes dentro la jurisdicción solicitada, la asistencia legal mutua debe permitir que se lleven a cabo las mismas indagaciones con relación a esas otras cuentas y propiedades. La utilización de asistencia informal fuera de asistencia legal mutua formal, tal como el intercambio espontáneo de información o el intercambio de información e inteligencia a través de UIFs, también puede ayudar a identificar otras cuentas a ser congeladas.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben permitir la prestación de asistencia legal mutua sin notificación al titular del activo cuando se trata de medidas de investigación y preservación de las pruebas, siempre y cuando existan suficientes protecciones de los derechos del titular del activo al debido proceso en esas etapas que requieren medidas coercitivas o intrusivas.
- b) Las jurisdicciones no deben requerir notificación obligatoria a clientes cuando una institución financiera comunica la información que solicitan jurisdicciones extranjeras durante una investigación. Como mínimo, las jurisdicciones deben contar con la capacidad de retrasar la notificación hasta la etapa apropiada de la investigación (que suele ser cuando el organismo encabezando la investigación está más preparado para mitigar los riesgos de la divulgación).

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones que requieren divulgación deben comunicarse con las jurisdicciones de origen antes de prestar asistencia para determinar si la jurisdicción prefiere recibir la información o bien prefiere tomar otras medidas para evitar la divulgación al titular del activo. En caso de existir dicho requerimiento, las jurisdicciones deben mostrar claramente esta información en su sitio web y advertir a profesionales en otros foros internacionales.
- b) Las jurisdicciones que requieren que se divulgue la ejecución de solicitudes formales de asistencia legal mutua deben permitir congelamiento provisorio durante las investigaciones sin divulgación al titular del activo.

Barrera 12: Leyes de secreto bancario

Los bancos y otras instituciones financieras de la mayoría de las jurisdicciones tienen prohibido divulgar datos personales y de cuentas de sus clientes, salvo en ciertas situaciones impuestas por ley o reglamentación. Algunas jurisdicciones manejan el secreto bancario otorgando a los fiscales la posibilidad de obtener información sobre la existencia de una cuenta, pero requiriendo que el fiscal obtenga una orden judicial para obtener información adicional sobre el contenido y las transacciones de la cuenta. En algunas jurisdicciones, los bancos no pueden divulgar información alguna sobre una cuenta bancaria a un fiscal sin aprobación judicial. Incluso puede ser un delito grave proveer información sobre un cliente bancario a terceros, incluyendo a gobiernos nacionales o extranjeros, a menos que se cumplan criterios muy estrictos. Los participantes del estudio identificaron estas restricciones como un obstáculo que impide llevar a buen término los esfuerzos de investigación, restricción y decomiso. Señalaron que los investigadores tienen pocas opciones para obtener información sobre cuentas específicas con activos robados donde las leyes de secreto bancario son estrictas. Sin esa información la restricción y el decomiso son imposibles.

El secreto bancario no debe proteger contra investigaciones sobre una conducta que tanto la jurisdicción de origen como la jurisdicción solicitada han tipificado como delito. En estos casos, la jurisdicción debe proveer la información solicitada sobre actividades de una cuenta bancaria con arreglo a convenios multilaterales, tratados bilaterales o legislación interna sobre asistencia legal mutua.⁵⁷

57. En particular, el Artículo 46 (8) de la UNCAC establece que los Estados Parte no podrán negarse a prestar asistencia legal mutua amparándose en el secreto bancario. El Artículo 40 de la UNCAC establece que cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario; y el Artículo 31 estipula que los Estados Parte no se negarán a embargar preventivamente, incautar o decomisar bienes amparándose en el secreto bancario.

Las leyes de secreto bancario pueden impedir que los organismos garantes del cumplimiento de la ley intercambien información y documentos bancarios con sus homólogos extranjeros, incluso cuando estos organismos desean colaborar con la jurisdicción extranjera. En algunos casos, las jurisdicciones solicitadas no proveerán documentos protegidos por leyes de secreto bancario cuando actividades específicas (incluyendo evasión de impuestos) se consideran delictivas en jurisdicciones de origen, pero no en jurisdicciones solicitadas. Para superar este obstáculo, a veces se provee la información sin solicitud formal de asistencia legal mutua. Por ejemplo, las UIFs pueden obtener información UIF-a-UIF, e integrar las Unidades de Inteligencia Financiera del Grupo Egmont facilita esta cooperación y agiliza el intercambio, ofreciendo a los miembros acceso al sitio web seguro de Egmont. Sin embargo, información provista de esta manera suele no ser admisible como prueba en un proceso judicial. En una de estas jurisdicciones no se admite información informal obtenida por la UIF como prueba porque la fuente de información será divulgada al acusado. Esta restricción puede significar que las autoridades saben dónde está el producto de la corrupción, pero no pueden demostrarlo en un tribunal y, por lo tanto, no pueden restringir, incautar o decomisar los activos.

Las jurisdicciones solicitadas pueden considerar que una solicitud no cuenta con suficiente información o pruebas para justificar la búsqueda y comunicación de documentos e información protegidos por leyes de secreto bancario. Algunas jurisdicciones pueden estar dispuestas a buscar pruebas e identificar a personas, cuentas bancarias o transacciones financieras en nombre de otra jurisdicción, incluso cuando esa jurisdicción solamente proveyó pruebas incompletas o no corroboradas. Otras jurisdicciones se niegan a buscar información bancaria cuando el Estado de origen no provee pruebas o justificación sólida del vínculo entre la información solicitada y la comisión del delito. Con frecuencia funcionarios corruptos y otros sujetos investigados no dejan rastro de papel sencillo. Cuando recabar información o pruebas necesarias para obtener asistencia legal mutua es demasiado laborioso, una jurisdicción de origen puede suspender la investigación en sus inicios.

Algunas jurisdicciones también pueden limitar su asistencia sólo a aquellos elementos específicamente enumerados en la solicitud de asistencia legal mutua a pesar de que claramente existe otra información pertinente. Estas restricciones pueden constituir un verdadero problema cuando se han transferido fondos a cuentas bancarias no mencionadas en la solicitud inicial. En esta situación, la jurisdicción solicitada podrá divulgar sólo la información relativa a la cuenta bancaria inicialmente identificada. Entonces la jurisdicción de origen tendrá que presentar una nueva solicitud que podría ser infructuosa si las pruebas desaparecen o los fondos son movidos otra vez. Las jurisdicciones deben evitar este tipo de limitación y dar cabida a “averiguaciones derivadas”. Si las averiguaciones sobre una cuenta bancaria o bienes revelan que el delincuente tiene intereses en otras cuentas o propiedades dentro de la jurisdicción solicitada, se deben realizar las mismas averiguaciones en torno a las nuevas cuentas y propiedades, sin necesidad de una nueva solicitud.

Secreto Profesional

Una barrera similar a las leyes de secreto bancario puede surgir cuando se convoca secreto profesional de la relación abogado-cliente que no permite que los investigadores analicen transacciones en las cuales participaron abogados. El secreto profesional es un derecho importante y debe ser reconocido en todas las jurisdicciones. Sin embargo, este privilegio no debe cumplirse cuando el abogado presta servicios financieros, en lugar de asesoramiento jurídico, o funge de intermediario financiero.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones no deben utilizar el secreto bancario como motivo para denegar plena cooperación (informal y formal) en casos internacionales relacionados con todos los delitos UNCAC y UNTOC.
- b) Las jurisdicciones deben promulgar legislación que limite y defina “información protegida” de manera precisa. El alcance de esta información debe ser muy estrecho. En casos en que los investigadores o fiscales de jurisdicciones de origen tengan interés legítimo y expresable en examinar dicha documentación, las leyes de secreto bancario deben ser lo suficientemente amplias como para dar cabida a estas solicitudes.
- c) Las jurisdicciones no deben permitir que el secreto bancario les impida prestar asistencia y proveer la documentación u otra información en casos en que las transacciones sospechosas que involucran a cuentas identificadas involucran a otras cuentas no identificadas en la solicitud.

Barrera 13: Leyes procesales y probatorias laboriosas

La diversidad de normas legales aplicables a procedimientos de restricción y decomiso puede causar confusión y demorar la asistencia legal mutua. Para decomisar el producto de delitos de corrupción, las autoridades solicitadas que buscan órdenes judiciales para pruebas o restricción de activos deben cumplir con el umbral probatorio establecido en su derecho interno. La cantidad de pruebas requerida varía de una jurisdicción a otra y también depende de si se solicita asistencia legal mutua internacional o asistencia dentro del país.⁵⁸ Cuanto más intrusiva sea la medida (o cuanto más alto será el umbral), más pruebas serán requeridas.

58. Por ejemplo, en un país el umbral probatorio es más bajo para solicitudes de asistencia legal mutua que para casos internos. Los delitos deben ser descritos de forma plausible en las solicitudes de asistencia legal mutua, pero no es necesario presentar pruebas; para casos internos el delito debe ser demostrado ante tribunal.

Requerir una base probatoria suficiente es un componente importante en todos los casos; sin embargo, requisitos demasiado estrictos pueden constituir un grave impedimento para la recuperación de activos. Por ejemplo, solamente se debe requerir que una jurisdicción que desea rastrear activos demuestre que hay causa razonable para creer que los activos están en la jurisdicción solicitada. Los requerimientos en las primeras etapas de una investigación, cuando los investigadores están reuniendo pruebas, rastreando activos y decidiendo si y cuáles activos congelar o incautar, siempre deben ser menos laboriosos que los requisitos para una incautación de facto. En casos de asistencia con arreglo a la UNCAC que entrañan medidas no coercitivas, la doble incriminación no es un requisito previo.⁵⁹

Medidas de investigación y provisionarias

Para las medidas de investigación y provisionarias, las jurisdicciones solicitadas pueden requerir estándares más exigentes que los de la jurisdicción de origen. Proveer pruebas admisibles suficientes para cumplir con el umbral probatorio en la jurisdicción solicitada es uno de los aspectos más difíciles de la presentación de una solicitud de asistencia legal mutua, especialmente cuando el intercambio se realiza entre jurisdicciones de derecho civil y de derecho anglosajón. En jurisdicciones de derecho anglosajón, las órdenes de allanamiento, órdenes de captura, y la restricción e incautación inicial de activos se suelen decidir por causa probable o motivo razonable para creer. Por ejemplo, un juez autorizará un allanamiento si hay causa probable para creer que se ha cometido un delito, que las pruebas se encuentran en el lugar que será registrado y que no hay medidas menos intrusivas para obtener el mismo resultado. Del mismo modo, por lo general es necesaria una orden judicial para obtener la producción de información de la cuenta bancaria. Algunas jurisdicciones de derecho anglosajón pueden negarse a cumplir órdenes de restricción extranjeras o ingresar órdenes de congelamiento si la jurisdicción de origen no ha provisto una orden definitiva de decomiso.

Por el contrario, la legislación de jurisdicciones de derecho civil con frecuencia permiten al juez o fiscal investigador conducir todos los actos necesarios para obtener las pruebas necesarias. Como resultado de esto, el allanamiento de propiedades, la producción de información de cuentas bancarias, o el congelamiento de activos pueden no requerir una orden judicial. En algunas jurisdicciones, sin embargo, sólo los activos que pueden ser vinculados a un delito, en lugar de todos los bienes sujetos a decomiso, pueden ser incautados o congelados durante las investigaciones. En otras, activos sustitutos o de valor equivalente pueden ser congelados, incautados o decomisados si los productos o los instrumentos del delito no pueden ser localizados. En la primera etapa de una investigación, el

59. UNCAC, Artículo 46(9)(b)

requerimiento de que los activos deben estar vinculados a un delito puede impedir una acción rápida, resultando en una notificación al acusado, y en última instancia permitir a los acusados mover o disipar los activos que aún no fueron identificados como productos o instrumentos de la delincuencia.

Antes de acordar restringir los activos, algunas jurisdicciones solicitadas requieren que las jurisdicciones de origen establezcan que se instituirán procesos judiciales en la jurisdicción de origen en un futuro próximo. El estándar de la prueba se suele cumplir tras la presentación de una declaración escrita a tal efecto. Sin embargo, si la jurisdicción de origen no presenta cargos dentro de un plazo determinado, la jurisdicción solicitada levantará la orden de restricción. En casos complejos o casos que requieren recolección de pruebas en varias jurisdicciones extranjeras antes de que la jurisdicción de origen pueda presentar cargos, el período de tiempo podría expirar antes de que se hayan completado todas las investigaciones necesarias. Levantar una orden de restricción en estos casos puede dar a la persona afectada una oportunidad para disponer de o mover los activos. Por consiguiente, las jurisdicciones deben garantizar que los requisitos probatorios aplicados a jurisdicciones extranjeras que buscan la emisión de órdenes de restricción internas no sean demasiado estrictos. Las jurisdicciones también deben permitir la extensión del período de tiempo de las órdenes de restricción iniciales cuando sea necesario.

Además, algunas jurisdicciones, particularmente las jurisdicciones de derecho común, pueden negarse a proveer asistencia legal mutua para solicitudes que están más allá del alcance de los delitos investigados, no contienen suficientes hechos sustanciales, no son lo suficientemente precisas o no establecen el vínculo necesario entre los activos y el delito o entre los activos y el acusado. Los profesionales de jurisdicciones solicitadas explicaron que la evaluación rigurosa de las solicitudes, incluso para medidas como la restricción (que puede considerarse como una medida coercitiva) es una salvaguarda importante para el delincuente y asegura la actuación proporcionada del Estado solicitado.

Tales requisitos pueden, sin embargo, ser muy difíciles de cumplir cuando no hay suficiente evidencia disponible para identificar los activos con particularidades. Un profesional leyó una carta en la que se negó una solicitud de asistencia legal mutua porque la jurisdicción sólo podía procesar aquellas solicitudes que involucran “activos identificables”. La solicitud fue rechazada porque la jurisdicción de origen no fue lo suficientemente precisa en identificar los activos que se creía estaban en poder del sujeto investigado en la jurisdicción solicitada. En la práctica, la obtención de documentos de cuentas bancarias procedentes de jurisdicciones solicitadas será muy difícil en ausencia de un registro central de cuentas bancarias, o si los nombres de los titulares de las cuentas que figuran en dichos registros no están en orden alfabético (ver Barrera 27).

Buenas Prácticas

Algunas jurisdicciones definen medidas “coercitivas” incluyendo la restricción, ya que da a las autoridades un control efectivo sobre la vida económica del delincuente, mientras que otras jurisdicciones consideran la restricción de activos como una medida de investigación o provisionales. Una buena práctica para las jurisdicciones que consideran que la restricción es una medida coercitiva es imponer una carga probatoria menor para la restricción y los congelamientos provisionales que para el decomiso. Por ejemplo, en una jurisdicción que considera la restricción como medida coercitiva, la carga probatoria para la restricción es menor (buen caso discutible) que la carga probatoria para medidas más permanentes (*prima facie*)

Decomiso Penal

Para decomisar activos en un caso penal, las jurisdicciones de derecho anglosajón en general requieren que una condena sea probada más allá de toda duda razonable. Para establecer el vínculo entre los activos y el delito después de la condena, algunas jurisdicciones de derecho anglosajón aplican el estándar cálculo-de-probabilidades o preponderancia-de-la-prueba, mientras que otros aplican el estándar más-allá-de-toda-duda-razonable. El estándar de cálculo-de-probabilidades (es más probable que un alegato sea cierto que no sea cierto) se aplica en los casos de decomiso civil. En jurisdicciones de derecho civil, las condenas penales y algunos regímenes de decomiso requieren prueba que convenza íntimamente a un juez (convicción íntima).

Demostrar un delito con estándares de la prueba requeridos en procesos penales puede ser difícil en casos de corrupción. En particular, los delitos de soborno plantean desafíos específicos. En algunas jurisdicciones, los fiscales deben probar que el pago de un soborno se realizó en aplicación de un pacto de corrupción entre el sobornador y un funcionario público; estas pruebas suelen ser muy difíciles de obtener. El estándar de la prueba para los miembros de UNCAC es menos estricto: El Artículo 28 obliga a los Estados Parte a asegurar que “el conocimiento, la intención o el propósito requeridos como elementos de un delito establecido de conformidad con esta Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas”. Aun así, la necesidad de una condena antes del decomiso puede ser una barrera importante, sobre todo cuando el acusado ha muerto o está prófugo.

Además, establecer más allá de una duda razonable que los activos están vinculados a un delito específico (jurisdicciones de derecho anglosajón) no es tarea fácil, ni tampoco lo es proveer pruebas que convenzan íntimamente al juez (jurisdicciones de derecho civil). Los profesionales indicaron que la dificultad de cumplir con estos requerimientos ha conducido al fracaso de los casos de recuperación de activos.

Para facilitar la recuperación de activos en casos de decomiso, en particular los relacionados con delitos UNCAC y UNTOC, las jurisdicciones deben tomar dos medidas. En primer lugar, deben asegurar que el estándar de la prueba requerido para demostrar que los activos están vinculados al delito no sea demasiado estricto. En segundo lugar, una vez que el Estado establece que los activos están vinculados a actividades delictivas en general, en lugar de un delito específico, debe haber una presunción refutable de que los activos son producto del delito.

Varias jurisdicciones con ambos sistemas, con condena y sin condena, han reducido el estándar de la prueba para el decomiso a un cálculo de probabilidades y sólo requieren “motivos razonables para creer” o incluso “motivos razonables para sospechar” para congelar los activos.⁶⁰ Este estándar puede facilitar en gran medida los esfuerzos de las jurisdicciones de origen para investigar y proteger los activos situados en el extranjero. Independientemente del estándar de la prueba aplicado, las leyes internas de asistencia legal mutua deben definirlo con gran especificidad para evitar cualquier incertidumbre.

En un número creciente de jurisdicciones, los tribunales civiles pueden decomisar los activos si los fiscales establecen por preponderancia de la prueba que los activos son instrumentos o productos del delito. Tales procedimientos de decomiso requieren la existencia de un delito penal, pero no la condena de una persona por actos ilegales. Este enfoque es particularmente útil en casos en que no es posible una condena penal, incluyendo los casos en que la propiedad está a nombre de un prófugo o un delincuente que ha muerto.

Los profesionales señalaron que la aplicación de presunciones *iuris tantum* o refutables puede ser muy útil. Donde se permite, solamente se requiere que la jurisdicción de origen establezca que los activos en cuestión no provienen de los ingresos legítimos de una persona, por lo que el titular de los activos debe demostrar, en base al estándar de la prueba aplicable (generalmente por preponderancia de la prueba o cálculo de probabilidades), que los activos provienen de fuentes legítimas. Si la parte demandada no logra establecer esto, se considera que el Gobierno ha cumplido con su estándar de la prueba.

Tanto la UNCAC como la UNTOC exigen que los Estados Parte consideren requerir que los delincuentes demuestren el origen lícito de los activos sujetos a decomiso.⁶¹ Además, la UNCAC alienta a los Estados Parte a penalizar el enriquecimiento ilícito,

60. Para obtener más información sobre los distintos estándares de la prueba en los procesos judiciales de decomiso penal y civil, ver Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant y Larissa Gray, *Recuperación de Activos Robados: Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos sin Condena* (Washington, DC: Banco Mundial, 2009), www.worldbank.org/star.

61. UNCAC, Artículo 31(8); UNTOC, Artículo 12(7). Debido que los países pueden tener restricciones constitucionales o de otro tipo que les impide imponer dicho requerimiento, se exige que los Estados Parte de la UNCAC consideren implementar esta medida conforme sea compatible con los principios fundamentales de su derecho interno.

definido como un “aumento significativo del patrimonio de un funcionario público que él o ella no pueda explicar razonablemente con sus ingresos legítimos.”⁶² En los casos de enriquecimiento ilícito, el fiscal sólo necesita demostrar que el ingreso legítimo de un funcionario público no puede explicar el incremento en sus activos o gastos. La defensa legal del funcionario público debe explicar cómo la propiedad en cuestión se obtuvo a partir de fuentes legales.⁶³

Para asegurar que estas presunciones no violan las garantías constitucionales de presunción de inocencia, la carga de establecer los elementos constitutivos del delito y la base de la presunción debe permanecer en la fiscalía, y el demandante podrá ofrecer una explicación razonable o creíble para refutar la presunción.⁶⁴ Las jurisdicciones que han adoptado este enfoque, en general lo han incorporado dentro de los procedimientos específicos de decomiso que se realizan después de la condena.

