



Asamblea General

Distr. general
28 de noviembre de 2002
Español
Original: inglés

Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción

Cuarto período de sesiones

Viena, 13 a 24 de enero de 2003

Tema 3 del programa provisional*

Examen del proyecto de convención de las Naciones Unidas

contra la corrupción, con especial hincapié en los

artículos 2 (definiciones pendientes), 3, 4, 20, 30, 32 a 39 y 40 a 85

Estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–6	2
II. Planteamiento general del problema y de sus repercusiones	7–12	3
III. Obstáculos que se interponen a la recuperación y restitución de fondos	13–46	4
A. Actividades de blanqueo de dinero	13–19	4
B. Sistemas financieros poco claros	20–22	6
C. Dificultades en las actividades de recuperación	23–42	7
D. Complicaciones para la devolución de fondos o activos	43–46	12
IV. Observaciones finales y posibles actividades futuras	47–68	12
A. Recuperación de fondos o activos	48–58	13
B. Devolución de fondos o activos	59–62	16
C. Prevención de la transferencia de fondos o bienes de origen ilícito	63–68	17

* A/AC.261/10.

** El presente estudio no se presentó dentro del plazo establecido en la regla de las diez semanas debido a la necesidad de incorporar contribuciones que se recibieron después de la expiración de la fecha límite fijada para la presentación de documentos para el cuarto período de sesiones del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción.



I. Introducción

1. En su resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, la Asamblea General reconoció la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción; decidió emprender la formulación de ese instrumento; y pidió al Secretario General que constituyera un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta para que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación del futuro instrumento jurídico contra la corrupción.
2. En su resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, sobre la “prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen”, la Asamblea General invitó al grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos.
3. En su resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, la Asamblea General pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que al elaborar el proyecto de convención adoptara un criterio amplio y multidisciplinario y tuviera en cuenta varios elementos indicativos, como la acción preventiva y lucha contra la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como la repatriación de dichos fondos.
4. Por recomendación de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, el Consejo Económico y Social aprobó la resolución 2001/13, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como para repatriar dichos fondos”, en la que, el Consejo pidió al Secretario General que preparara, para el Comité Especial, un estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondo de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción, así como sobre su impacto en el avance económico, social y político, particularmente el de los países en desarrollo, y que incluyera en su estudio ideas innovadoras acerca de medios y arbitrios para posibilitar el acceso por los países afectados a información sobre el paradero de los fondos que les pertenecieran con miras a recuperarlo.
5. El 21 de junio 2002, durante el segundo período de sesiones del Comité Especial, se llevó a cabo un seminario técnico de un día de duración sobre recuperación de bienes, con objeto de proporcionar a los participantes interesados información técnica y conocimientos especializados sobre los asuntos complejos relacionados con la cuestión de la recuperación de bienes. El seminario se estructuró en función de ciertas esferas temáticas importantes que correspondían a las distintas fases de un estudio de un caso hipotético, a saber, a) transferencia al extranjero de fondos o bienes de origen ilícito, esfuerzos para determinar la ubicación de esos fondos o bienes y su decomiso; b) devolución de fondos o bienes de origen ilícito; y c) prevención de la transferencia de fondos o bienes de origen ilícito. En la elaboración del estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito se aprovecharon también las ponencias que presentaron los expertos y los resultados de los debates que se celebraron durante el seminario.
6. El presente estudio se presenta al Comité Especial en cumplimiento de la resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social. Cabe señalar que el Secretario General ha presentado informes sobre el tema a la Asamblea General en sus períodos

de sesiones quincuagésimo sexto y quincuagésimo séptimo¹, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones de la Asamblea 55/188, de 20 de diciembre de 2000, y 56/186, de 21 de diciembre de 2001².

II. Planteamiento general del problema y de sus repercusiones

7. Está ampliamente reconocido el hecho de que la corrupción constituye una amenaza para la estabilidad de las