Buenas Prácticas

En algunas jurisdicciones, la legislación permite el decomiso de la propiedad de una organización delictiva. Autoridades suizas hicieron uso creativo de esta legislación en 2005 al declarar que un ex jefe de Estado, su familia y asociados constituían una organización delictiva. Como resultado de ello, un tribunal pudo ordenar el decomiso y la restitución de \$ 458 millones de activos relacionados, sin una prueba formal de que eran el producto de un delito específico. Fue suficiente establecer que estaban a disposición de la organización delictiva. Según la legislación, cualquier propiedad que pertenece a una persona asociada con una organización delictiva se “presume que estará a disposición de la organización hasta que se demuestre lo contrario.”^a

En algunos países, se aplica una presunción basada en “el estilo de vida delictivo”. Un acusado condenado por delitos de lavado de dinero se considera que tiene un estilo de vida delictivo, y todo el producto del delito puede ser confiscado. Para calcular el beneficio de la conducta delictiva, el tribunal está obligado a tener en cuenta todos los inmuebles transferidos a la parte demandada o la totalidad de los gastos del demandado durante un período de tiempo antes del inicio del proceso judicial. Del mismo modo, los obsequios a terceros, incluyendo ventas a un precio significativamente menor que su precio en la fecha de la transferencia, pueden considerarse contaminados. Todas estas propiedades pueden ser decomisadas como producto del delito a menos que la suposición de que son producto del delito se pruebe incorrecta. El cálculo de

(continúa)

62. UNCAC, Artículo 20.

63. La penalización por enriquecimiento ilícito es también un requerimiento en virtud de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y muchos países han promulgado legislación de apoyo.

64. Para más información, ver Greenberg, Samuel, Grant y Gray, *Recuperación de Activos Robados: Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos Sin Condena*, pp.58 -63

Buenas Prácticas (*continuación*)

probabilidades es el estándar de la prueba en relación al beneficio de una conducta delictiva general y la cantidad recuperable.^b

Francia tiene una ley que establece como delito que una persona no pueda demostrar ingresos suficientes correspondientes con su estilo de vida o el origen de bienes y cómo recibió un beneficio a partir de una relación regular con persona(s) involucrada(s) en delito grave o delito menor punible con al menos cinco años. Este delito se castiga con tres a siete años de prisión y permite al Estado decomisar todos los activos de la persona condenada. Por otra parte, si un hecho punible con un mínimo de cinco años de prisión resultó en beneficio directo o indirecto para el acusado, todas las propiedades del acusado pueden ser decomisadas, a menos que demuestre su origen legítimo.^c

a. Código Penal (Suiza), Artículo 72.

b. En Sudáfrica, la presunción se extiende por un período de siete años antes del inicio de los procesos judiciales: Ley de Prevención de Delincuencia Organizada. Segunda Enmienda 1999, Sección 22. En el Reino Unido, el plazo es de seis años para los acusados en los que se determinó un estilo de vida delictivo: Ley de Delitos (Reino Unido), Sección 10 (8). Ver también el Código Penal (Francia), Artículo 131-21.

c. Código Penal (Francia), Artículo 321-6.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben considerar introducir una legislación que establezca una presunción refutable para ayudar a satisfacer los requisitos probatorios para el decomiso penal después de la condena, en particular para los delitos UNCAC y UNTOC.
- b) Las jurisdicciones deben asegurar que los requisitos probatorios sean menos laboriosos para los casos de emisión de órdenes de restricción provisionales que para los casos de medidas más permanentes y los que están en las etapas posteriores del proceso de decomiso.
- c) Dentro de los límites de las garantías constitucionales o fundamentales del debido proceso, las jurisdicciones deben promulgar nueva legislación o adoptar nuevas prácticas para ayudar a cumplir con los requisitos probatorios a fin de agilizar la asistencia legal mutua para medidas de investigación, incluyendo el establecimiento de registros centrales de cuentas bancarias. (ver Barrera 27) .
- d) Tanto en el decomiso con condena como en el decomiso sin condena, las jurisdicciones deben asegurar que el estándar de la prueba para demostrar el vínculo de los activos con actividad delictiva no sea demasiado estricto y esté claramente establecido en las leyes internas correspondientes. Las jurisdicciones también deben garantizar que los fiscales deban establecer un vínculo solamente entre los activos y las actividades delictivas en general, y no entre los activos y un delito específico.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben definir estrictamente las expectativas en materia del contenido de las solicitudes de asistencia legal mutua y en un sitio web proveer ejemplos de solicitudes que no proporcionan justificación objetiva y lógica suficiente para razonablemente permitir una investigación más profunda.
- b) Las solicitudes de asistencia con información incompleta, pero un nexo claro entre el delincuente y los activos, deben ser aceptadas si parece probable que la jurisdicción solicitada es capaz de localizar los activos sobre la base de la información presentada o la información que guarda la jurisdicción solicitada.
- c) Las jurisdicciones deben fijar prioridades respecto de las solicitudes y limitar el volumen de la solicitud centrándose en los elementos específicos y esenciales para aumentar las posibilidades de que su solicitud de asistencia legal mutua sea aceptada.

Barrera 14: Falta de disposiciones de restricción y decomiso por valor equivalente

El concepto de restricción y confiscación por valor equivalente sostiene que activos legítimos equivalentes en valor a productos o instrumentos del delito pueden ser restringidos o decomisados en casos en que productos o instrumentos reales ya no están disponibles o no pueden ser localizados (también conocidos como “activos sustitutos”). Las jurisdicciones que no contemplan la restricción y el decomiso por valor equivalente crean una barrera importante para la recuperación de activos robados.⁶⁵ El número de jurisdicciones que está aplicando este principio va en aumento. Algunas lo aplican expidiendo órdenes de incautación y decomiso basadas en valores en lugar de órdenes basadas en bienes.

Los profesionales hicieron hincapié en que estas medidas de valor equivalente pueden ser muy útiles en casos de recuperación de activos, porque los productos e instrumentos del delito con frecuencia se entremezclan con activos legítimos. Establecer un vínculo entre bienes específicos y el delito penal ha demostrado ser uno de los aspectos más desafiantes en la recuperación de activos (ver Barrera 13).

65. El Artículo 31 (5) y (6) de la UNCAC establece que, cuando el producto del delito se mezcla con otros activos, todos los activos entremezclados están expuestos a decomiso hasta el valor estimado del producto del delito entremezclado.

Recomendaciones de Política

Las jurisdicciones deben promulgar legislación que permita la restricción y el decomiso de activos sustitutos o de valor equivalente. Como mínimo deben establecerse disposiciones que permiten tales medidas para bienes entremezclados, de conformidad con la UNCAC.

Barrera 15: Falta de un mecanismo de decomiso sin condena

Los profesionales informaron al equipo de estudio que el requerimiento de condena para que los activos robados puedan ser decomisados puede impedir esfuerzos de recuperación de activos, en particular en casos de corrupción. Si bien nunca debe sustituir el enjuiciamiento penal, en muchos casos el decomiso sin condena puede ser la única manera de recuperar el producto de la corrupción y lograr cierto grado de justicia. Las jurisdicciones que no cuentan con la capacidad de decomisar sin condena enfrentan un desafío por carecer una de las herramientas más importantes disponibles para recuperar los activos robados. El decomiso sin condena es valioso porque la influencia de funcionarios corruptos y otras realidades prácticas pueden impedir por completo las investigaciones penales o retrasarlas hasta después de que el funcionario haya muerto o huido a una jurisdicción que ampara al funcionario del enjuiciamiento, mientras que en ciertas jurisdicciones el funcionario corrupto puede tener inmunidad judicial. Debido a que un régimen de decomiso sin condena no depende de una condena penal, se puede proceder independientemente del fallecimiento, fuga o cualquier inmunidad que el funcionario corrupto pueda gozar (ver Barrera 17). Un número creciente de jurisdicciones han adoptado leyes que permiten el decomiso sin condena,⁶⁶ y esta práctica es fomentada en tratados multilaterales y por emisores de normas.⁶⁷

El decomiso sin condena por lo general se realiza de una de dos maneras. La primera es decomiso en el contexto de un proceso penal, pero sin necesidad de una condena o declaración de culpabilidad. En estas situaciones, las leyes de decomiso sin condena se incorporan en los códigos penales existentes, así como las leyes contra el lavado de dinero o anti-drogas, y se consideran procesos judiciales “penales” a los que se aplican leyes procesales penales. La segunda manera es decomiso fuera del proceso judicial penal, es decir, un proceso judicial civil o administrativo. Éste es un proceso judicial

66. Para obtener una lista de las jurisdicciones y la legislación pertinente, ver Greenberg, Samuel, Grant y Gray, *Recuperación de Activos Robados: Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso Sin Condena*. Nótese que varios países (especialmente del Caribe) agregaron medidas de decomiso sin condena tras la publicación de este libro.

67. UNCAC, Artículo 54(1)(c) exige a los países considerar dicho decomiso sin condena en casos de fallecimiento, fuga o ausencia, u otros casos apropiados. La recomendación 3 de las 40+9 Recomendaciones de GAFI requiere que los países consideren permitir el decomiso sin condena. GAFI también ha introducido mejores prácticas para decomiso sin condena, incluido el reconocimiento de órdenes extranjeras de decomiso sin condena: GAFI, *Mejores Prácticas - Decomiso (R. 3 y 38)*, aprobado por la plenaria del GAFI en febrero de 2010.

independiente que puede ocurrir separadamente o en conjunto cualquier proceso penal relacionado. En varias jurisdicciones, esta forma de decomiso se llama “confiscación civil,” o “decomiso civil”.

Incluso donde se acepta el decomiso sin condena, la cooperación internacional en estos casos puede ser difícil debido a que los sistemas varían considerablemente, tanto en la determinación del tribunal (civil o penal) y en los elementos procesales y de fondo, como el estándar de la prueba (balance de probabilidades, más allá de duda razonable o convicción íntima). La orden de decomiso sin condena es derecho *in rem* en algunas jurisdicciones (una acción que afirma un reclamo de propiedad sobre los activos), pero *in personam* en otras (una demanda contra una persona por un delito o incumplimiento de una obligación legal). Para procesos *in rem*, la presencia de propiedad en el país es suficiente para establecer jurisdicción para proceder con el decomiso sin condena. Algunas jurisdicciones aplicarán decomiso sin condena sólo después de que el proceso penal es abandonado o no tiene éxito, mientras que otras lo aplican paralelamente al proceso penal relacionado.

Los países sin disposiciones para decomiso sin condena deben introducir legislación interna que permita el uso de esta herramienta. Estas leyes no sólo ampliarán las medidas disponibles para combatir la corrupción y el lavado del producto del delito a nivel nacional, sino también pueden ayudar a las jurisdicciones de origen a optar por delegar el caso a la jurisdicción solicitada. Los profesionales destacaron la utilidad del decomiso sin condena ya que puede ser más rápido y más eficiente, y puede ser el único recurso cuando el delincuente está muerto, ha huido de la jurisdicción o es inmune al enjuiciamiento.

Si bien es mejor no limitar el alcance del decomiso sin condena, como mínimo debe ser aplicable a las circunstancias en que el autor material ha muerto, está prófugo, ausente o es desconocido, así como en “otros casos apropiados” (para permitir que las jurisdicciones puedan ir más allá de los requisitos mínimos). Por ende, las jurisdicciones mismas deben determinar cómo se implementa el decomiso sin condena, ya sea en el contexto de las leyes y procesos o a través de un sistema o ley fuera del proceso penal. La ventaja de un proceso separado es su total independencia de cualquier causa penal, y que puede ser iniciado en un tribunal independiente, posiblemente evitando toda influencia inapropiada que pueda ser ejercida en la causa penal.

Si bien el decomiso sin condena es una herramienta valiosa en muchos casos, si es posible un proceso penal, puede que el decomiso sin condena no sea la mejor manera de proceder. La cooperación internacional puede ser difícil si la jurisdicción solicitada no permite el decomiso sin condena.⁶⁸ Además, el decomiso de activos después de una

68. Algunos profesionales dicen que el decomiso sin condena puede ser un problema en jurisdicciones que requieren que las partes perdedoras paguen los costos judiciales a la otra parte, lo que resulta en un riesgo sustancial de costos para la jurisdicción que no existe cuando los bienes son decomisados después de una condena penal. Algunas jurisdicciones exigen compromisos o un acuerdo para pagar los costos y daños y perjuicios. Greenberg, Samuel, Grant, y Gray, *Recuperación de Activos Robados: Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso Sin Condena*. 79, casilla 23.

condena penal puede ser ventajoso cuando esa jurisdicción permite la recuperación de todos los activos de un delincuente, sean irregulares o legítimos, en virtud de disposiciones especiales relacionadas con el estilo de vida delictivo.

Además, las jurisdicciones deben tener la capacidad de ejecutar una orden de decomiso de otra jurisdicción. Las leyes internas deben ser flexibles para tomar en cuenta las diferencias en los sistemas legales. Varias jurisdicciones permiten la aplicación directa de dichas órdenes sólo hay doble incriminación o sólo si la orden fue emitida por una jurisdicción designada por la jurisdicción solicitada como jurisdicción cuyas órdenes serán ejecutadas. Estos tipos de limitaciones no deben ser excesivamente laboriosos ni aplicados demasiado estrictamente. (ver Barrera 22).

La legislación sin condena también debe incluir los procesos aplicables para su cumplimiento y una lista de defensas que serán reconocidas, incluyendo casos en que el propietario de los bienes impugna la decisión subyacente. (Para más información y orientación sobre los conceptos claves que deben incluirse en la legislación sin condena, consulte *Recuperación de Activos Robados: Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos sin Condena* publicado en 2009 por la Iniciativa StAR).

Buenas Prácticas

Proporcionar más de un método para la recuperación de activos provee a los fiscales las herramientas que necesitan, dependiendo de las circunstancias del caso. Algunas jurisdicciones tienen dos regímenes principales para la recuperación de activos: el decomiso penal que requiere una condena, y el decomiso sin condena que no la requiere. Para decomiso basado en valor equivalente no es necesario establecer el vínculo entre la criminalidad y los activos obtenidos para cumplir una orden final, pero se debe contar con pruebas de que los activos están vinculados a una persona que ha sido acusada o condenada por un delito. Para decomiso sin condena es necesario establecer un vínculo entre la actividad delictiva en general y los activos buscados, pero no se necesita condena penal.

Otra jurisdicción permite la aplicación directa de las órdenes de decomiso externas basándose en el propósito de la orden y no en si la orden proviene de un tribunal civil o penal. Para permitir la aplicación tanto del decomiso penal como del decomiso sin condena, esta jurisdicción define una orden externa como "una orden dictada por un tribunal con el propósito de recuperar el producto del delito o el valor que representa el producto del delito."

Algunas jurisdicciones aplican órdenes sin condena extranjeras incluso cuando su régimen interno solamente permite decomiso con condena.⁹ En algunos países de América Latina, esta práctica se denomina "homologación" y la orden de restricción sin condena se presenta ante un tribunal civil para su ejecución. Otras jurisdicciones en la región del Caribe ejecutan una orden de restricción sin

(continúa)

Buenas Prácticas (*continuación*)

condena, siempre y cuando un caso penal esté en curso o se haya emitido en conexión con una investigación penal.

a. RAE de Hong Kong, China: Ley de Recuperación de Activos Civiles (Cooperación Internacional) de Jersey de 2007; Francia. Los tribunales franceses reconocen y ejecutan una orden extranjera de decomiso sin condena de Italia en conformidad con el Convenio del Consejo de 1990, Convenio de Europa sobre el lavado, seguimiento, incautación y decomiso del producto del delito a pesar de que Francia no tenía un sistema para decomiso sin condena: Cour de cassation 13 de noviembre de 2003, No. 3 03-80371, caso Crisafulli. Los tribunales consideraron dos factores. En primer lugar, las pruebas que establecían que la propiedad era producto de un delito eran suficientemente similares a las requeridas para una decisión penal, por lo que es considerado como un caso penal. En segundo lugar, las consecuencias sobre la propiedad de la persona eran similares a una sanción penal.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben promulgar legislación interna que permita el decomiso sin condena. Como mínimo debe permitirse el decomiso sin condena cuando el delincuente está muerto, prófugo, ausente, es inmune a enjuiciamiento o en otros casos apropiados.
- b) Las jurisdicciones deben, como mínimo, permitir la ejecución de las órdenes extranjeras sin condena.

Barrera 16: Falta de capacidad para ejecutar convenios de declaración de culpabilidad

En muchas jurisdicciones de derecho anglosajón, los acuerdos de declaración de culpabilidad permiten a las fiscalías reducir a un cargo menor o disminuir el número de cargos del acusado a cambio de cooperación sustancial.⁶⁹ Parte de la cooperación suele incluir la voluntad del acusado de revelar dónde y cómo están ocultos los activos ilícitos, lo que elimina la necesidad de investigaciones complejas y prolongadas, resultando en una recuperación de activos más efectiva y rápida, así como permite conservar los valiosos recursos policiales y judiciales. Algunos profesionales perciben la falta de un mecanismo para llegar a un acuerdo de declaración de culpabilidad que motive al acusado a cooperar como una barrera para la recuperación de activos. Otra barrera percibida fue la imposibilidad de algunas jurisdicciones sin mecanismos para alcanzar acuerdos de declaración de culpabilidad de honrar dichos acuerdos alcanzados en otra jurisdicción con relación al decomiso o liberación de los activos.

Muchas jurisdicciones rechazan el concepto de acuerdos de declaración de culpabilidad por la preocupación de que el proceso de búsqueda de la verdad se vea distor-

69. Por lo menos una jurisdicción de derecho civil también ha introducido acuerdos de declaración de culpabilidad para organizaciones delictivas. Para más información ver el recuadro de Buenas Prácticas en esta sección.

sionado, conduciendo a un resultado jurídico incorrecto. Sin embargo, las jurisdicciones que oficialmente no permiten acuerdos de declaración de culpabilidad deben considerar la incorporación de otros mecanismos que permitan a las autoridades garantes del cumplimiento de las leyes obtener cooperación sustancial del acusado, particularmente respecto de la identificación y el decomiso voluntario de bienes ilícitos, así como disposiciones que para el cumplimiento de acuerdos alcanzados en jurisdicciones extranjeras. Incluso los profesionales de jurisdicciones que oficialmente rechazan el concepto de declaración de culpabilidad reconocen que estos acuerdos pueden ser instrumentos de investigación efectivos. Por otra parte, algunos profesionales sin una tradición de acuerdos entre las partes admitieron que tales acuerdos se producen en la práctica sin base formal alguna.

En general, un tribunal debe revisar y aceptar los acuerdos de declaración de culpabilidad y se valdrá de su propio criterio para la sentencia o sanción (como multas). Normalmente el tribunal tiene en cuenta las recomendaciones presentadas por el ministerio público describiendo los méritos del acuerdo de declaración de culpabilidad. En casos internacionales de recuperación de activos, cualquier acuerdo de declaración de culpabilidad contemplado debe ser discutido entre todas las jurisdicciones involucradas en el litigio, incluyendo las medidas de decomiso relacionadas. En caso de imponer una sanción deben mantenerse discusiones relativas a la asignación de la sanción, que puede incluir una disposición de decomiso. Tales acuerdos deben tener en cuenta las diferentes disposiciones constitucionales y estatutarias que rigen en múltiples jurisdicciones. Por ejemplo, en un caso en que una asignación de pena en virtud de un acuerdo de culpabilidad era inconstitucional en una de las jurisdicciones involucradas, el tribunal hizo hincapié en la importancia de asegurar que ambas jurisdicciones tengan la facultad constitucional y legal para celebrar un acuerdo de ese tipo, incluido el acuerdo para asignar la pena o el decomiso, pero luego falló a favor de la recomendación de sanción del fiscal en aras de la justicia.⁷⁰

Además, los acuerdos de declaración de culpabilidad pueden tener efectos adversos sobre las investigaciones en curso relacionadas en otras jurisdicciones. Por ejemplo, un acuerdo de declaración de culpabilidad que indica que el archivo se cerrará y no estará disponible para profesionales de otras jurisdicciones podría obstaculizar esas otras investigaciones, crear mala voluntad entre las jurisdicciones, y posiblemente impedir que se haga justicia. Por esa razón, las jurisdicciones que están considerando un acuerdo de culpabilidad deben coordinar con otras jurisdicciones extranjeras que investigan al acusado para asegurar que tienen las pruebas necesarias para llevar a cabo su propia investigación y enjuiciamiento.

70. Un ejemplo es un acusado extraditado del país A al país B y suscribe un acuerdo de declaración de culpabilidad en el país B con respecto a los bienes situados en el país A. Si el acusado reconoce que la propiedad le pertenece a él y no a un tercero, y acepta voluntariamente renunciar a su interés en algunos de los activos a ser decomisados, el fiscal en el país B puede acordar devolver algunos de los activos a la parte demandada o a su familia, sobre todo si los activos no están directamente conectados con el delito. Sin embargo, tal acuerdo puede violar las disposiciones constitucionales o legales del país A, que aún pueden estar obligado a buscar el decomiso.

Buenas Prácticas

Uno de los pasos estratégicos importantes tomados por el gobierno del Perú en las primeras etapas de la investigación sobre Vladmiro Montesinos, jefe del servicio de inteligencia de Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori, fue la aprobación de la Ley 27.738. Montesinos fue condenado por malversación de fondos, toma de posesión ilegal de su cargo como jefe de inteligencia, abuso de poder, tráfico de influencias, tráfico ilegal de armas y soborno de los canales de televisión. Montesinos también fue investigado por lavado de dinero, contrabando de drogas, corrupción y otras actividades delictivas. La ley, que establece un mecanismo de acuerdo de culpabilidad para investigaciones sobre delincuencia organizada, fue única porque el concepto de “declaración de culpabilidad” y los acuerdos de declaración de culpabilidad no existe en Perú ni en muchas otras jurisdicciones de derecho civil, como sí existe en muchas jurisdicciones de derecho anglosajón. La ley permitía a los integrantes de una organización delictiva objeto de enjuiciamiento, con la excepción de dirigentes y algunos funcionarios públicos, a comprometerse con los fiscales en acuerdos de declaración de culpabilidad, a menudo proporcionando información a cambio de una sentencia reducida. Los acuerdos de culpabilidad logrados bajo esta ley produjeron pruebas que contribuyeron a la condena segura de Montesinos y evitaron años de litigios. Lo más importante es que la nueva ley permitió a las autoridades peruanas obtener información expedita sobre el flujo de fondos y, a través de un proceso de renuncia, recuperar activos ubicados en jurisdicciones extranjeras por valor de más de US\$ 175 millones.

Recomendaciones de Política

Las jurisdicciones deben considerar la creación de mecanismos que permitan la cooperación proporcional de los acusados en casos de recuperación de activos.

Recomendaciones Operativas

Antes de entrar en un acuerdo de culpabilidad o acuerdo similar, las jurisdicciones deben tratar de coordinar con otras jurisdicciones con interés directo en la investigación, para evitar poner en peligro investigaciones relacionadas que se realizan en esas jurisdicciones.

Barrera 17: Leyes de inmunidad que impiden enjuiciamiento y asistencia legal mutua

Los profesionales señalan que las inmunidades internacionales otorgadas por ley a estados y funcionarios extranjeros suelen constituir barreras a la asistencia legal mutua en casos de corrupción o al enjuiciamiento de funcionarios extranjeros con activos en centros financieros. Algunos países conceden inmunidad funcional a funcionarios extranjeros cumpliendo actos de Estado, los protege de responsabilidad penal o acciones civiles derivadas de actos realizados en su capacidad oficial, incluso después de dejar el puesto. En repetidas ocasiones los tribunales han declarado que los procesos judiciales contra personas actuando a título oficial, incluyendo acciones civiles, son equivalentes a demandar al Estado extranjero mismo. Los países también otorgan inmunidad personal - por lo general a un pequeño grupo de funcionarios extranjeros (jefes de Estado o Gobierno, miembros de gabinete de alto nivel, ministros extranjeros y diplomáticos en el país anfitrión) - de procesos penales derivados de actividades oficiales y privadas. Este tipo de inmunidad, que se puede extender a demandas civiles, normalmente cesa cuando el funcionario deja el puesto.

Cualquier tipo de inmunidad internacional es un obstáculo importante para procesos penales en contra de funcionarios, en particular para jefes de estado o de gobierno, ministros de relaciones exteriores, y diplomáticos en un país anfitrión.⁷¹ Además, los funcionarios extranjeros pueden reclamar inmunidad estatal para actividades relacionadas con la soberanía del Estado (en oposición a actividades comerciales). Este tipo de inmunidad actúa como barrera ya que, por ejemplo, las cuentas bancarias se configuran a nombre de una jurisdicción, pero se utilizan para financiar gastos personales de funcionarios deshonestos que intentan reclamar inmunidad sobre la base de que las actividades están relacionadas con la soberanía del Estado.

Si bien la intención de las disposiciones de inmunidad es permitir a un funcionario extranjero actuar con libertad, estas leyes también han tenido el efecto de blindar contra procesos penales a funcionarios sospechosos de corrupción. Cuando no hay investigación penal pendiente, los canales de asistencia legal mutua no están disponibles y no puede realizarse una solicitud de incautación de activos extranjeros. Esta situación es muy problemática dado que los casos de recuperación de activos suelen involucrar a políticos de alto nivel y líderes de gobierno actuales o anteriores. Estos funcionarios pueden utilizar inmunidades para evitar ser enjuiciados, hasta que hayan expirado los plazos de prescripción aplicables. Además, los delincuentes que han participado en actividades corruptas, incluyendo familiares o intermediarios de un funcionario, pueden beneficiarse de las leyes de inmunidad accediendo a cargos públicos o pasaportes diplomáticos únicamente para organizar o cometer delitos con impunidad.

71. Algunas jurisdicciones también incluyen los ministerios de defensa y de hacienda.

Sin embargo los tribunales internacionales y nacionales han definido el alcance y los límites de las inmunidades internacionales, y en los últimos años han circunscrito su aplicación en casos de corrupción. Como resultado de esto, las autoridades ahora pueden procesar a funcionarios extranjeros y prestar asistencia legal mutua en una serie de circunstancias⁷². Primero, los funcionarios extranjeros que no sean jefes de estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores o diplomáticos en un estado anfitrión no gozan de inmunidad internacional por actos cometidos a título personal. Además, los ex jefes de estado, ex jefes de gobierno y ex ministros de relaciones exteriores pueden ser juzgados en tribunales extranjeros por actos cometidos antes o después de su período en el cargo, así como por actos privados ocurridos durante su mandato. Las autoridades y los tribunales de jurisdicciones solicitadas no encontrarán ningún obstáculo jurídico para ofrecer asistencia legal mutua o para enjuiciar a funcionarios extranjeros en tales circunstancias.

En segundo lugar, no hay inmunidad internacional para funcionarios procesados por su propia jurisdicción. Los jefes de estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y diplomáticos actuales o anteriores en un país anfitrión pueden ser juzgados por sus tribunales en su país de origen de conformidad con las leyes nacionales pertinentes. Los funcionarios también pueden ser procesados si el Estado que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad. En estas circunstancias, la jurisdicción extranjera puede prestar asistencia legal a las autoridades competentes en la jurisdicción donde se realiza el enjuiciamiento.

En tercer lugar, la inmunidad internacional no puede aplicarse cuando los fondos pertenecientes a un Estado extranjero son retenidos por empresas privadas o se sustituyen por y se manejan como propiedad comercial o privada. Del mismo modo, el producto de la corrupción o los fondos malversados retenidos en vehículos corporativos off shore que representan actuar en nombre de un Estado pueden ser legalmente incautados y congelados a pesar de afirmaciones de que están cubiertos por inmunidad de los Estados. En estas circunstancias, es necesario mirar más allá del nombre del Estado y considerar la función y el carácter del vehículo corporativo. Por otra parte, normalmente los activos en poder de los familiares de un jefe de estado actual no están protegidos por inmunidad internacional.

Una aplicación rigurosa de estos principios en el cumplimiento de las leyes y tratados internacionales habituales puede ayudar a las jurisdicciones víctimas en sus esfuerzos por superar o mitigar las dificultades que plantean las leyes de inmunidad, como se muestra en el ejemplo de buenas prácticas descrito en esta sección. Además, cuando se trata de un delito UNCAC o UNTOC, las jurisdicciones deben considerar si estas inmunidades deben aplicarse o no aplicarse a cada caso particular.⁷³ Si bien las inmu-

72. Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (*República Democrática del Congo contra Bélgica*), Excepciones Preliminares y Méritos, Sentencia, ICJ Rep 2002, 3.

73. En la tercera reunión de la Conferencia de Estados Parte de la UNCAC en noviembre de 2009, se alentó a los Estados Partes a limitar las inmunidades legales nacionales, de conformidad con sus sistemas legales y principios constitucionales.

nidades son importantes para proteger a funcionarios de demandas sin mérito y frívolas, esta protección debe estar equilibrada con el interés público en la lucha contra corrupción en el sector público. En estos casos, el intenso interés público en detener la corrupción en el sector público inclina la balanza hacia permitir el enjuiciamiento.

Buenas Prácticas

En los Estados Unidos, los tribunales emitieron órdenes de restricción provisionales contra vehículos corporativos controlados por Ferdinand Marcos, ex presidente de Filipinas. Los jueces dictaminaron que la doctrina de actos del Estado no se aplicaría cuando el (nuevo) gobierno de Filipinas pidió al gobierno de los EE.UU. que investigue las denuncias de que Marcos había abusado de su posición para cometer delitos financieros mientras era presidente. Se presentó una demanda civil en Filipinas contra Marcos, su esposa Imelda Marcos y otras personas involucradas en las propiedades congeladas. Un año más tarde, el tribunal competente rechazó la apelación del ex presidente y dictaminó que un síndico debía ser nombrado. Las propiedades hipotecadas fueron vendidas y el saldo después del pago de las hipotecas fue entregado a la jurisdicción de origen.^a

En las Filipinas, la renuncia a la inmunidad del ex presidente Marcos facilitó la recuperación de fondos públicos robados al permitir el congelamiento y la devolución de los fondos que él había depositado en bancos suizos.

a. *República de Filipinas v Marcos*, 806 F. 2d 244 (2d Cir CA. 1986).

Recomendaciones de Política

- a) Donde sea necesario, las jurisdicciones deben promulgar leyes para asegurar que el alcance de las inmunidades internacionales aplicables en su jurisdicción no se extienden más allá de los límites definidos por la ley y la jurisprudencia internacional. La legislación debe permitir el enjuiciamiento, el decomiso de activos y la asistencia legal mutua cuando:
 - i) los actos en cuestión se cometieron a título personal;
 - ii) los funcionarios extranjeros están siendo enjuiciados por su propia jurisdicción; o
 - iii) los funcionarios extranjeros son los beneficiarios reales de los activos administrados como recursos privados o en nombre de familiares y asociados.
- b) Las jurisdicciones deben promulgar una legislación que contemple la suspensión de los plazos de prescripción aplicables hasta que los funcionarios extranjeros protegidos por inmunidades dejen sus posiciones o pierdan la inmunidad.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones no deben considerar las inmunidades como obstáculo cuando éstas son suspendidas por el Estado del funcionario.
- b) Las jurisdicciones deben examinar cuidadosamente cada caso que involucre delitos de corrupción para determinar si las inmunidades son aplicables o el enjuiciamiento es posible. Si hay inmunidades aplicables y no pueden ser suspendidas, se debe estimular a los fiscales a considerar otras vías para lograr la justicia, incluyendo demandas civiles, decomiso sin condena o cargos contra otras personas o entidades involucradas en los delitos.

Barrera 18: Plazos de prescripción demasiado breves

En la mayoría de las jurisdicciones se prohíbe acción penal tras la expiración de un plazo legalmente determinado a partir de la comisión del delito. Estas disposiciones se conocen como “plazos de prescripción” o “régimen de prescripción”. Si el plazo de prescripción ha expirado, ya sea en la jurisdicción de origen o en la solicitada, las autoridades judiciales en las jurisdicciones solicitadas podrán negarse a extender asistencia legal mutua, no enjuiciar los casos de corrupción y lavado de dinero, o negarse a cumplir las órdenes de decomiso extranjeras. Los plazos de prescripción pueden recompensar a delincuentes que logran ocultar su conducta o que operan en un entorno que impide el expedito inicio de las investigaciones. Es difícil y a veces imposible descubrir, investigar y enjuiciar la corrupción oficial, mientras que el infractor ocupa su puesto. Los profesionales identificaron plazos de prescripción que son demasiado cortos para permitir el enjuiciamiento de delitos de lavado de dinero y corrupción como un obstáculo para la recuperación de activos.

En la práctica el plazo de prescripción varía según la jurisdicción y el delito. La disparidad de las leyes en las distintas jurisdicciones pone de relieve la complejidad de la cuestión. Un país no tiene plazo de prescripción para delitos de lavado de dinero. En cambio, en otra jurisdicción el plazo de prescripción para estos delitos es de 7 años, pero el plazo de prescripción puede ser más largo (15 años) cuando las actividades de lavado de dinero implican producto de delitos determinantes específicos (incluyendo abuso de confianza, fraude y robo) o cuando los delitos de lavado de dinero fueron cometidos por una organización delictiva, una pandilla o en el ejercicio de una actividad profesional. En otra jurisdicción, no es posible enjuiciar por lavado de dinero cuando los fondos fueron lavados después de vencido el plazo de prescripción del delito subyacente.

Si el plazo de prescripción de un delito ha expirado en la jurisdicción solicitada, esta jurisdicción no puede considerar la infracción como un delito y puede negarse a prestar asistencia basada en la doble incriminación. En estos casos, sin embargo, debe regir la limitación de tiempo en la jurisdicción de origen puesto que el enjuiciamiento del delito se realizará en la jurisdicción de origen.

Por motivos de procedimiento, la expiración de un plazo de prescripción que prohíbe procesos judiciales por lavado de dinero o impide otras formas de asistencia legal mutua en el país solicitado puede ser considerada inaceptable en casos de corrupción de gran escala que involucra a regímenes o funcionarios que acumularon activos robados en detrimento de la seguridad o la salud de su población. Los casos de gran corrupción no sólo dañan las finanzas públicas de los países en desarrollo, sino que al desviar recursos públicos también se pone en peligro las vidas de personas amenazadas por hambre, se priva a otros de la ayuda que necesitan para luchar contra la pobreza y niega a otros acceso a servicios de salud que necesitan para sobrevivir. Además, a veces se cometen estos despojos para fortalecer dictaduras y financiar violencia política o guerras ilegales. Como tales, podrían considerarse violaciones de los derechos humanos básicos. Los funcionarios que utilizan o traicionan su mandato para cometer estos delitos deben ser sujetos a los más altos estándares de rendición de cuentas. Por estas razones, las jurisdicciones deben considerar la aprobación o modificación de la legislación para eliminar los plazos de prescripción para delitos de gran escala o delitos de corrupción atroces que ponen en peligro la vida de poblaciones enteras. Si la eliminación de plazos de prescripción parece difícil de lograr teniendo en cuenta los principios tradicionales que los justifican, las jurisdicciones podrían al menos alargar los plazos de prescripción para casos de corrupción y de lavado del producto de la corrupción.

Las autoridades también deben estudiar detenidamente las circunstancias del caso para determinar si el plazo de prescripción fue suspendido o interrumpido por un período de tiempo, o si el delito cometido es continuo. En la mayoría de las jurisdicciones, es posible detener el “reloj” (suspender) o bien reiniciarlo debido a ciertos acontecimientos legales, incluyendo investigaciones de organismos garantes del cumplimiento de la ley o fiscales, o cuando el individuo ha huido de la jurisdicción. En casos donde las inmunidades internacionales impiden enjuiciamiento, el reloj recién debe comenzar a correr cuando la inmunidad es suspendida o ya no es aplicable y el enjuiciamiento es posible. Incluso entonces, el plazo de prescripción no debe comenzar a correr hasta que el delito se haya completado o descubierto. Este principio ya se aplica en muchas jurisdicciones. Por ejemplo, en un país el plazo de prescripción para casos de abuso de confianza o malversación de fondos públicos comienza a correr recién cuando el delito es descubierto por los organismos garantes del cumplimiento de las leyes o los fiscales. En otra jurisdicción, la prescripción de cinco años para delitos de lavado de dinero comienza en la fecha en que el delito se ha completado. Sin embargo, cuando un delito es continuo el régimen de prescripción se extiende más allá de su plazo establecido. A modo de ejemplo, cuando se requiere un acto flagrante para una conspiración, el régimen de prescripción para una conspiración continua empieza a correr recién cuando se haya cometido el último acto flagrante en favor de la conspiración.

Cuando el plazo de prescripción de un delito ha expirado, las autoridades deben considerar si existen delitos conexos que pueden ser enjuiciados o alguna acción civil que pueda ser entablada. Las investigaciones penales de un delito con plazo de prescripción vencido pueden conducir al descubrimiento de otros delitos, más recientes. A modo de ejemplo, el enjuiciamiento por cohecho puede ser imposible si el plazo de prescripción ha expirado. Sin embargo, si facturas ficticias registradas en libros de

contabilidad han ocultado sobornos pagados a un intermediario, el punto de partida del plazo de prescripción se puede retrasar hasta el descubrimiento real de la publicación de los estados contables falsos que indican fraude o malversación de fondos.

Recomendaciones de Política

- a) Siempre que sea posible, las jurisdicciones deben considerar revocar los regímenes de prescripción para delitos de gran escala y corrupción flagrante a ser definidos en la legislación. Por ejemplo, el plazo de prescripción podría ser revocado para delitos relativos a activos por encima de una cierta cantidad.
- b) Si no es factible una revocación, las jurisdicciones deben alargar el plazo de prescripción aplicable a delitos descritos en la UNCAC.
- c) Los países deben adoptar o aplicar leyes o jurisprudencia retrasando el inicio del plazo de prescripción hasta que no haya inmunidad impidiendo el enjuiciamiento.
- d) Las jurisdicciones deben adoptar o aplicar leyes o jurisprudencia retrasando el inicio del período de prescripción hasta el descubrimiento del delito.

Recomendaciones Operativas

- a) En casos en que las leyes de prescripción actúan como barrera para la recuperación de activos robados, las jurisdicciones deben alentar los fiscales a identificar cargos posibles (tales como malversación de fondos, lavado de dinero y posesión de bienes robados) u otras vías, incluyendo acciones civiles y decomiso sin condena, a los cuales es posible aplicar un régimen de prescripción más favorable.
- b) Las jurisdicciones solicitadas deben ponerse de acuerdo para prestar asistencia legal mutua sin considerar su propio plazo de prescripción ya que debe regir el plazo de prescripción de la jurisdicción de origen.

Barrera 19: Falta de capacidad para reconocer y ejecutar órdenes de decomiso y restricción extranjeras

Según la UNCAC, los Estados Parte están obligados a adoptar las medidas necesarias para dar efecto a órdenes extranjeras de congelamiento o incautación (restricción) y decomiso.⁷⁴ En la práctica, se suelen implementar órdenes extranjeras en la jurisdicción solicitada basado en una decisión de un tribunal nacional (fallo *exequátur*) que establece que la orden extranjera cumple los requisitos del derecho interno. Este proceso es rápido y eficiente debido a que no se revisan las órdenes extranjeras en virtud de los méritos del caso, lo cual elimina la necesidad de iniciar el proceso interno y repetir el

74. UNCAC, Artículo 54(2)(a).

envío de las pruebas. Por la misma razón, las jurisdicciones solicitadas que no ejecutan los órdenes extranjeras crean barreras para la asistencia legal mutua y la recuperación de activos al exigir a la jurisdicción de origen provea las pruebas de su caso nuevamente antes de que se puedan restringir, y eventualmente decomisar, los activos.

En algunos países, la legislación interna no impone responsabilidad penal a personas jurídicas (a diferencia de personas físicas), como empresas, y por lo tanto impide la ejecución de procesos judiciales y órdenes de decomiso. El Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero recomienda que la responsabilidad penal se extienda a las personas jurídicas.⁷⁵ Por lo menos es necesario que la responsabilidad penal se extienda a todas las personas jurídicas con el fin de reconocer y ejecutar órdenes extranjeras. Cuando esto no es posible, se debe aplicar responsabilidad civil o administrativa.

La mayoría de las jurisdicciones participantes en el estudio ejecutan las órdenes extranjeras de decomiso y restricción. Algunas jurisdicciones ejecutan las órdenes de restricción sólo cuando una orden de decomiso ha sido o será emitida en la jurisdicción de origen. Un país da cumplimiento a órdenes extranjeras sólo de jurisdicciones con las que tiene un tratado bilateral de asistencia legal mutua, lo que necesariamente limita el número de jurisdicciones que puede solicitar una medida de este tipo.

Para lograr una conducción eficiente y oportuna de los casos de recuperación de activos, todas las jurisdicciones deben contar con mecanismos para ejecutar órdenes extranjeras de congelamiento, incautación y decomiso, según lo previsto en la UNCAC.⁷⁶ La ejecución directa debe preferirse como manera más rápida de iniciar un procedimiento de decomiso y debe aplicarse a personas tanto jurídicas como físicas y en todas las jurisdicciones.

Recomendaciones de Política

Las jurisdicciones deben establecer mecanismos para dar cumplimiento a órdenes extranjeras de congelamiento, incautación y decomiso, incluyendo juicios de valor en el contexto penal. Es necesario eliminar las limitaciones en las jurisdicciones o los tipos de personas a las que dicha ejecución directa se puede aplicar. La legislación también debe dar cabida a sentencias contra activos sustitutos u órdenes penales basadas en el valor.

75. 40 +9 Recomendaciones del GAFI, Recomendación 2 (2.3).

76. La tercera reunión de la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC en noviembre de 2009 instó a que los Estados Partes amplíen la cooperación en la ejecución de sentencias extranjeras: Resolución 3/3 en www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html.

Barrera 20: Falta de capacidad para restituir los bienes a las jurisdicciones de origen

De conformidad con el Artículo 57 de la UNCAC, los Estados Parte deben establecer las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan restituir todos los bienes decomisados (menos los gastos incurridos) a la jurisdicción de donde fueron robados.⁷⁷ En comparación, el Artículo 14 (3) (b) de la UNTOC exige que las jurisdicciones consideren simplemente suscribir un acuerdo para compartir los bienes recuperados con las jurisdicciones de origen.

Si bien las disposiciones de la UNCAC claramente van más allá de los requisitos de la UNTOC, muchas jurisdicciones permiten sólo el reparto de los bienes decomisados, y no su restitución, y requieren de un acuerdo de reparto de activos o una decisión del gobierno para hacerlo, reteniendo ciertas porciones de los montos decomisados para sí mismas. Sólo un número muy limitado de jurisdicciones está legalmente facultado para restituir el 100 por ciento de los activos robados en casos relacionados con delitos descritos en la UNCAC y directamente basados en el derecho interno.

Sólo las jurisdicciones soberanas pueden negociar acuerdos bilaterales de reparto de activos. Dado el gran número de jurisdicciones offshore que califican como dependencias de la corona o territorios de ultramar, tales como las Islas del Canal, este requerimiento limita seriamente el número de jurisdicciones con las que los activos pueden ser compartidos y por lo tanto constituye una barrera significativa.

Otro escollo es que los acuerdos caso-por-caso de reparto de activos, tienden a ser negociados sólo después de que los activos han sido decomisados. En ese punto, la jurisdicción solicitada tiene posesión o es propietaria de los activos decomisados, incluso en aquellos casos en que el decomiso se llevó a cabo a pedido de otra jurisdicción y debido a una orden de decomiso extranjera. Las jurisdicciones de origen podrán encontrarse en una posición de negociación débil, incluso después de haber presentado todas las pruebas necesarias para obtener la orden de decomiso.

La negociación de acuerdos de reparto de activos puede ser un proceso largo, que puede dar lugar a importantes retrasos en la restitución de los bienes. Además, los recursos sustanciales requeridos para negociar tales acuerdos no suelen estar disponibles para jurisdicciones de origen. Para eliminar esta barrera, las jurisdicciones deben promulgar una legislación que permita la restitución de los bienes decomisados en virtud de la UNCAC, o directamente sobre la base del derecho interno.

77. UNCAC, Artículo 57 (2) exige que los Estados Parte adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan restituir los bienes decomisados, al dar curso a la solicitud presentada por otro Estado Parte. Una nota interpretativa indica que las medidas legislativas y otras medidas mencionadas en el párrafo 2 hacen referencia a la legislación o reglamentaciones nacionales que permiten la implementación del presente artículo por los Estados Parte: A/58/422/Add.1, párr. 68.

Recomendaciones de Política

- a) Para delitos de la UNCAC, las jurisdicciones deben establecer legislación que permita la restitución de todos los bienes decomisados sobre pedido de una jurisdicción extranjera (menos gastos) de conformidad con el Artículo 57 de la UNCAC.
- b) Para el resto de los delitos, incluyendo los establecidos en la UNTOC, las jurisdicciones deben establecer legislación que permita el reparto directo de los activos basados en el derecho interno, en ausencia de un acuerdo bilateral de reparto de activos. Los acuerdos bilaterales de reparto, que establecen cómo debe disponerse de o cómo deben ser repartidos los activos, aún podrán suscribirse caso-por-caso.

Barreras Operativas y Cuestiones de Comunicación

Barrera 21: Puntos focales ausentes o ambiguos

La falta de información disponible para una jurisdicción de origen sobre el punto focal apropiado, o un punto de contacto designado en una jurisdicción solicitada, ya sea para asistencia legal mutua formal u otro tipo de asistencia, puede obstaculizar la capacidad de una jurisdicción de origen de iniciar una solicitud de asistencia efectiva. Cada vez más, los tratados de asistencia legal mutua y los convenios multilaterales que contienen disposiciones de asistencia legal mutua requieren que las jurisdicciones designen una autoridad central (generalmente el Ministerio de Justicia) a la cual enviar las solicitudes, proporcionando así una alternativa a las vías diplomáticas.⁷⁸ Algunas jurisdicciones tienen dos autoridades centrales y numerosos puntos de contacto para solicitudes de asistencia. En otras, sin embargo, puede ser difícil, si no imposible, identificar un punto focal, y en otras las autoridades centrales no pueden obtener información fiable de forma rápida ya que los datos relacionados con los activos están compartimentalizados y administrados por una serie de organismos diferentes.

La falta de claridad sobre los puntos focales relevantes al inicio del proceso puede afectar la cooperación entre jurisdicciones y resultar en retrasos en el potencial de asistencia informal. Los contactos personales pueden ser un medio valioso para la identificación de los puntos focales apropiados en países extranjeros. Sin embargo, si los contactos personales se pierden porque las personas abandonan sus organizaciones o pasan a una función diferente, los puntos focales también se pueden perder o ser difíciles de identificar para los nuevos profesionales.

La designación de una autoridad central, tanto en el Estado de origen como en el Estado solicitado, es esencial para fomentar la cooperación. Las autoridades judiciales de la jurisdicción de origen pueden comunicarse directamente con la autoridad central en la jurisdicción solicitada. Hoy en día, cada vez más se utilizan canales más directos en los que un funcionario en el Estado de origen puede enviar la solicitud directamente al funcionario correspondiente en el otro Estado. Esta tendencia demuestra la importancia de una autoridad central nacional competente, como requisito previo para la

78. UNCAC, Artículo 46 (13) exige que los Estados Parte designen una autoridad central. La Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC ha destacado en varias ocasiones tanto en la importancia de establecer autoridades centrales con puntos focales como la necesidad de los puntos focales de cooperar estrechamente para facilitar el intercambio rápido de información. Ver Resoluciones 1/4, 2/3 y 3/3, www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html.

prestación de asistencia legal mutua con mayor efectividad. Por otra parte, las autoridades centrales deben contar con profesionales que estén legalmente capacitados, que hayan desarrollado experiencia institucional y tengan acceso asegurado a información actualizada.

Basado en conversaciones con los profesionales, la medida más útil es que cada autoridad central desarrolle los datos de contacto del punto focal y se asegure que las autoridades centrales y los profesionales de otras jurisdicciones puedan acceder fácilmente a esta información. Para ser efectivos, estos contactos deben ser capaces de proporcionar información sobre cómo presentar una solicitud de asistencia legal mutua. Las jurisdicciones pueden y deben proporcionar información sobre los puntos focales de varias maneras, incluyendo sus sitios web y por medio de INTERPOL⁷⁹ y otras redes internacionales y regionales. La información debe mantenerse actualizada para lograr la máxima efectividad. Todas las solicitudes deben designar a una persona específica como contacto e incluir todos los datos necesarios.

Además, las redes de recuperación de activos facilitan la creación de redes de puntos de contacto, actúan como grupos de asesoramiento a otras autoridades competentes, promueven el intercambio de información y buenas prácticas y, con el tiempo, pueden convertirse en centros especializados en afrontar los desafíos de la recuperación de activos.⁸⁰ Estas redes también pueden asesorar a los profesionales sobre temas relacionados con la recuperación de activos robados y fomentar una cooperación más efectiva con el sector privado en asuntos relacionados con el producto del delito. Donde sea posible, se deben utilizar las redes existentes para evitar la fragmentación. Si no hay red disponible, las jurisdicciones deben apoyar la creación de nuevas redes.

Además de información sobre la autoridad central, las jurisdicciones deben difundir información sobre los puntos focales informales, que pueden estar fuera de la autoridad central. Estos puntos focales podrían incluir la unidad de inteligencia financiera, los organismos de investigación, los entes reguladores y supervisores, y otras autoridades competentes involucradas en la recuperación de activos robados. La tercera reunión de la Conferencia de Estados Parte de la Convención de la ONU contra la Corrupción alentó a los Estados Parte a promover canales informales de comunicación, sobre todo antes de presentar solicitudes formales de asistencia legal mutua, mediante, entre otros, la designación, como puntos focales, de funcionarios o instituciones con experticia

79. En colaboración con la Iniciativa StAR, la INTERPOL ha puesto en marcha una base de datos de puntos focales para fortalecer la coordinación de los organismos garantes del cumplimiento de la ley que están investigando y juzgando a individuos y organizaciones involucradas en el saqueo ilegal de recursos públicos. La base de datos proporciona la lista de StAR de contactos de los puntos focales que pueden responder a solicitudes urgentes de asistencia de países extranjeros las 24 horas, 7 días a la semana (http://www.worldbank.org/publicsector/star_site/law_enforcement.html)

80. Ejemplos de redes de recuperación de activos existentes son la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (Red CARIN), la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos para el África Meridional (ARINSA), y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed).

técnica en cooperación internacional para la recuperación de activos. Como puntos focales su papel es ayudar a sus homólogos a cumplir con eficacia los requisitos para la asistencia legal mutua formal.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben identificar un punto focal primario y secundario dentro de su autoridad central, como punto de contacto inicial para consultas sobre cómo realizar las solicitudes de asistencia. Las jurisdicciones también deben identificar otras autoridades competentes como puntos focales para la gestión de consultas informales. La información del punto focal debe mantenerse vigente e incluir el nombre y la dirección del organismo central o competente, la posición o el título del punto focal, los datos de contacto (e-mail, teléfono, fax) y los idiomas que maneja.
- b) Las jurisdicciones deben aplicar políticas y procedimientos para asegurar que los puntos focales dentro de las autoridades centrales tengan la capacidad y el conocimiento para proveer información sobre cómo presentar una solicitud de asistencia internacional.
- c) Las jurisdicciones deben utilizar una variedad de vías para proveer información sobre los puntos focales dentro de su sistema y asegurar que los datos de los puntos focales siguen siendo actuales, las opciones incluyen el uso de sitios web públicos nacionales, INTERPOL, y redes internacionales o regionales como CARIN, ARINSA e IberRED.
- d) Las jurisdicciones deben fortalecer las redes de recuperación de activos existentes o incluir la recuperación de activos dentro de una red regional existente. Cuando no exista este tipo de redes, las jurisdicciones deben apoyar su creación, solicitando la asistencia de organizaciones internacionales cuando sea necesario.

Barrera 22: Requisitos legales laboriosos y denegación excesivamente amplia para la asistencia legal mutua

Como requisito previo a la prestación formal de asistencia legal mutua, la mayoría de las jurisdicciones requieren doble incriminación y reciprocidad. Estos requisitos pueden ser difíciles de cumplir, paralizando la asistencia legal mutua y por lo tanto introduciendo obstáculos para la recuperación de activos. La doble incriminación requiere que el delito se tipifique tanto en la jurisdicción de origen como en la solicitada. Los profesionales identifican este requisito como una barrera para la prestación de asistencia legal mutua. El enriquecimiento ilícito, la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y las violaciones de las leyes de control de divisas son ejemplos de actividades que no están tipificadas como delito en todas las jurisdicciones. Por otra parte, debido a que las jurisdicciones utilizan una terminología diferente para describir los delitos y elementos probatorios necesarios, la determinación de la doble incriminación

puede ser problemática cuando se basa únicamente en la categoría y el título del delito sin tener en cuenta la propia conducta tipificada como delito. La autoridad central en una jurisdicción solicitada podría rechazar la solicitud porque la jurisdicción de origen no puede asegurar reciprocidad a la jurisdicción solicitada.⁸¹

Algunas jurisdicciones han eliminado los requisitos de doble incriminación y reciprocidad para facilitar el proceso de asistencia legal mutua. Otras jurisdicciones consideran eliminar los requisitos en ciertos casos, o asumir que se cumple la reciprocidad a menos que y hasta que la experiencia sugiera lo contrario. Si procede, esta práctica debe ser considerada. Además, algunas jurisdicciones solicitadas pueden no prestar asistencia si la jurisdicción de origen considera que la corrupción es un delito capital.⁸² Una jurisdicción preocupada por la posibilidad de la pena capital debe buscar garantías de que, si se presta asistencia, la jurisdicción de origen no aplicará la pena de muerte en el caso o impondrá una pena que no exceda el máximo permitido por las leyes de la jurisdicción solicitada. Debido a que estas iniciativas ayudan a superar algunas de las barreras a las solicitudes de asistencia legal mutua, las jurisdicciones deben tomar las medidas correspondientes.

Los mandatos de la UNCAC y el Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero recomiendan que, cuando no se puede renunciar a la doble incriminación, las jurisdicciones deben utilizar el enfoque basado en la conducta para determinar si se cumple la doble incriminación, centrándose en determinar si la conducta constituye un delito bajo las leyes de ambas jurisdicciones, no en si los nombres de los delitos son los mismos.⁸³ La conducta delictiva debe ser considerada en el contexto fáctico del delito para ayudar a determinar si se trata de un delito penal en ambas jurisdicciones. Este enfoque evita una aplicación formalista de la doble incriminación que podría excluir, innecesariamente, la asistencia legal mutua de antemano. Por ejemplo, si la jurisdicción de origen ha iniciado un proceso judicial por soborno de un funcionario público — delito que no es penal en la jurisdicción solicitada — en el marco del enfoque basado en la conducta, el requisito de doble incriminación se cumpliría si la jurisdicción solicitada tipifica el soborno de un funcionario público como delito.

Algunas jurisdicciones solicitadas han incorporado el régimen de prescripción en el requerimiento de doble incriminación y se negarán a prestar asistencia a una jurisdicción de origen si el período de prescripción ha expirado en la jurisdicción solicitada. Sin embargo, la expiración de un plazo de prescripción en la jurisdicción solicitada nunca debe utilizarse como razón para denegar asistencia bajo doble incriminación. La jurisdicción de origen sólo está pidiendo a la jurisdicción solicitada que le provea información o congele las cuentas, no está buscando procesar al acusado en la jurisdicción solicitada. Debido a que el procesamiento de facto se

81. Para las jurisdicciones que han ratificado la UNCAC, la reciprocidad no es una razón válida para denegar asistencia legal mutua, ver UNCAC, Artículo 46(21).

82. Ver UNCAC, Artículo 46(21)(c).

83. UNCAC, Artículo 43 (2) exige que los países apliquen este enfoque basado en la conducta. Ver también las 40+9 Recomendaciones del GAFI, Recomendación 37.

producirá en la jurisdicción de origen, dicho plazo de prescripción es el que debe regir, no el de la jurisdicción solicitada.

Además, algunas jurisdicciones restringen las jurisdicciones a las que pueden prestar asistencia. Los profesionales señalaron que la asistencia puede ser prestada solamente a las jurisdicciones que se nombran o “designadas” en la legislación interna o por algunos organismos nacionales, tales como ministerios de relaciones exteriores. Otras jurisdicciones sólo ayudarán a “países soberanos”, lo que significa que no puede prestarse asistencia a dependencias de la corona.⁸⁴ Las jurisdicciones no deben limitar la aplicabilidad de la asistencia legal mutua a jurisdicciones específicas, ni usar terminología que limita las jurisdicciones que pueden solicitar asistencia legal mutua. Además, las jurisdicciones deben adoptar legislación interna de asistencia legal mutua que introduce procedimientos de asistencia legal mutua en ausencia de tratados bilaterales o multilaterales entre las dos jurisdicciones.

La mayoría de los acuerdos de asistencia legal mutua y las leyes internas de asistencia legal mutua, así como la UNCAC, permiten o exigen que el Estado solicitado deniegue la asistencia en determinadas circunstancias. Estas circunstancias suelen incluir solicitudes que puedan perjudicar los intereses esenciales del Estado solicitado; que involucren bienes de un valor *de minimis* (según la definición de la jurisdicción); que afecte los procedimientos o investigaciones actuales en el Estado solicitado, o que permitan un castigo que la jurisdicción solicitada considera demasiado severo (como la pena de muerte), y en los casos en que el acusado es inmune a procesamiento, o los derechos al proceso debido del acusado fueron violados. Estos motivos pueden ser un obstáculo si no están adecuadamente definidos o son demasiado amplios. Por ejemplo, “intereses esenciales” puede ser interpretado de manera amplia para incluir la soberanía, el orden público, la seguridad, o una carga excesiva sobre los recursos. Si una jurisdicción solicitada deniega la extradición en un caso relacionado con un delito político, la jurisdicción solicitada aún debe tratar de abordar otros aspectos de una solicitud de asistencia legal mutua, donde esté permitido por el derecho interno.⁸⁵

Para evitar una aplicación demasiado amplia de los motivos de denegación de una solicitud de asistencia legal mutua, las jurisdicciones deben asegurar que sus motivos de denegación no sean obligatorios y que puedan ejercer discrecionalidad en su aplicación a un caso particular. Algunas jurisdicciones ya han adoptado este enfoque. Además, los motivos de denegación deben limitarse a aquellos que son absolutamente necesarios y fundamentales para el Estado solicitado, deben ser razonables a la luz de lo

84. Las dependencias de la corona son las Islas del Canal Bailías de Guernsey y Jersey en el Canal Inglés, y la Isla de Man en el Mar de Irlanda. Son jurisdicciones de administración independiente que no forman parte del Reino Unido ni la Unión Europea

85. UNCAC, el Artículo 44(4) sobre extradición establece que, cuando la legislación lo permita, los Estados Parte que conceden extradición “no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la UNCAC”. El Artículo 46(17) sobre asistencia legal mutua establece que las solicitudes “se ejecutarán de conformidad con el derecho interno del Estado Parte requerido.” El Artículo 46(21) (d) establece que una solicitud puede ser denegada “cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.”

que se solicita, y no deben ir más allá de los motivos previstos en la UNCAC.⁸⁶ En otras palabras, los requisitos deben ser menos laboriosos e interpretados más flexiblemente para asistencia legal mutua que para extradición, cuando la libertad está en juego. Dentro de la propia asistencia legal mutua puede haber una gradación entre las medidas de investigación, restricción e incautación y decomiso, con menos requisitos y mayor flexibilidad en las primeras etapas del caso. Por último, las jurisdicciones deben definir claramente los motivos de la denegación e indicar la forma en que serán evaluados.

Al determinar si deben denegar asistencia legal mutua sobre la base del debido proceso, las jurisdicciones deben estudiar los hechos particulares del caso, no sólo lo que el sistema legal requiere o no. Por ejemplo, se pudo haber provisto el debido proceso basado en los hechos del caso, aunque las leyes no lo exijan. El sistema legal puede no requerir que un acusado sea avisado o notificado de un procedimiento, pero si la jurisdicción, no obstante, avisó al acusado y proporcionó la oportunidad de responder, el debido proceso se ha respetado. Del mismo modo, los juicios *in absentia* no deben ser una razón de la denegación de asistencia legal mutua, siempre y cuando se prestó el debido proceso al acusado en la jurisdicción de origen.

Los intereses económicos de una jurisdicción no deben ser una razón lícita para denegar una solicitud de asistencia legal mutua. Los profesionales señalaron que, a pesar de que los intereses económicos no son un fundamento citado para la negativa, las jurisdicciones pueden mostrarse reacias a prestar asistencia a otra jurisdicción cuya solicitud de asistencia legal mutua está relacionada con una empresa de importancia nacional. Un profesional reportó que en un país de la UE, una guía de acciones judiciales corporativas afirma que no puede llevarse a cabo enjuiciamiento donde la condena tendría consecuencias adversas conforme a la legislación europea. Este lenguaje sugiere que una empresa no puede ser procesada por fraude sobre la base de que, si es declarada culpable, estaría impedida, en virtud de la legislación europea, de realizar ofertas en proyectos de contratación pública, lo que podría a su vez afectar negativamente la economía, el empleo y la base imponible del país. Se deben prohibir estas prácticas y políticas.

Algunas jurisdicciones prohíben asistencia legal mutua si la solicitud está relacionada con un delito que implica, aunque sea parcialmente, un delito fiscal, tal como evasión de impuestos o fraude fiscal. En algunos casos, incluso si un delito fiscal no es el objeto de la solicitud, el titular de los activos argumentará en contra de la concesión de la solicitud sobre la base de que el delito en cuestión equivale a un delito fiscal. Tanto el Artículo 46(22) de la UNCAC como la Recomendación 40 del GAFI prohíben denegaciones de asistencia legal mutua únicamente sobre la base de que el delito se considera relacionado con cuestiones tributarias. Las jurisdicciones deben asegurar que las solicitudes no puedan ser denegadas por estos motivos.

86. UNCAC, Artículo 46 (9) (b) y (21).

Recomendaciones de Política

- a) Cuando se exige reciprocidad, las jurisdicciones deben asumir que la reciprocidad se cumple a menos que la experiencia indique lo contrario.
- b) Las jurisdicciones no deben negarse a prestar asistencia sobre la base de doble incriminación porque el plazo de prescripción ha expirado en la jurisdicción solicitada.
- c) Cuando se exige doble incriminación, las jurisdicciones deben utilizar un enfoque basado en la conducta para determinar si el requisito puede cumplirse.
- d) Cuando se trate sobre la pena de muerte, las jurisdicciones solicitadas deben buscar garantías de que, si se presta asistencia, la jurisdicción de origen no aplicará la pena de muerte.
- e) Las jurisdicciones deben evitar limitar las jurisdicciones que pueden solicitar asistencia legal mutua.
- f) Los países deben limitar los motivos de denegación de asistencia legal mutua con respecto a las disposiciones de la UNCAC y la UNTOC y, cuando sea necesario, definir las causas de denegación con la mayor claridad posible, teniendo en cuenta la naturaleza de la solicitud.
- g) Las jurisdicciones no deben establecer motivos obligatorios de denegación de asistencia legal mutua, sino aclarar los criterios para la consideración y dejar espacio para el ejercicio de discrecionalidad en función de las circunstancias.
- h) Las jurisdicciones deben asegurar que las solicitudes de asistencia legal mutua no puedan denegarse porque el delito está relacionado con asuntos fiscales.
- i) Las jurisdicciones deben asegurar que las solicitudes de asistencia legal mutua no puedan ser rechazadas por motivos relacionados únicamente a intereses económicos.

Barrera 23: Falta de información sobre los requisitos de la asistencia legal mutua

Los profesionales identificaron la falta de acceso a o explicación adecuada de las leyes aplicables, procedimientos, requisitos probatorios y otros requisitos de asistencia legal mutua como obstáculos para cooperación internacional en la recuperación de activos. La cooperación efectiva requiere accesibilidad de la información y comprensión de los sistemas que operan en los países participantes y sus limitaciones.

Algunas jurisdicciones colocan las leyes y reglamentos relacionadas con asistencia legal mutua en el sitio web de la autoridad central o en otro sitio web del gobierno. En algunos casos, se accede a las leyes a través de sitios web de terceros - como la base de datos de la red de Información sobre Lavado de Dinero Internacional (IMoLIN)⁸⁷ y la

87. Ver www.imolin.org

Biblioteca Legal de la UNCAC a ser desarrollada en un futuro cercano – que son administrados por la ONUDD. Facilitar el acceso a plantillas y formularios relevantes es también un factor importante para asistir a las jurisdicciones en la elaboración y presentación apropiadas de las solicitudes. El nivel de información y orientación en línea proporcionada por los 16 centros financieros analizados en este estudio es inconsistente. La investigación en Internet reveló que siete de los centros proporcionan acceso a las leyes en materia de cooperación internacional; cinco centros pusieron sus leyes, reglamentos y directrices a disposición del público, y sólo dos también ofrecen modelos o plantillas para elaborar las solicitudes de asistencia.

Un representante de uno de los 16 centros financieros señaló que si bien el gobierno publicó las leyes y los tratados pertinentes en los sitios web del gobierno, la orientación sobre cómo presentar una solicitud de asistencia legal no está disponible en Internet debido a la preocupación de que los delincuentes busquen la información y la utilicen en su beneficio. Esa preocupación, sin embargo, se ve superada por las muchas ventajas que se obtienen a partir de la difusión de una guía detallada sobre la preparación y presentación de solicitudes de asistencia legal mutua. En resumen, la disponibilidad inmediata de dicha información facilita las solicitudes de asistencia legal mutua en jurisdicciones extranjeras y ayuda en la lucha contra la delincuencia. Este estudio no descubrió ningún ejemplo concreto de que el acceso abierto a las notas de orientación haya beneficiado a delincuentes y frustrado una acción de recuperación de activos. Los profesionales dijeron que dicha información puede ser “depurada” de modo que pueda hacerse pública, y aun así ayudar a los profesionales a comprender el proceso de asistencia legal mutua en esa jurisdicción. Alternativamente, la información puede estar protegida por contraseña para restringir el acceso a profesionales de otras jurisdicciones. Las jurisdicciones que ofrecen acceso en línea a leyes y reglamentos sin orientación adicional, también deben proporcionar datos de contacto de un punto focal para que las jurisdicciones de origen puedan identificar y contactar rápidamente a la autoridad competente para un asesoramiento más detallado (ver Barrera 21). Además, StAR ha publicado el *Manual de Recuperación de Activos*, que incluye una plantilla de solicitudes de asistencia legal mutua, mientras que la ONUDD está trabajando para actualizar su herramienta de redacción de solicitudes de asistencia legal mutua.

Buenas Prácticas

Algunas jurisdicciones han preparado guías de “cómo” recuperar activos en su jurisdicción que describen el contenido necesario de una solicitud de asistencia legal mutua, formularios tipo, puntos de contacto y el proceso para presentar una solicitud. Una de estas guías contiene los profesionales como puntos de contacto nombrados para cada etapa del proceso que podrán prestar asistencia práctica y real.^a

a. El Reino Unido y Hong Kong SAR, China, tienen guías disponibles bajo petición; Singapur proporciona orientación en un sitio Web: http://www.agc.gov.sg/criminal/mutual_legal_asst.htm.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones y organizaciones deben utilizar los sitios web gubernamentales, los puntos focales de asistencia legal mutua y las bases de datos de terceros para poner leyes, reglamentos y herramientas de asistencia legal mutua a disposición del público, junto con las directrices explicativas y solicitudes de asistencia modelo, preferiblemente en al menos uno de los idiomas aceptados internacionalmente. Ejemplos de puntos de salida son la ONUDD IMoLIN, la Biblioteca Legal de la UNCAC, la Iniciativa StAR y el sitio web de la ICAR (Centro Internacional para la Recuperación de Activos).
- b) Las autoridades centrales designadas como puntos focales para las solicitudes de asistencia legal mutua deben, en colaboración con los organismos nacionales pertinentes:
 - i) proporcionar un acceso fácil a las leyes y reglamentos sobre asistencia legal mutua en Internet;
 - ii) emitir y actualizar periódicamente las directrices para las jurisdicciones extranjeras sobre los requisitos para las solicitudes de asistencia legal mutua u otras solicitudes, incluyendo una plantilla de una solicitud y solicitudes modelo, y actualizarlas periódicamente;
 - iii) emitir políticas y procedimientos por escrito sobre asistencia legal mutua para asistir al personal pertinente a iniciar y transmitir solicitudes de asistencia legal mutua, y facilitar la tramitación oportuna de las solicitudes de jurisdicciones extranjeras; y
 - iv) proporcionar, al personal correspondiente, capacitación formal y en el puesto de trabajo sobre las leyes, reglamentos y políticas de asistencia legal mutua, y sobre los procedimientos para formular solicitudes y tramitar solicitudes de asistencia legal mutua entrantes.

Barrera 24: Falta de ingenio para la resolución de problemas

Varios profesionales señalaron que las jurisdicciones solicitadas no responden o prestan asistencia a solicitudes deficientes o mal redactadas. Las jurisdicciones solicitadas identifican estos problemas y deficiencias de redacción y las clasifican como solicitudes inapropiadas, solicitudes con información irrelevante, solicitudes poco claras, solicitudes fuera de foco, y solicitudes mal traducidas. Muchas jurisdicciones de origen, sin embargo, creen que las autoridades centrales de los países desarrollados están bien desarrolladas y que cuentan con recursos para asistir a jurisdicciones menos informadas o con menos recursos a fin de superar estas deficiencias.

Algunas jurisdicciones han adoptado medidas para prestar asistencia a otras jurisdicciones que buscan asistencia legal mutua, incluyendo orientación en línea sobre preparación de solicitudes, ofreciendo solicitudes o plantillas modelo, proporcionando acceso a oficiales de enlace (si la jurisdicción solicitada tiene presencia en la jurisdicción de origen), y revisando los borradores de solicitudes de asistencia antes de su

presentación formal. Cuando una solicitud está mal redactada, las jurisdicciones solicitadas deben comunicar las deficiencias a la jurisdicción de origen, proceso que debe apuntar a mejorar la calidad de futuras solicitudes y asegurar que la solicitud se ejecutará como se espera. Las jurisdicciones de origen deben esforzarse por asegurar que sus solicitudes sean claras, enfocadas y no utilicen términos legales sin explicaciones correspondientes.

El mentorazgo de especialistas en recuperación de activos es otra manera eficiente de ayudar a las jurisdicciones de origen. Este enfoque permite la transferencia de conocimiento y habilidades durante un período prolongado de tiempo y tiene la ventaja agregada de ampliación sustentable de las capacidades a nivel institucional. La ONUDD, el Banco Mundial y varios países desarrollados tienen programas de mentores que operan en varios países en desarrollo para prestar asesoramiento y capacitación en temas de corrupción y lavado de dinero, incluyendo el producto del delito y otros aspectos de cooperación internacional. Debido a que estos programas han aportado beneficios tangibles a las jurisdicciones participantes, las organizaciones internacionales y los países desarrollados deben considerar oportunidades para ampliar el alcance de sus programas de mentores. Los países desarrollados pueden integrar la asistencia con programas de mentores y ampliación de capacidades como parte de sus paquetes de asistencia a través de organizaciones multilaterales.

Algunos profesionales sugieren que organismos internacionales competentes y aceptados, como el Banco Mundial o la ONUDD, quizá trabajando a través de la Iniciativa StAR, presten asistencia directa a países en desarrollo, facilitando el proceso de asistencia legal mutua. Para evitar quedar envueltos en la cadena probatoria y generar cuestiones de fondo relacionados con divulgación para los fiscales, las organizaciones internacionales deben limitar su asistencia a ayudar a resolver los problemas de capacidad y aclarar el contenido de las solicitudes formales de asistencia legal mutua. Normalmente estas organizaciones no investigan el fondo de las solicitudes. Los profesionales indicaron que esta participación limitada mejoraría la calidad de las solicitudes, ofrecería valiosa capacitación a profesionales en países en desarrollo, y facilitaría todo el proceso. Además, la ONUDD está en proceso de mejorar su Herramienta de Redacción de Solicitudes de Asistencia Legal Mutua, para incluir la recuperación de activos.

Varias jurisdicciones también prestan asistencia bilateral a ciertas jurisdicciones de origen. Un país, por ejemplo, pagó los honorarios de servicios legales privados prestados a un país en desarrollo que busca la recuperación de activos robados. Otra jurisdicción presta asistencia bilateral a través de su red de agregados de cumplimiento de las leyes, muchos de los cuales se encuentran en países en desarrollo.

El requerimiento de que las jurisdicciones de origen traduzcan las solicitudes al idioma de la jurisdicción solicitada o a un idioma aceptado internacionalmente fue discutido por los profesionales. Las jurisdicciones solicitadas destacaron la mala traducción como una barrera para la comprensión de los aspectos específicos de una solicitud. Este problema, por supuesto, se agrava cuando la solicitud está mal redactada en el idioma

nativo de la jurisdicción de origen antes de ser traducida,⁸⁸ o cuando la solicitud utiliza excesiva jerga jurídica. Una manera de resolver este problema es que la jurisdicción solicitada revise la versión traducida del borrador inicial. Esta traducción debe ser de nivel profesional para que la jurisdicción solicitada pueda proporcionar aclaraciones y comentarios acerca de los cambios que puede requerir el documento.

El costo de la traducción puede ser un obstáculo importante para los países en desarrollo. Para producir una traducción de calidad, la jurisdicción de origen necesita contratar los servicios de traductores profesionales acreditados de la autoridad central, otra agencia gubernamental, o externos. La traducción profesional es especialmente importante porque los términos en un idioma pueden no tener un término equivalente en otro idioma. Como resultado de esto, el término puede ser malinterpretado, ignorado o traducido a un término sustituto, alterando el significado del texto original. Para minimizar la traducción de mala calidad, las jurisdicciones solicitadas podrían ayudar en el proceso financiando traducciones profesionales de los borradores y solicitudes finales de algunos países en desarrollo.

Por último, como se señaló en la Barrera 23, las jurisdicciones deberían publicar directrices y ofrecer formatos tipo para realizar solicitudes de asistencia legal mutua. Este tipo de herramienta e información ayudará a las jurisdicciones de origen a enfocar sus solicitudes y asegurar que se encuentren en una forma apropiada.

Buenas Prácticas

Estonia estableció un centro nacional de traducción con expertos que están disponibles para realizar traducciones jurídicas de parte de la autoridad central. Esta disposición ha añadido beneficios ya que los traductores se vuelven aún más productivos al ser expuestos repetidamente a asuntos de asistencia legal mutua.^a

El Reino Unido ha logrado resultados positivos alineando la ampliación de capacidades con trabajo en casos concretos. Al prestar asistencia técnica directamente a las jurisdicciones de origen, los expertos de la Policía Metropolitana de Londres ayudan a fortalecer la capacidad de los que realmente redactarán las solicitudes.^b

a. una. www.just.ee.

b. Los expertos están financiados por el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido.

88. Artículo 46(14) de la UNCAC establece que las solicitudes de asistencia legal mutua deberán ser formuladas en un idioma aceptable para el país solicitado y que el Secretario General será notificado del idioma aceptable en el momento de depositar los instrumentos de ratificación. Esta información está disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations.html>.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones solicitadas deben, en virtud de acuerdos, prestar asistencia y capacitación a través de la colocación de magistrados de enlace, fiscales, agregados o mentores judiciales en las jurisdicciones de origen, particularmente en aquellas con un número importante de solicitudes o asuntos de alto valor. Las jurisdicciones desarrolladas deberían considerar la posibilidad de apoyo financiero, ya sea directamente o con paquetes de ayuda a través de organizaciones multilaterales, a países en desarrollo para la colocación de un oficial de enlace o agregado en la jurisdicción solicitada.
- b) Las jurisdicciones deben desarrollar políticas y procedimientos que proporcionan y dan a conocer los recursos disponibles para las jurisdicciones de origen para asistirles en la redacción de solicitudes de asistencia. Los recursos podrían incluir información en línea, nombres de los oficiales de enlace, y los datos de los contactos que pueden revisar los borradores de solicitudes.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones de origen deben mejorar la calidad de la traducción utilizando servicios de traducción profesional y evitar el uso excesivo de jerga legal en las solicitudes.
- b) Cuando es necesario presentar una solicitud en un idioma extranjero, los países desarrollados deben considerar ayudar a los países en desarrollo proporcionando u organizando los servicios de traducción.
- c) Los proveedores de asistencia técnica deben considerar desarrollar programas que permitan, a petición de los países en desarrollo, colocar mentores en las jurisdicciones de origen para fortalecer sus capacidades y transferir conocimiento en asistencia legal mutua y otros elementos de la cooperación internacional, y estos esfuerzos se podrían alinear con trabajo en casos concretos.

Barrera 25: Canales poco claros y ausencia de retroalimentación

Otra de las dificultades que algunos profesionales señalaron es averiguar el estado de una solicitud o con quién comunicarse de manera oportuna, para proveer información adicional sobre la solicitud, si fuera necesario. Tanto las jurisdicciones de origen como las solicitadas indicaron que este problema era una barrera para los esfuerzos de recuperación de activos. La disponibilidad inmediata de nombres, direcciones de correo electrónico y números de teléfono de los profesionales, tanto en las jurisdicciones de origen como en las solicitadas, es esencial para la comunicación oportuna entre el personal correspondiente, y esta información debe estar actualizada. Además, una jurisdicción solicitada que rechaza una solicitud de asistencia legal debe informar sin demora a la jurisdicción de origen para que ésta pueda intentar la recuperación de

activos utilizando otros medios. Para ayudar a las jurisdicciones de origen a evitar futuros problemas con sus solicitudes de asistencia legal mutua, deben comunicarse por escrito los motivos y los hechos subyacentes que sustentan la denegación. Explicar los motivos por los que se rechazan las solicitudes alentará a las jurisdicciones solicitadas a denegar solicitudes sólo por razones legítimas sólidamente basadas en hechos (ver Barrera 22).

Buenas Prácticas

Suiza ha establecido un sitio web para solicitudes de asistencia legal mutua. Un profesional que busca información sobre el estado de una solicitud ingresa un número de expediente y obtiene al instante información sobre el estado de la solicitud, independientemente de la hora del día.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones que realicen una solicitud de asistencia legal mutua deben incluir datos de contacto del profesional que es responsable de la solicitud, incluyendo la información de los idiomas que maneja.
- b) Los países deben implementar políticas y procedimientos para responder a las solicitudes de asistencia legal mutua. Un elemento importante es un acuse de recibo que incluye los nombres y datos de contacto que la jurisdicción de origen puede utilizar para el seguimiento del estado de la solicitud. Este acuse de recibo debe enviarse dentro de las dos semanas de recibida la solicitud.
- c) Las jurisdicciones solicitadas deben informar puntualmente a las jurisdicciones de origen por escrito cuando se rechaza una solicitud de asistencia legal mutua, incluyendo los motivos de la negativa y los hechos subyacentes que la determinaron.

Barrera 26: Demoras injustificadas en la respuesta a solicitudes de asistencia legal mutua

Los profesionales identifican los retrasos en la tramitación y respuesta a solicitudes de asistencia legal mutua como un obstáculo importante para la recuperación de activos robados. Si el retraso es demasiado largo y los activos no se han congelado o restringido, pueden ser disipados o movidos. Si los retrasos son muy extensos, las pruebas existentes serán obsoletas y los testigos pueden morir o desaparecer. Las demoras significativas pueden frustrar a los profesionales, desalentar futuras solicitudes de asistencia legal mutua, y socavar la voluntad política de proceder con los casos.

En muchos casos, los retrasos en la tramitación de solicitudes pueden estar relacionados con los derechos del debido proceso. La mayoría de las jurisdicciones reconocen el derecho de los acusados de apelar presentando una solicitud a la corte. El derecho al debido proceso es una importante protección para los acusados de delitos, y debe ser respetado y mantenido.

El acusado, sin embargo, a veces abusa del sistema y de los derechos al debido proceso. Con frecuencia los acusados, así como sus familiares y allegados, pueden iniciar intencionalmente estrategias de litigio sin fundamento diseñadas exclusivamente para retrasar la prestación de la asistencia, sabiendo que sus demandas judiciales tienen pocas posibilidades de éxito final. Para reducir al mínimo la posibilidad de retrasos injustificados, las jurisdicciones pueden promulgar una legislación que limite el tipo de recusaciones que el titular de los activos puede utilizar para que los litigantes no puedan utilizar el mismo argumento en dos ocasiones, una vez en la jurisdicción solicitada y otra vez en la jurisdicción de origen. Las jurisdicciones también deben considerar la implementación de mecanismos para acelerar el proceso en todos los casos de recuperación de activos robados y para hacer cumplir las sanciones, tales como órdenes de pagar los costos contra las partes que presentan solicitudes infundadas con el claro propósito de retrasar los procedimientos innecesariamente.

Además, el derecho al debido proceso debe equilibrarse con las necesidades de los investigadores de obtener pruebas sin perjuicio del caso y los objetivos de la UNCAC o leyes nacionales para combatir la corrupción.⁸⁹ En las órdenes de decomiso, el balance favorece al titular de los activos debido al carácter definitivo de la orden o sanción. Como tal, el titular de los activos debe tener la posibilidad de objetar o defenderse en esta etapa del proceso. Por otra parte, las medidas de investigación y preservación (congelamiento o restricción) no suponen ni establecen culpabilidad, ni son punitivas, y se pueden implementar varias salvaguardas para garantizar que no sean abusadas. Por ejemplo, algunos tribunales exigen que los solicitantes demuestren el perjuicio potencial antes de que el tribunal ordene el congelamiento sin previo aviso; también podrán requerir que se notifique al titular de los activos cuando la orden de conservación ha sido concedida. Si no se suministra notificación dentro de cierto plazo, se levanta la orden de congelamiento. Las jurisdicciones deben permitir medidas de investigación y preservación sin notificación al titular de los activos, siempre que exista suficiente protección de los derechos del titular de los activos al debido proceso en las otras etapas del proceso.

El ejercicio del derecho al debido proceso no es la única causa de la demora de las solicitudes de asistencia legal mutua. Otros retrasos comunes son causados exclusivamente por los procesos y trámites internos de las jurisdicciones solicitadas. Los profe-

89. UNCAC, Artículo 1.

sionales dijeron que a veces pueden transcurrir meses antes de que las jurisdicciones solicitadas acusen recibo de la solicitud y posteriormente se ocupen de ella. Los profesionales también identificaron circunstancias en las que tanto la jurisdicción origen como la solicitada no lograron priorizar las solicitudes adecuadamente. En algunos casos, los profesionales se quejaron que las jurisdicciones de origen presentan solicitudes relacionadas a activos de valor mínimo y esperan acción inmediata. En cambio, los profesionales de jurisdicciones de origen se quejaron que las jurisdicciones solicitadas no dan prioridad a sus solicitudes, a pesar de insistencias por la urgencia de un caso. Además, los profesionales sentían que las jurisdicciones siempre dan prioridad a las investigaciones internas por encima de las solicitudes internacionales de asistencia.

Para eliminar esta barrera, las jurisdicciones de origen deben dar prioridad a las solicitudes en base a la gravedad del delito, el valor de los activos involucrados, la etapa de la investigación y el impacto del caso en el interés público. Dar prioridad a las solicitudes de esta manera ayudará a las jurisdicciones solicitadas a responder con mayor rapidez, así como a asignar sus limitados recursos a las solicitudes más importantes. Las jurisdicciones de origen también deben comunicar el grado de urgencia de la solicitud y las razones de la urgencia de tal forma que las jurisdicciones solicitadas estén en mejores condiciones de dar prioridad a la utilización de sus recursos. Por último, las jurisdicciones de origen deben establecer un umbral de valor monetario razonable para los activos por debajo del cual no se buscarán asistencia a menos que haya gran interés público en la recuperación de dichos activos. La presentación de demasiadas solicitudes, particularmente solicitudes que se refieren a montos pequeños, puede causar fatiga en los centros financieros acosados por muchas solicitudes y erosionar la voluntad política dentro de esas jurisdicciones de prestar asistencia legal mutua en casos de recuperación de activos.

Recomendaciones de Política

- a) Las jurisdicciones deben permitir medidas de investigación y preservación sin notificación al titular de los activos, siempre que exista suficiente protección de los derechos del titular de los activos al debido proceso en las otras etapas del proceso.
- b) Las jurisdicciones deben poner limitaciones legales al tipo de recusaciones que el titular de los activos puede plantear en casos en que se ha solicitado a la jurisdicción que preste asistencia a otra jurisdicción. Cuando son jurisdicciones de origen también deben prohibir a los titulares de los activos de recusar puntos que podrían plantearse en el litigio pendiente en la jurisdicción solicitada. En ambas situaciones, la jurisdicción estaría denegando a los titulares de los de activos la posibilidad de utilizar el mismo argumento en dos ocasiones.

Recomendaciones Operativas

- a) Los países deben imponer sanciones (como órdenes de pagar los costos) contra las partes que presentan solicitudes sin fundamento, exclusivamente con el propósito de retrasar los procedimientos de forma innecesaria.
- b) Para evitar las demoras innecesarias en la tramitación de solicitudes, las jurisdicciones deben implementar procedimientos para todas las solicitudes de asistencia legal mutua que:
 - i) acusan recibo de la solicitud en el plazo de dos semanas, proveyendo información de los contactos para el profesional responsable de gestionar la solicitud, incluyendo una dirección de correo electrónico, a la autoridad de origen;
 - ii) establecen líneas claras de comunicación entre las jurisdicciones de origen y solicitadas; y
 - iii) proveen información a las jurisdicciones de origen sobre el proceso, cronograma, expectativas y cualquier otra cuestión relevante relacionada con el proceso.
- c) Las jurisdicciones solicitadas deben dar prioridad a solicitudes que se les informa de su urgencia, y crear trámites especiales para acelerar las solicitudes que son urgentes para las jurisdicciones de origen.
- d) Los profesionales deben comunicarse con las jurisdicciones de origen para asegurar que se entienden todos los aspectos de la solicitud, especialmente si el valor en dólares es bajo, pero el interés público es alto.

Barrera 27: Falta de registros públicos disponibles

El Artículo 55 de la UNCAC exige que las jurisdicciones de origen proporcionen una descripción de los bienes a ser restringidos o confiscados, incluyendo la ubicación y el valor estimado de los bienes, así como una declaración de los hechos que fundamentan la solicitud. Sin embargo, los requisitos de designación de los bienes de algunas jurisdicciones son excesivamente específicos, que pueden ser difíciles de cumplir para las jurisdicciones de origen. Por ejemplo, una jurisdicción exige el número de registro del lote en lugar de la dirección de los bienes raíces, y los números de la cuenta y de la sucursal bancaria en lugar de los nombres del titular de la cuenta y el banco. Dado que las jurisdicciones de origen no suelen tener los medios o recursos disponibles para investigar la información requerida, requisitos de información demasiado específicos pueden retrasar y así diluir la efectividad de las medidas de restricción y decomiso. Por lo tanto, las jurisdicciones deben tomar medidas para eliminar requisitos de designación de los bienes excesivamente específicos cuando la descripción de la propiedad es suficiente para identificar el activo en cuestión.

Para permitir que las jurisdicciones de origen identifiquen e incluyan la información necesaria en las solicitudes de incautación o decomiso de los bienes, las jurisdicciones deben elaborar y mantener registros de acceso público, tales como registros de empresas, registros de propiedad, registros de las organizaciones sin fines de lucro, y otras

bases de datos. Dentro de lo posible estos registros deben estar centralizados y mantenidos en formato electrónico en tiempo real para que puedan ser utilizados en búsquedas y actualizados en todo momento. La disponibilidad de estos registros minimizará el retraso haciendo más fácil para las jurisdicciones de origen obtener la información necesaria para realizar solicitudes de asistencia legal mutua con éxito, sin pedir a la jurisdicción requerida que emprenda medidas de investigación fuera del proceso habitual de asistencia legal mutua. Estos registros deben incluir, pero no limitarse a, nombres, datos de identificación personales, información sobre los directores y funcionarios corporativos, información sobre los accionistas, e información los beneficiarios reales.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben desarrollar y mantener registros públicamente disponibles, tales como registros de empresas, registros de propiedad, y registros de organizaciones sin fines de lucro. Dentro de lo posible, estos registros deben estar centralizados y mantenidos en formato electrónico en tiempo real para que puedan ser utilizados en búsquedas y actualizados en todo momento.
- b) Las jurisdicciones deben eliminar los requisitos de descripciones excesivamente específicas de los bienes a ser restringidos o confiscados, tales como requisitos del número de registro del lote en lugar de la dirección de la calle; las jurisdicciones también deben asegurar que los requisitos impuestos no inhiban la implementación efectiva de la medida solicitada.

Barrera 28: Identificación de cuentas bancarias extranjeras

Algunas jurisdicciones exigen información demasiado específica para implementar solicitudes de incautación o decomiso de activos y cuentas bancarias (ver Barrera 27). Una razón de este requisito es que, en ausencia de información específica, las autoridades que buscan identificar cuentas específicas podrían verse obligadas a consultar a todos los bancos que operan en el país. Demás está decir que este proceso sería muy largo y tedioso, sobre todo en jurisdicciones más grandes y en las que el sector financiero es importante. Como mínimo, por lo tanto, la mayoría de las jurisdicciones requieren que toda solicitud de restricción o incautación, identifique la(s) institución(es) financiera(s) que se sospecha retiene(n) los activos.

En muchas solicitudes de asistencia legal mutua la identificación de la cuenta en particular que retiene los activos puede ser una de las dificultades más grandes de las primeras etapas de un caso. Varios profesionales indicaron que registros de cuentas del banco central serían herramientas muy útiles en casos de recuperación de activos, ya que permiten que las autoridades competentes que garantizan el cumplimiento de las leyes realicen búsquedas electrónicas utilizando el nombre de un individuo o los elementos de

identificación de una cuenta bancaria específica. Debido a que los delincuentes suelen utilizar otros individuos, abogados y personas jurídicas para ocultar activos, dichas herramientas serían aún más útiles si identifican el beneficiario real de la cuenta y cualquier poder notarial relacionado con la cuenta. Al ayudar a identificar las cuentas, los registros de cuentas de los bancos centrales eliminan la necesidad de imponer requisitos excesivamente específicos para la designación de bienes en jurisdicciones de origen y aceleran el trabajo de las autoridades garantes del cumplimiento de las leyes en casos de recuperación de activos.

Las jurisdicciones también deben estar dispuestas a proveer información de estos registros a jurisdicciones extranjeras que conducen investigaciones sin necesidad de una solicitud formal de asistencia legal mutua. Esto minimiza el retraso sin alertar al titular de los activos de la investigación, evitando así el riesgo de que los activos se muevan o se disipen antes de que concluya la investigación.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben establecer un registro bancario nacional que guarde datos de identificación de las cuentas, incluyendo beneficiario(s) real(es) y poderes notariales.
- b) Las jurisdicciones solicitadas deben promulgar leyes o formular políticas y procedimientos que pongan a disposición datos de identificación de cuentas, información del beneficiario real y poderes notariales provenientes de sus registros nacionales de bancos, sin necesidad de que las autoridades competentes y apropiadas de otra jurisdicción presenten una solicitud formal de asistencia legal mutua.

Barrera 29: Uso de fondos restringidos para pagar honorarios legales; agotamiento de los activos decomisados por pago de honorarios por fallo favorable; mala gestión de activos

En muchas jurisdicciones, el propietario de bienes incautados o restringidos, tiene derecho a, o puede solicitar el pago de los honorarios legales asociados con el proceso judicial o un proceso judicial relacionado con los activos restringidos. Los profesionales identifican esta práctica como una barrera que puede disipar los bienes incautados de manera significativa, particularmente cuando los honorarios legales son exorbitantes. También existe potencial de abuso por acceso y gasto inadecuado de los fondos restringidos. Una jurisdicción de origen que recupera significativamente menos de lo previsto en un caso puede dudar antes de intentar la recuperación de activos en el futuro, sobre todo cuando los montos monetarios son mucho menores. No recuperar todos los activos en cuestión también puede agotar la voluntad política para combatir la corrupción en el futuro (ver Barrera 2).

Para luchar contra el abuso, las jurisdicciones pueden poner límites al monto de los activos que se puede utilizar para cubrir honorarios legales o requerir que el propietario demuestre que no hay otros activos disponibles para cubrir los costos. Una jurisdicción, por ejemplo, busca aprobar una ley para prohibir totalmente el pago de honorarios legales con fondos incautados de corrupción. Estas medidas deben cotejar los derechos de los acusados de acceder a fondos para presentar su defensa legal con los derechos de las víctimas a recuperar los activos robados.

Los honorarios legales incurridos por las jurisdicciones de origen para recuperar activos robados también pueden agotar considerablemente los activos, una vez que han sido decomisados.⁹⁰ La recuperación de activos puede ser un ejercicio costoso y que requiere mucho tiempo. Con frecuencia se requieren abogados, investigadores financieros, contadores forenses, otros expertos, servicios de traducción y costosos viajes internacionales. Las leyes en los países desarrollados son más complejas y restrictivas que las de los países en desarrollo y suelen tener más requisitos procesales y probatorios. Si bien estos requisitos no son fáciles de gestionar, con frecuencia no se pueden evitar.

Muchos países en desarrollo no tienen la capacidad de cumplir con estos requisitos y optan por solicitar los servicios de empresas legales privadas para gestionar la acción de recuperación de activos robados en su representación. Muchos bufetes jurídicos privados cuentan con esta experticia, incluyendo algunos con experiencia en casos de alto perfil. Sin embargo, los honorarios legales en estos mecanismos pueden ser exorbitantes y suelen disminuir significativamente la cantidad de fondos recuperados y repatriados. Por otra parte, cuando la recuperación no se realiza correctamente, la jurisdicción víctima suele ser responsable de los honorarios legales incurridos. La perspectiva de estos costos considerables podría desalentar a algunos países en desarrollo de intentar recuperar sus activos robados.

Para asistir a los países en desarrollo en la recuperación de activos robados, las jurisdicciones deben alentar a los bufetes jurídicos a prestar servicios pro bono a jurisdicciones que carecen de la capacidad o los recursos financieros para comprometerse en litigios engorrosos y costosos. Para atraer dicha participación, los líderes pueden establecer premios públicos y realizar declaraciones públicas en apoyo de los profesionales que regularmente prestan servicios pro bono para ayudar con la asistencia legal mutua. Además, si un país desarrollado recibe una solicitud de un país en desarrollo que busca asistencia para recuperar activos robados, el país desarrollado debe prestar asistencia financiera al país en desarrollo para pagar la representación legal. Por ejemplo, algunos profesionales informaron que sus jurisdicciones tienen un fondo especial disponible para asistir a los países en desarrollo con estos casos.

Los acuerdos de pago de honorarios por fallo favorable también pueden ayudar a las jurisdicciones víctimas, proporcionándoles acceso a representación legal que de otro

90. El Artículo 57(4) de la UNCAC establece que, según proceda, y a menos que los Estados Parte decidan lo contrario, el Estado Parte solicitado podrá deducir gastos razonables incurridos en las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados.

modo no habrían podido pagar. Estos mecanismos también impiden que los países en desarrollo entablen acciones improbables, ahorrando los recursos para acciones con mayores posibilidades de éxito. Si bien los acuerdos de pago de honorarios por fallo favorable pueden ayudar a superar este obstáculo, algunos profesionales no estaban de acuerdo con estos mecanismos porque fueron prohibidos en sus jurisdicciones. Otros estaban preocupados porque los honorarios legales de estos mecanismos pueden ser tan altos que, de manera inapropiada, agotan los activos decomisados. Para evitar este tipo de abuso, estos mecanismos deben ser transparentes, equitativos y en el mejor interés de la jurisdicción víctima.

La UNCAC exige a los Estados Parte considerar medidas que permitan a sus autoridades competentes preservar los bienes a efectos de su decomiso y adoptar medidas legislativas y de otra índole para regular la administración de la propiedad congelada, incautada o decomisada.⁹¹ La función de un gestor de activos es preservar la seguridad y el valor de los activos pendientes de decomiso y realizar los activos después del decomiso. La falta de gestión cuidadosa y adecuada de los activos restringidos es un obstáculo importante para la recuperación de la totalidad del valor de los activos robados. Si los activos no se gestionan adecuadamente al incautarse o decomisarse, su valor puede verse muy reducido para cuando se produce el decomiso. Si una jurisdicción de origen esperaba recuperar un monto mucho mayor de activos de lo que en realidad recupera, la pérdida de valor puede desalentarla de intentar la recuperación de activos en el futuro y agotar la voluntad política para combatir la corrupción. Por otra parte, las jurisdicciones de origen pueden percibir el mantenimiento inadecuado de los activos por parte de las jurisdicciones solicitadas como objetable, tal vez creando de una relación antagónica.

Cuando el producto de la corrupción se rastrea a una cuenta bancaria, la gestión de esos activos es relativamente simple. En otras circunstancias, pueden ser rastreados hasta negocios en funcionamiento, bienes inmuebles, arte u otros activos que requieren almacenamiento especial o gestión activa. En estos casos, la gestión de activos requiere conocimiento y atención especializados. Además, en el caso de rápida depreciación o bienes perecederos, los gestores de activos deben ser capaces de tomar medidas para disponer de los bienes incautados, como corresponda, para preservar su valor.

Para asegurar la preservación de los bienes incautados o congelados, las jurisdicciones deben implementar un sistema de gestión de activos que incluya la capacidad de colocación o venta oportuna de los bienes incautados cuando sea necesario. El régimen podría contemplar la gestión de activos por una serie de actores diferentes, como síndicos privados, el titular de la propiedad, un gestor designado por la corte o una oficina de servicio público creada para tal fin. Muchas jurisdicciones han creado una oficina especializada para administrar bienes incautados o restringidos en virtud de diversas leyes internas de decomiso. Esta oficina suele ocuparse de la planificación y el análisis antes de que los activos sean restringidos o incautados, más la gestión de los activos una vez que

91. UNCAC, Artículos 54(2)(c) y 31(3).

se han restringido o incautado, y luego la realización de los activos después de su decomiso formal.

El gestor de activos debe participar antes de la restricción o incautación para analizar los costos de gestionar la propiedad cotejado con el valor que probablemente se obtenga en el momento del decomiso. Además, el gestor de activos debe estar obligado a mantener una descripción detallada de los bienes y su condición, incluyendo, donde corresponda, fotografías o imágenes de video. En algunas situaciones, una tasación de la propiedad también puede ser importante.

Como buena práctica el GAFI recomienda que las jurisdicciones implementen un régimen de gestión de activos para administrar bienes congelados y decomisados, idealmente incluyendo las siguientes características:

- un marco para gestionar bienes congelados, incautados o decomisados de manera efectiva, incluyendo la designación de una autoridad responsable de la gestión de los bienes;
- recursos suficientes para manejar todos los aspectos de la gestión de activos;
- participación de la autoridad antes de tomar medidas para congelar o incautar el activo;
- medidas para tratar con el propietario de los bienes y los derechos de terceros;
- mantenimiento apropiado de registros;
- requerimiento de que la autoridad se responsabilice de daños y perjuicios a ser pagados después de la acción legal de una persona física por razón de daño o pérdida de la propiedad; y
- autoridad legal para permitir que un tribunal ordene la venta, sobre todo cuando el bien es perecedero o de rápida depreciación.

Para información adicional, consulte la publicación de StAR, *Manual de Recuperación de Activos. Una guía orientada a los profesionales*.

Recomendaciones Operativas

- a) Las jurisdicciones deben formular políticas y procedimientos que aseguren que se establezcan límites adecuados al acceso a activos restringidos, así como límites a honorarios exorbitantes y un requisito de que el acusado demuestre que no hay otra fuente de financiación disponible para su representación legal. Estas políticas y procedimientos deben cotejar los derechos de los acusados de acceder a fondos para su defensa legal con los derechos de las víctimas a recuperar los activos robados.
- b) Las jurisdicciones desarrolladas deben considerar la creación de un fondo especial para prestar asistencia financiera a los países en desarrollo que buscan recuperar activos robados ubicados dentro de la jurisdicción desarrollada.

(continúa)

Recomendaciones Operativas (*continuación*)

- c) Las jurisdicciones deben alentar a los bufetes jurídicos a asistir pro bono a las jurisdicciones que carecen de la capacidad o los recursos financieros para participar en litigios engorrosos y costosos. Por otra parte, los países desarrollados que reciben solicitudes de los países en desarrollo para la restitución de activos robados deben considerar la prestación de asistencia financiera al país en desarrollo para pagar su representación legal.
- d) Las jurisdicciones deben apoyar los mecanismos de honorarios por fallo favorable entre bufetes jurídicos privados y países en desarrollo que buscan la restitución de los bienes robados en casos de corrupción, y el uso de bienes decomisados para el efecto, siempre que dichos mecanismos sean públicos, equitativos, en línea con las mejores prácticas del sector, y en el mejor interés del país víctima.
- e) Las jurisdicciones, posiblemente las autoridades centrales y judiciales, deben adoptar medidas para asegurar que no se abuse de los mecanismos para el pago de honorarios legales.
- f) Las jurisdicciones deben asegurar que se implementen medidas efectivas de gestión de activos para proteger contra el agotamiento de los activos restringidos o incautados, como exige la UNCAC.
- g) Las jurisdicciones deben incluir disposiciones que permitan la venta de los bienes incautados de rápida depreciación o perecederos, cuando sea necesario para preservar su valor.

Apéndice A. Tabla de Recomendaciones

Recomendación	Barrera	Tipo
Una jurisdicción solicitada no debe denegar una solicitud de asistencia legal mutua a menos que cuente con pruebas precisas y sólidas de que la jurisdicción de origen no garantiza el debido proceso a los acusados.	1	Política
Los países desarrollados deben considerar cubrir los costos de comunicación con jurisdicciones de países en desarrollo respecto de solicitudes de asistencia para la recuperación de activos robados; los países desarrollados también podrían proveer tecnología y equipo de comunicaciones a las jurisdicciones en desarrollo.	1	Política
Las jurisdicciones solicitadas deben implementar políticas y procedimientos que garanticen la transparencia al tratar con autoridades de origen y exigir que se divulguen las razones del rechazo de una solicitud de asistencia legal mutua a la jurisdicción de origen; también deben dar a la jurisdicción de origen la posibilidad de demostrar que el acusado recibió el debido proceso.	1	Operativa
Para ayudar a fortalecer la confianza entre jurisdicciones, los países desarrollados deben establecer políticas y procedimientos que faciliten contactos personales entre las autoridades de origen y solicitadas. En particular, se deben establecer magistrados de enlace, oficiales de enlace de la UIF y agregados policiales y aduaneros para promover una mayor cooperación entre las autoridades centrales y contactos directos entre fiscales, jueces o agentes del orden competentes.	1	Operativa
Las jurisdicciones deben proveer recursos adecuados para permitir que sus funcionarios asistan a reuniones y foros internacionales relevantes y establezcan contactos con sus homólogos a nivel bilateral.	1	Operativa
Las jurisdicciones deben participar y aprovechar las redes y grupos de recuperación de activos, como CARIN, ARINSA e IberRed, para desarrollar relaciones con profesionales de otras jurisdicciones.	1	Operativa
Las jurisdicciones deben establecer políticas y procedimientos que permitan a los profesionales establecer contactos y vías efectivas de comunicación interinstitucional, incluyendo mantenimiento de los datos de los contactos en los sistemas corporativos. Estos sistemas deben ser actualizados regularmente.	1	Operativa

a. Por ejemplo, los Estados Unidos, tiene agregados del FBI, la DEA, la Oficina de Inmigración y Aduanas de EEUU, el Servicio de Impuestos Internos de EEUU y el Servicio Secreto de EEUU en muchas embajadas en el exterior. Francia, Alemania, Japón y el Reino Unido también tienen agentes policiales y aduaneros, y magistrados de enlace en otros países.

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones deben formular e implementar una estrategia transparente e integral para la recuperación de los activos robados que define los motivos de denegación de una solicitud de asistencia legal mutua de manera explícita y específica.	2	Política
Las jurisdicciones deben crear organismos o unidades de decomiso especializadas dentro de los organismos existentes con un mandato claramente definido de facilitar la recuperación de activos.	2	Política
Las jurisdicciones deben asegurar que sus funcionarios, incluyendo jueces y fiscales, estén bien capacitados en asuntos relacionados con la recuperación de activos.	2	Política
Donde no existe régimen de decomiso sin condena, las jurisdicciones que aún no lo han hecho, deben promulgar e implementar leyes para responder positivamente a las solicitudes de decomiso de activos presuntamente robados aún sin condena.	2	Política
Los países deben definir explícita y específicamente los motivos de denegación de una solicitud de asistencia legal mutua.	2	Política
Las jurisdicciones deben iniciar sus propias investigaciones de activos robados utilizando una variedad de fuentes legítimas (UIFs, denuncias e informes de los medios); establecer programas de asistencia técnica bilateral; prestar asistencia técnica práctica caso-por-caso; iniciar y asignar recursos adecuados a unidades especiales de investigación y enjuiciamiento enfocadas en investigaciones de recuperación de activos robados; y apoyar a organizaciones internacionales con capacidad de prestar asistencia (según previsto en el Artículo 60(2)(3) de la UNCAC).	2	Operativa
Ante un requerimiento de doble incriminación, las jurisdicciones deben interpretar las definiciones de delitos de la jurisdicción de origen con una mente abierta, dando lugar a la más amplia gama de posibilidades y, en caso necesario, valerse de un enfoque basado en la evaluación de la conducta para determinar si la conducta es un delito en ambas jurisdicciones.	2	Operativa
Las jurisdicciones deben dar prioridad a la política de garantizar que haya un número suficiente de investigadores financieros, fiscales y jueces debidamente capacitados para ocuparse de los casos de recuperación de activos que requieren conocimiento tanto de leyes nacionales como de convenios y normas internacionales.	3	Política
Las jurisdicciones deben aprobar legislación que garantice que el Estado no pueda ser sancionado con una orden de pagar los costos judiciales de la otra parte en casos en que cumple con sus obligaciones internacionales de prestar asistencia legal mutua.	3	Política

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones deben asegurar que las autoridades competentes cuenten con personal suficiente, debidamente capacitado y con experiencia en la recuperación de activos lo que requiere conocimiento de leyes nacionales y de convenios y normas internacionales.	3	Operativa
Las jurisdicciones de origen y solicitadas deben estar dispuestas a conversar con franqueza para intentar resolver la insuficiencia de recursos, incluyendo comunicaciones sobre cómo repartir los costos y, en su caso, repartir los bienes recuperados.	3	Operativa
El GAFI debe alinear su definición de una PEP con la definición de la UNCAC. Esta definición debe ser adoptada por todos los emisores de normas y otros actores claves.	4	Política
Las jurisdicciones deben exigir que las instituciones financieras revisen sus clientes PEP por lo menos una vez al año, utilizando un enfoque basado en riesgo, y documenten los resultados de la revisión.	4	Política
Debido a que las PEPs suelen retener su importancia e influencia durante varios años, incluso después del inicio de su enjuiciamiento por corrupción, las jurisdicciones deben exigir a las instituciones financieras que guarden registros bancarios relacionados con las PEPs durante un período más largo de lo normal, tal vez por ocho a diez años.	4	Política
Las jurisdicciones deben garantizar la implementación de las disposiciones del Artículo 14 y el Artículo 52 de la UNCAC, las recomendaciones del GAFI y las recomendaciones que figuran en el informe StAR sobre <i>Personas Expuestas Políticamente: Medidas Preventivas para el Sector Bancario</i> .	4	Operativa
Cuando un reporte de operaciones sospechosas (ROS) está vinculado a una PEP extranjera, las autoridades competentes deben, después de que un análisis adecuado apoye dicha divulgación, compartir esta información con las autoridades competentes de la jurisdicción de origen de la PEP y cualquier otra jurisdicción relacionada.	4	Operativa
Las jurisdicciones deben informar sobre cualquier acto delictivo e información sospechosa arrojado por la revisión anual de una PEP extranjera a la UIF local utilizando el proceso ROS, o a otra autoridad competente por medio del procedimiento apropiado.	4	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
<p>Las jurisdicciones deben considerar la implementación de sistemas de gestión de riesgos para identificar a PEPs. Estos sistemas deben incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Indicadores genéricos y fuentes de información, tales como riesgos asociados con ciertas jurisdicciones, productos, antigüedad en el cargo público, o el tipo de negocio. • Obtención de información relevante a partir del cliente como parte del proceso normal de solicitud de apertura de una cuenta y procesos continuos de debida diligencia del cliente (DDC) y conozca a su cliente (CSC). • Requerimiento de una declaración escrita de la titularidad real bajo pena de cometer un delito. • Conocimiento del negocio e intercambio de información entre instituciones financieras. • Listas de presentación de declaraciones de activos e ingresos. • Medios de comunicación y publicaciones que contienen información que puede ayudar a los bancos a identificar a PEPs y mantener actualizado el perfil del cliente. • Fuentes internas de información relacionadas con la jurisdicción de origen del cliente. • Búsquedas en Internet, incluyendo motores de búsqueda grandes y pequeños. • Utilización de proveedores de bases de datos comerciales sobre PEPs. 	4	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben garantizar que entes reguladores o supervisores competentes hagan cumplir correctamente los sistemas de divulgación, presentación de informes y gestión de riesgos con relación a PEPs.</p>	4	Operativa
<p>A fin de facilitar la cooperación internacional, las jurisdicciones responsables deben participar en conformaciones de grupos de trabajo conjunto o en reuniones internacionales regulares cuando hay dos o más jurisdicciones participando en un caso significativo de recuperación de activos.</p>	5	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben revisar los mecanismos internos de asistencia legal mutua y tomar medidas para mejorar la cooperación y coordinación interna. Una opción es generar grupos de trabajo pluri-institucionales o conformaciones de grupos de trabajo conjunto que se reúnen regularmente para debatir estrategias y acciones.</p>	5	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
<p>Cuando una autoridad central es el primer punto de contacto para una solicitud de asistencia legal mutua, las jurisdicciones deben instaurar procedimientos que permitan, incentiven y faciliten la comunicación profesional-a-profesional una vez que el proceso esté encaminado; en caso necesario, se debe enviar una copia de las comunicaciones a la autoridad central. Sin embargo, las jurisdicciones deben promulgar políticas y procedimientos que eviten la participación de organismos que no son esenciales para el proceso de asistencia legal mutua.</p>	5	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben formular e implementar políticas y procedimientos que garanticen la disponibilidad de canales de asistencia informal a profesionales extranjeros respecto de medidas no coercitivas y congelamientos provisorios de 72 horas o menos, sin condiciones desproporcionadas o indebidamente restrictivas</p>	6	Política
<p>Las jurisdicciones deben establecer políticas y procedimientos para crear canales de comunicación fuera del proceso formal en todas las etapas: antes, durante y después de la preparación y comunicación final de una solicitud formal de asistencia legal mutua..</p>	6	Política
<p>Las jurisdicciones de origen deben agotar los canales de asistencia informal antes de presentar una solicitud formal de asistencia legal mutua.</p>	6	Operativa
<p>Las jurisdicciones solicitadas deben informar a las jurisdicciones de origen, en una etapa inicial, de los tipos de información que pueden ser provistos sin necesidad de una solicitud formal de asistencia legal mutua. Se deberá proveer orientación a través de los sitios web correspondientes de los gobiernos.</p>	6	Operativa
<p>Las jurisdicciones no deben requerir una solicitud formal antes de poner a disposición los registros públicos, como documentos catastrales, documentos de empresas registradas e información sobre directores y accionistas. Las jurisdicciones deben también entregar copias de informes anuales y documentos conexos sin solicitud formal.</p>	6	Operativa
<p>Si se les solicita, las jurisdicciones solicitadas deben estar dispuestas a contactar con posibles testigos sin mediar solicitud formal para determinar si el testigo está dispuesto a cooperar con las autoridades de origen voluntariamente. Los Estados deben tomar declaraciones testimoniales de los testigos voluntarios sin una solicitud formal, siempre y cuando el contacto con el testigo esté permitido en tales circunstancias.</p>	6	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
<p>Para promover la comprensión entre jurisdicciones con diferentes tradiciones jurídicas, las jurisdicciones deben facilitar el acceso a información sobre la recuperación de activos dentro de su normativa, incluyendo disposiciones legales pertinentes e información sobre requisitos de la prueba, capacidades, tipos de técnicas de investigación que están disponibles, y tipos que no están permitidos. Los formatos deben incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un sitio web que provea esta información y ejemplos prácticos de casos de recuperación de activos que ofrecen orientación sobre técnicas de investigación disponibles y cómo se utilizan en la jurisdicción. • Talleres para profesionales internacionales y nacionales para entregar información sobre cómo presentar solicitudes de asistencia legal mutua, capacidades, tipos de técnicas de investigación disponibles, y tipos que no están permitidos. 	7	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben utilizar términos claros, concisos y universales al redactar solicitudes de asistencia legal mutua, tales como los indicados en el Artículo 2 de la UNCAC y en la UNTOC, y explicar el significado de cada término utilizado de manera concisa.</p>	7	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben implementar políticas y procedimientos que notifiquen proactivamente a las jurisdicciones de origen de problemas con la terminología u otras cuestiones de fondo.</p>	7	Operativa
<p>Las jurisdicciones solicitadas deben considerar formular e implementar políticas y procedimientos que aseguren que se pueda utilizar cualquiera y todos los posibles procedimientos que les permitan ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua positivamente, incluyendo sus propios procedimientos y los procedimientos especificados en la solicitud.</p>	7	Operativa
<p>Las jurisdicciones que aún no lo han hecho deben adherirse o ratificar e implementar plenamente la UNCAC, la UNTOC y otros instrumentos regionales e internacionales que faciliten la prestación de asistencia legal mutua.</p>	8	Política Legal
<p>Las jurisdicciones que necesitan incorporar convenciones internacionales en su derecho interno deben asegurar que se establezca legislación interna integral y global para la asistencia legal mutua que cumpla a cabalidad con los Capítulos IV y V de la UNCAC y el Artículo 18 de la UNTOC.</p>	8	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones con capacidad de aplicar directamente los tratados internacionales de efecto inmediato deben asegurarse que los profesionales estén al tanto de que se pueden utilizar convenciones internacionales como la UNCAC y la UNTOC como base jurídica para la asistencia legal mutua y estén familiarizados con las disposiciones de las convenciones. Se debe considerar la posibilidad de adoptar las leyes internas de asistencia legal mutua para permitir asistencia en ausencia de o en casos fuera del ámbito de aplicación de los convenios internacionales.	8	Política Legal
Las jurisdicciones deben considerar la suscripción de tratados bilaterales o memorandos de entendimiento de asistencia legal mutua con jurisdicciones que prestan solamente formas limitadas de asistencia legal mutua con base en sus leyes internas o con base en convenios como la UNCAC y la UNTOC, o jurisdicciones con las que sería excesivamente engorroso cooperar sin un acuerdo bilateral. Se debe dar prioridad a jurisdicciones de importancia estratégica, inclusive desde el punto de vista de recuperación de activos.	8	Política Legal
Los tratados de asistencia legal mutua existentes deben ser revisados y, si hiciera falta, actualizados periódicamente para garantizar su continua relevancia.	8	Política Legal
Las jurisdicciones deben revisar las leyes penales internas y el alcance del marco de restricción y decomiso para garantizar que sean lo suficientemente amplios para abarcar todos los delitos UNCAC y UNTOC.	9	Política Legal
Las jurisdicciones deben aplicar las disposiciones de restricción y decomiso de la UNCAC a todo tipo de bienes tal como previsto en la UNCAC.	9	Política Legal
Las jurisdicciones deben permitir la prestación de asistencia legal mutua tras el inicio de una investigación sobre posible actividad delictiva, incluso cuando los cargos penales aún no han sido presentados.	10	Política Legal
Las jurisdicciones deben introducir mecanismos que permitan el rastreo rápido y congelamiento provisorio de los activos antes de la presentación de una solicitud formal de asistencia legal mutua. Se requiere una solicitud formal de asistencia legal mutua para mantener los activos congelados.	10	Política Legal
Las jurisdicciones deben permitir la prestación de asistencia legal mutua sin notificación al titular de los activos cuando se trata de medidas de investigación y preservación de las pruebas, siempre y cuando existan suficientes protecciones de los derechos del titular de los activos al debido proceso en las etapas del proceso que requieren medidas coercitivas o intrusivas.	11	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones no deben exigir notificación obligatoria a clientes cuando una institución financiera comunica la información solicitada por jurisdicciones extranjeras durante una investigación. Como mínimo, las jurisdicciones deben contar con la capacidad de retrasar la notificación hasta la etapa apropiada de la investigación (que suele ser cuando el organismo encabezando la investigación está mejor preparado para mitigar los riesgos de la divulgación).	11	Política Legal
Las jurisdicciones que requieren divulgación deben comunicarse con las jurisdicciones de origen antes de prestar asistencia para determinar si la jurisdicción preferiría recibir la información o bien prefiere tomar otras medidas para evitar la divulgación al titular de los activos. En caso de existir dicho requerimiento, las jurisdicciones deben manifestar claramente esta información en su sitio web y notificar a los profesionales en otros foros internacionales.	11	Operativa
Las jurisdicciones que requieren divulgación de la ejecución de solicitudes formales de asistencia legal mutua deben permitir el congelamiento provisorio durante las investigaciones, sin divulgación al titular de los activos.	11	Operativa
Las jurisdicciones no deben utilizar el secreto bancario como motivo para denegar plena cooperación (informal y formal) en casos internacionales relacionados con todos los delitos UNCAC y UNTOC.	12	Política Legal
Las jurisdicciones deben promulgar legislación que limite y defina de manera precisa lo que es “información protegida”. El alcance de esta información debe ser muy estrecho. En casos en que los investigadores o fiscales de jurisdicciones de origen tengan interés legítimo y expresable en examinar dicha documentación, las leyes de secreto bancario deben ser lo suficientemente amplias como para dar cabida a estas solicitudes.	12	Política Legal
Las jurisdicciones no deben permitir que el secreto bancario les impida prestar asistencia y proveer documentación u otra información en casos en que las transacciones sospechosas de cuentas identificadas involucran otras cuentas no identificadas en la solicitud.	12	Política Legal
Las jurisdicciones deben considerar introducir una legislación que establezca una presunción refutable para ayudar a cumplir con el estándar de la prueba para el decomiso penal después de la condena, en particular para los delitos UNCAC y UNTOC.	13	Política Legal
Las jurisdicciones deben asegurar que los requisitos probatorios sean menos laboriosos para casos de emisión de órdenes de restricción provisionales que para casos de medidas más permanentes y los que están en etapas posteriores del proceso de decomiso.	13	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
Dentro de los límites de las garantías constitucionales o fundamentales del debido proceso, las jurisdicciones deben promulgar nueva legislación o adoptar nuevas prácticas para ayudar a satisfacer los requisitos probatorios para facilitar la asistencia legal mutua para medidas de investigación, incluyendo el establecimiento de registros centrales de cuentas bancarias.	13	Política Legal
Tanto en el decomiso con condena como en el decomiso sin condena, las jurisdicciones deben asegurar que el estándar de la prueba para demostrar que los activos están vinculados a la actividad delictiva no es demasiado estricto y está claramente establecido en las leyes internas correspondientes. Las jurisdicciones deben garantizar, además, la necesidad de que los fiscales establezcan un vínculo solamente entre los activos y actividades delictivas en general, y no entre los activos y un delito específico.	13	Política Legal
Las jurisdicciones deben definir estrictamente las expectativas del contenido de las solicitudes de asistencia legal mutua y en un sitio web incluir ejemplos de solicitudes que no proveen justificación fáctica y lógica suficiente para razonablemente permitir mayor investigación.	13	Operativa
Las solicitudes de asistencia con información incompleta, pero un nexo claro entre el delincuente y los activos, deben ser aceptadas si parece probable que la jurisdicción solicitada es capaz de localizar los activos sobre la base de la información presentada o la información guardada por la jurisdicción solicitada.	13	Operativa
Las jurisdicciones deben determinar la prioridad de la solicitud y limitar el volumen de la solicitud, centrándose en los elementos específicos y esenciales para aumentar las posibilidades de que su solicitud de asistencia legal mutua sea aceptada.	13	Operativa
Las jurisdicciones deben promulgar legislación que permita la restricción y el decomiso de activos sustitutos o de valor equivalente. Como mínimo, deben establecer disposiciones que permitan estas medidas para bienes entremezclados, de conformidad con la UNCAC.	14	Política Legal
Las jurisdicciones deben promulgar legislación interna que permita el decomiso sin condena. Como mínimo, debe permitirse el decomiso sin condena cuando el delincuente está muerto, prófugo, ausente, es inmune a enjuiciamiento, o en otros casos apropiados.	15	Política Legal
Las jurisdicciones deben, como mínimo, permitir la ejecución de órdenes de decomiso sin condena extranjeras.	15	Política Legal
Las jurisdicciones deben considerar la creación de mecanismos que permitan cooperación proporcionada de los acusados en casos de recuperación de activos.	16	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
Antes de suscribir un acuerdo de declaración de culpabilidad o acuerdo similar, las jurisdicciones deben intentar coordinación con las otras jurisdicciones con interés en la investigación para no apelar las investigaciones relacionadas que se llevan a cabo en dichas jurisdicciones.	16	Operativa
Las jurisdicciones deben, cuando es necesario, promulgar leyes para asegurar que el alcance de las inmunidades internacionales aplicables en su jurisdicción no se extienda más allá de los límites definidos por el derecho y la jurisprudencia internacional. La legislación debe permitir el enjuiciamiento, el decomiso de activos y la asistencia legal mutua cuando: <ul style="list-style-type: none"> • los actos involucrados son cometidos a título personal; • los funcionarios extranjeros están siendo enjuiciados por su propia jurisdicción; o • los funcionarios extranjeros son los beneficiarios reales de los activos administrados como recursos privados o en nombre de los familiares y asociados. 	17	Política Legal
Las jurisdicciones deben promulgar una legislación que contemple la suspensión del régimen de prescripción aplicable hasta que los funcionarios extranjeros protegidos por inmunidades dejen sus puestos o pierdan la inmunidad.	17	Política Legal
Las jurisdicciones no deben considerar las inmunidades como obstáculo cuando éstas el Estado del funcionario renuncia a ellas.	17	Operativa
Las jurisdicciones deben examinar cada caso relacionado con los delitos de corrupción cuidadosamente para determinar si las inmunidades se aplican o el enjuiciamiento es posible. Si se aplican inmunidades y no pueden ser suspendidas, los fiscales deben ser alentados a considerar otras vías para obtener justicia, incluyendo demandas civiles, decomiso sin condena o cargos contra otras personas o entidades involucradas o implicadas en los delitos.	17	Operativa
Siempre que sea posible, las jurisdicciones deben considerar la suspensión de los regímenes de prescripción para delitos de gran escala y corrupción flagrante, a ser definidos en la legislación. Por ejemplo, el plazo de prescripción podría ser suspendido en delitos que involucran activos por encima de un monto específico.	18	Política Legal
Si la suspensión no es factible, las jurisdicciones deben alargar el plazo de prescripción aplicable a los delitos descritos en la UNCAC.	18	Política Legal
Las jurisdicciones deben adoptar o aplicar leyes o jurisprudencia retrasando el inicio del período de prescripción hasta que no haya inmunidad que impide el enjuiciamiento.	18	Política Legal
Las jurisdicciones deben adoptar o aplicar leyes o jurisprudencia retrasando el inicio del período de prescripción hasta el descubrimiento del delito.	18	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
En los casos en que los regímenes de prescripción actúan como barrera para la recuperación de activos robados, las jurisdicciones deben alentar a los fiscales a identificar cargos posibles (tales como malversación de fondos, lavado de dinero y posesión de bienes robados) u otras vías, incluyendo acciones civiles y decomiso sin condena, a los que se pueda aplicar un plazo de prescripción más favorable.	18	Operativa Legal
Las jurisdicciones solicitadas deben ponerse de acuerdo para prestar asistencia legal mutua sin consideración de su propio plazo de prescripción, ya que es el plazo de prescripción de la jurisdicción de origen el que debe regir.	18	Operativa Legal
Las jurisdicciones deben establecer mecanismos para dar cumplimiento a órdenes de congelamiento, incautación y decomiso extranjeros, incluyendo juicios de valor en el contexto penal. Las limitaciones a las jurisdicciones o a los tipos de personas a las que dicha ejecución directa se puede aplicar deben ser eliminados. La legislación también debe permitir fallos contra órdenes penales de activos sustitutos u basados en el valor.	19	Política Legal
Para delitos de la UNCAC, las jurisdicciones deben establecer legislación que permita la restitución de todos los activos decomisados a pedido de una jurisdicción extranjera (menos gastos) de conformidad con el Artículo 57 de la UNCAC.	20	Política Legal
Para todos demás delitos, incluyendo los descritos en la UNTOC, las jurisdicciones deben establecer una legislación que permita el reparto directo de los activos basado en el derecho interno, en ausencia de un acuerdo bilateral de reparto de activos. Igualmente pueden suscribirse caso-por-caso pueden suscribirse acuerdos bilaterales de reparto de activos que establecen cómo deben disponerse o cómo deben ser repartidos.	20	Política Legal
Las jurisdicciones deben identificar un punto focal primario y otro secundario dentro de su autoridad central, como punto de contacto inicial para consultas sobre cómo realizar las solicitudes de asistencia. Las jurisdicciones deben también identificar otras autoridades competentes como puntos focales para la gestión de consultas informales. Los datos de los puntos focales deben mantenerse actualizados e incluir el nombre y la dirección del organismo central o competente, el puesto o título del punto focal, los datos de contacto (e-mail, teléfono, fax) y los idiomas que maneja.	21	Operativa
Las jurisdicciones deben aplicar políticas y procedimientos para asegurar que los puntos focales dentro de las autoridades centrales tienen la capacidad y el conocimiento para proveer información sobre cómo presentar una solicitud de asistencia internacional.	21	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones deben utilizar una variedad de vías para proveer información sobre los puntos focales dentro de su sistema y asegurar que los datos de los puntos focales siguen actualizados, las opciones incluyen el uso de los sitios web públicos nacionales, INTERPOL y redes internacionales o regionales como CARIN, ARINSA e IberRed.	21	Operativa
Las jurisdicciones deben fortalecer las redes de recuperación de activos existentes o incluir la recuperación de activos dentro de una red regional existente. Donde no se cuente con este tipo de redes, las jurisdicciones deben apoyar su creación, solicitando la asistencia de organizaciones internacionales cuando sea necesario.	21	Operativa
Donde se exige reciprocidad, las jurisdicciones deben asumir que la reciprocidad se cumple a menos que la experiencia indique lo contrario.	22	Política Legal
Las jurisdicciones no deben negarse a prestar asistencia sobre la base de la doble incriminación cuando el plazo de prescripción ha expirado en la jurisdicción solicitada.	22	Política Legal
Donde se exige doble incriminación, las jurisdicciones deben utilizar un enfoque basado en la conducta para determinar si el requerimiento puede cumplirse.	22	Política Legal
Cuando hay preocupación acerca de la pena capital, las jurisdicciones solicitadas deben buscar garantías de que, si se presta la asistencia, la jurisdicción de origen no aplicará la pena capital.	22	Política Legal
Las jurisdicciones deben evitar limitar las jurisdicciones que pueden solicitar asistencia legal mutua.	22	Política Legal
Los países deben limitar los motivos de denegación de asistencia legal mutua respecto de las disposiciones de la UNCAC y la UNTOC y, cuando sea necesario, definir las causas de denegación con la mayor claridad posible, teniendo en cuenta la naturaleza de la solicitud.	22	Política Legal
Las jurisdicciones no deben establecer motivos obligatorios de denegación de asistencia legal mutua, sino aclarar los criterios para su consideración y dejar espacio para el ejercicio de discrecionalidad en función de las circunstancias.	22	Política Legal
Las jurisdicciones deben asegurar que las solicitudes de asistencia legal mutua no puedan denegarse sobre la base de que el delito está relacionado con asuntos fiscales.	22	Política Legal
Las jurisdicciones deben asegurar que las solicitudes de asistencia legal mutua no puedan ser rechazadas por motivos relacionados únicamente a intereses económicos.	22	Política Legal

Recomendación	Barrera	Tipo
<p>Las jurisdicciones y organizaciones deben utilizar los sitios web gubernamentales, los puntos focales de asistencia legal mutua y las bases de datos de terceros para poner a disposición las leyes, reglamentos y herramientas de asistencia legal mutua, junto con directrices explicativas y modelos de solicitudes de asistencia, preferiblemente en al menos uno de los idiomas internacionalmente aceptados. Ejemplos de puntos de salida son la ONUDD IMoLIN, la Biblioteca Legal de la UNCAC, la Iniciativa StAR y el sitio web de la ICAR (Centro Internacional para la Recuperación de Activos).</p>	23	Operativa
<p>Las autoridades centrales designadas como puntos focales para las solicitudes de asistencia legal mutua deben, en colaboración con los organismos nacionales pertinentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • proveer acceso fácil a leyes y reglamentos sobre asistencia legal mutua en Internet; • emitir y actualizar periódicamente las directrices para las jurisdicciones extranjeras sobre los requisitos para la solicitud de asistencia legal mutua u otras solicitudes, incluyendo una plantilla para una solicitud y modelos de solicitudes, y actualizarlas periódicamente; • emitir políticas y procedimientos por escrito sobre asistencia legal mutua para asistir al personal pertinente a iniciar y transmitir las solicitudes de asistencia legal mutua y facilitar la tramitación oportuna de las solicitudes de jurisdicciones extranjeras, y • proveer, al personal correspondiente, capacitación formal y en el puesto de trabajo sobre leyes, reglamentos y políticas de la asistencia legal mutua, y sobre los procedimientos para formular solicitudes y tramitar solicitudes entrantes de asistencia legal mutua. 	23	Operativa
<p>Las jurisdicciones solicitadas deben, en virtud de acuerdos, prestar asistencia y capacitación colocando magistrados de enlace, fiscales, agregados o mentores jurídicos en las jurisdicciones de origen, particularmente en aquellas con un número importante de solicitudes o asuntos de alto valor. Las jurisdicciones desarrolladas deben considerar la posibilidad de prestar apoyo financiero, ya sea directamente o a través de paquetes de ayuda por medio de organizaciones multilaterales, a países en desarrollo para la colocación de un oficial de enlace o agregado en la jurisdicción solicitada.</p>	24	Política
<p>Las jurisdicciones deben desarrollar políticas y procedimientos que provean y den a conocer los recursos disponibles a las jurisdicciones de origen para asistirles en la presentación de solicitudes de asistencia. Los recursos podrían incluir información en línea, nombres de oficiales de enlace y datos de contactos que pueden revisar los borradores de las solicitudes.</p>	24	Política

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones de origen deben mejorar la calidad de la traducción utilizando servicios de traducción profesional y evitar el uso excesivo de jerga legal en las solicitudes.	24	Operativa
Cuando es necesario presentar una solicitud en un idioma extranjero, los países desarrollados deben considerar ayudar a los países en desarrollo proveyendo u organizando los servicios de traducción.	24	Operativa
Los proveedores de asistencia técnica deben considerar desarrollar programas que permitan, a pedido de los países en desarrollo, colocar mentores en las jurisdicciones de origen para ampliar las capacidades y transferir conocimiento en asistencia legal mutua y otros elementos de cooperación internacional, y estos esfuerzos se podrían alinear con trabajo en casos concretos.	24	Operativa
Las jurisdicciones que realicen una solicitud de asistencia legal mutua deben incluir datos de contacto del profesional responsable de la solicitud, incluyendo información de los idiomas que maneja.	25	Operativa
Las jurisdicciones deben implementar políticas y procedimientos para responder a las solicitudes de asistencia legal mutua. Un elemento importante es un acuse de recibo que incluye los nombres y datos de contacto que la jurisdicción de origen puede utilizar para el seguimiento de la solicitud. Este acuse de recibo debe presentarse dentro de dos semanas de recibida la solicitud.	25	Operativa
Las jurisdicciones solicitadas deben informar rápidamente a las jurisdicciones de origen por escrito cuando se rechaza una solicitud de asistencia legal mutua, incluyendo los motivos de la denegación y los hechos subyacentes que apoyan la negativa.	25	Operativa
Las jurisdicciones deben permitir medidas de investigación y preservación sin notificación al titular de los activos, siempre y cuando exista suficiente protección de los derechos del titular de los activos al debido proceso en las otras etapas del proceso.	26	Política
Las jurisdicciones deben poner plazos de prescripción para los tipos de impugnación que el titular de los activos puede presentar en casos en que se ha pedido a la jurisdicción que preste asistencia a otra jurisdicción. También deben, cuando ellas son la jurisdicción de origen, prohibir a los titulares de activos presentar impugnaciones que podrían presentarse en el litigio pendiente en la jurisdicción solicitada. En ambas situaciones, la jurisdicción estaría negando a los titulares de los de activos la posibilidad de utilizar el mismo argumento en dos ocasiones.	26	Política
Las jurisdicciones deben aplicar sanciones (como órdenes de pagar los costos) contra las partes que presenten aplicaciones sin fundamento, con el propósito exclusivo de retrasar innecesariamente los procedimientos.	26	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
<p>Para evitar demoras innecesarias en la tramitación de solicitudes, las jurisdicciones deben implementar procedimientos para todas las solicitudes de asistencia legal mutua para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • acusar recibo de la solicitud en el plazo de dos semanas, proveyendo los datos de contacto del profesional responsable de la gestión de la solicitud, incluyendo una dirección de correo electrónico, a la autoridad de origen; • establecer líneas claras de comunicación entre las jurisdicciones de origen y solicitada, y • proveer información a las jurisdicciones de origen sobre el proceso, cronograma, expectativas y cualquier otra cuestión relevante relacionada con el proceso. 	26	Operativa
<p>Las jurisdicciones solicitadas deben dar prioridad a las solicitudes que se reportan como urgentes y crear procedimientos especiales para acelerar las solicitudes que las jurisdicciones de origen indican que la ayuda se necesita con urgencia.</p>	26	Operativa
<p>Los profesionales deben comunicarse con las jurisdicciones de origen para asegurar que se entienden todos los aspectos de la solicitud, especialmente cuando el valor en dólares es bajo, pero el interés público es alto.</p>	26	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben desarrollar y mantener registros de acceso público, tales como registros de empresas, registros de propiedad, y registros de organizaciones sin fines de lucro. Si es posible, estos registros deben estar centralizados y en formato electrónico en tiempo real para que puedan ser utilizados en búsquedas y actualizados en todo momento.</p>	27	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben eliminar los requisitos de descripciones excesivamente específicas de propiedades a ser restringidas o decomisadas, tales como requisitos del número de registro del lote en lugar de la calle; las jurisdicciones también deben asegurar que los requisitos aplicados no inhiban la implementación efectiva de la medida solicitada.</p>	27	Operativa
<p>Las jurisdicciones deben establecer un registro bancario nacional que guarde información de identificación de las cuentas, incluyendo los beneficiario(s) real(es) y los poderes notariales.</p>	28	Operativa
<p>Las jurisdicciones solicitadas deben promulgar leyes o ejecutar políticas y procedimientos que ponen a disposición información de sus registros bancarios nacionales, como datos de identificación de cuentas, información del beneficiario real, y poderes notariales, sin que las autoridades competentes de otra jurisdicción presenten una solicitud formal de asistencia legal mutua.</p>	28	Operativa

Recomendación	Barrera	Tipo
Las jurisdicciones deben ejecutar políticas y procedimientos que aseguren límites apropiados al acceso a activos restringidos, tales como límites a honorarios exorbitantes y el requisito de que el acusado demuestre que no hay otra fuente de financiación disponible para su representación legal. Estas políticas y procedimientos deben cotejar los derechos de los acusados de acceder a fondos para su defensa legal contra los derechos de las víctimas a recuperar los activos robados.	29	Operativa
Las jurisdicciones desarrolladas deben considerar crear un fondo especial para prestar asistencia financiera a los países en desarrollo que buscan recuperar activos robados ubicados en la jurisdicción desarrollada.	29	Operativa
Las jurisdicciones deben alentar a los bufetes jurídicos a asistir pro bono a las jurisdicciones que carecen de las capacidades o recursos financieros para participar en litigios engorrosos y costosos de recuperación de activos. Por otra parte, los países desarrollados que reciben solicitudes de países en desarrollo para la restitución de activos robados deben considerar la prestación de asistencia financiera al país en desarrollo para pagar la representación legal.	29	Operativa
Las jurisdicciones deben apoyar mecanismos de pago de honorarios por fallo favorable entre bufetes jurídicos privados y países en desarrollo que buscan la restitución de sus bienes robados en casos de corrupción, y el uso de los bienes decomisados para el efecto, siempre que dichos mecanismos se hagan públicos, sean equitativos, estén en línea con las mejores prácticas del sector, y en el mejor interés del país víctima.	29	Operativa
Las jurisdicciones, posiblemente las autoridades centrales y judiciales, deben adoptar medidas para garantizar que no se abuse de los mecanismos de pago de honorarios por fallo favorable.	29	Operativa
Las jurisdicciones deben asegurar que existen medidas efectivas de gestión de activos para proteger contra el agotamiento de los activos restringidos o incautados, como exige la UNCAC.	29	Operativa
Las jurisdicciones deben incluir disposiciones que permitan la venta de los bienes incautados de rápida depreciación o perecederos, cuando sea necesario, para preservar su valor.	29	Operativa

Asistencia Legal Mutua. Asistencia proporcionada por una jurisdicción a otra jurisdicción con el fin de hacer cumplir las leyes, incluyendo la identificación de personas y cosas, así como la prestación de asistencia para congelar, restringir o decomisar el producto o los instrumentos del delito.

Autoridades centrales. La entidad designada por una jurisdicción para recibir las solicitudes de asistencia legal mutua de otras jurisdicciones. La autoridad central puede atender por sí misma las solicitudes o remitirlas a la autoridad competente.

Beneficiario real. La persona física que en última instancia posee o controla a un cliente y/o la persona en cuyo nombre se realiza la transacción. El término también incluye a las personas que ejercen el control efectivo y definitivo sobre una persona jurídica (como una corporación) o arreglo.

Congelamiento de activos. Prohibición provisoria de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o custodia o control provisorio de los bienes sobre la base de una orden expedida por un tribunal u otra autoridad competente.⁹⁹ El término se utiliza indistintamente con incautación y restricción.

Convención de Mérida. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convención de Palermo. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Convención de Viena. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Decomiso de activos. La privación definitiva de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente. El término se utiliza indistintamente con confiscación. El decomiso se realiza a través de un procedimiento judicial o administrativo que transfiere la propiedad de fondos o activos específicos al Estado. Las personas o entidades que tienen una participación en los fondos u otros activos especificados en el momento de la confiscación o decomiso pierden todos los derechos, en principio, a los fondos u otros activos decomisados o confiscados.¹⁰⁰

Estados Parte. Un país que ha ratificado o se ha adherido a un tratado en particular, y que por lo tanto está legalmente comprometido con las disposiciones del instrumento.

Exhortos. Solicitud formal de un tribunal a un tribunal extranjero de algún tipo de asistencia judicial. Permite la comunicación formal entre un juez, un fiscal u oficial garante del cumplimiento de la ley de una jurisdicción, y sus homólogos en otra jurisdicción. Es una forma particular de la asistencia legal mutua.

99. UNCAC, Artículo 2(d).

100. Nota interpretativa de GAFI de la Recomendación Especial III: Congelación y decomiso de activos de terroristas, párr. 7(c), <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/53/32/34262136.pdf>

Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera. Una reunión informal de unidades de inteligencia financiera creado en 1995. Ahora conocido como el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, estas UIFs se reúnen con regularidad para encontrar formas de cooperar, especialmente en el intercambio de información, capacitación e intercambio de experticia.¹⁰¹

In personam. En latín significa “dirigido a una persona en particular.” En el contexto de confiscación de activos o de una demanda judicial, se trata de una acción legal dirigida contra una persona específica.

In rem. En latín significa “dirigido a una cosa.” En el contexto del decomiso de bienes, es una acción legal en contra de una cosa o propiedad específica.

Incautación. Ver Congelamiento de activos.

Jurisdicción de origen. Una jurisdicción que pide la asistencia de otra jurisdicción con el objeto de ayudar en una investigación o enjuiciamiento, o en la ejecución de una sentencia.

Jurisdicción solicitada. Jurisdicción a la que otra jurisdicción pide asistencia con el objeto de ayudar en una investigación o enjuiciamiento, o en la ejecución de una sentencia.

Personas Expuestas Políticamente (PEPs). “Personas que están o han estado encargadas de desempeñar funciones públicas prominentes, por ejemplo, jefes de estado o de go-bierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares, altos ejecutivos de empresas estatales, funcionarios importantes de partidos. Las relaciones comerciales con familiares o estrechos colaboradores de las PEPs implican riesgos para la reputación similares a los de las PEPs. La definición no está destinada a cubrir personas de cuadros medios o inferiores de las categorías precedentes.”¹⁰²

Personas jurídicas. Se refiere a entidades, fundaciones, anstalts, sociedades o asociaciones, o cualquier entidad similar que puede establecer una relación permanente de cliente con una entidad financiera o de alguna manera ser titular de una propiedad.

Procedimientos ex parte. Procesos judiciales entablados por una persona en ausencia de, y sin representación de ni notificación a, otras partes.

Punto focal. Una oficina única o funcionario único de fácil acceso, con autoridad y encargado de comunicarse con otras jurisdicciones respecto de las solicitudes de asistencia legal mutua y otros asuntos relacionados, y cuyos datos de contacto se proporcionan a través de Internet y/o en otros medios.

Reporte de operaciones sospechosas (ROS). Informe presentado por una institución financiera u otro sujeto obligado sobre una transacción o actividad sospechosa o potencialmente sospechosa. El informe se presenta ante la UIF del país, también conocido como **Reporte de Actividad Sospechosa (RAS).**

101. <http://www.egmontgroup.org/about>

102. Cuarenta Recomendaciones del GAFI, Glosario. http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en_322503079_32236889_35433764_1_1_!_!,00.html#34285860.

Restricción de activos. Ver Congelamiento de activos.

Sentencia *Exequatur*. Sentencia de un tribunal interno que permite que una orden extranjera pueda ejecutarse en la jurisdicción en que opera el tribunal.

Tratado de Asistencia Legal Mutua (MLAT). Tratado bilateral que crea obligaciones claras y vinculantes entre dos jurisdicciones para cooperar en asistencia legal mutua y que establece procedimientos eficientes e integrales a ser aplicados. Estos tratados no suelen circunscribirse a una serie de delitos, sino que son aplicables a cualquier actividad delictiva dentro de su ámbito de aplicación. Los tratados bilaterales de asistencia legal mutua suelen crear una relación más estrecha entre los Estados signatarios de las convenciones multilaterales y se diseñan de tal modo que se ajusten a esa relación

Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). “Una agencia nacional central responsable de recibir (y según lo permitido, requerir), analizar y difundir entre las autoridades competentes, divulgaciones de información financiera: (i) relacionada con los fondos derivados del delito y la posible financiación del terrorismo, o (ii) requerida por la legislación o reglamentación nacional, con el fin de combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”.¹⁰³

103. Definición adoptada en la reunión plenaria del Grupo Egmont en Roma en Noviembre de 1996, modificada en la Reunión Plenaria de Egmont en Guernsey en Junio de 2004.



Los países en desarrollo pierden aproximadamente \$ 20-40 mil millones cada año por causa de sobornos, malversación de fondos, y otras prácticas corruptas. Por lo tanto, durante un período de 15 años, desaparecen más o menos \$ 300-600 mil millones. La mayor parte de estos fondos robados de países en desarrollo se cree que son trasladados al extranjero y escondidos en jurisdicciones extranjeras. Lamentablemente, sólo \$ 5 mil millones de activos robados han sido repatriados en los últimos 15 años.

Esta enorme brecha en la recuperación real de los activos robados apunta a la presencia de importantes barreras que impiden la recuperación de activos. Con el fin de llenar este vacío, la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) ha lanzado *Barreras para la recuperación de activos*, un análisis exhaustivo de estos impedimentos y su impacto negativo.

La cooperación internacional es fundamental para el rastreo y recuperación de fondos robados. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es una plataforma clave para fomentar este tipo de acción colectiva, como lo demuestran los compromisos asumidos por los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado, pero no es la panacea, ya que varias de las barreras identificadas no pueden superarse a través de la convención.

Basándose en la experiencia de profesionales con experiencia práctica, este estudio tiene por objeto orientar a los responsables de formulación de políticas y promover recomendaciones prácticas destinadas a ayudar a las jurisdicciones en la elaboración de políticas efectivas para recuperar enérgicamente los activos robados. El G-20, las organizaciones internacionales, instituciones financieras, agencias de desarrollo y la sociedad civil tienen un papel clave que desempeñar en asegurar un progreso concreto en la implementación de estas recomendaciones.

StAR, la Iniciativa de Recuperación de Activos Robados, es una asociación entre el Grupo del Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que apoya los esfuerzos internacionales para poner fin a los refugios para fondos corruptos. StAR trabaja en países en desarrollo y en centros financieros para prevenir el lavado del producto de la corrupción y facilitar la restitución más sistemática y oportuna de los activos robados.

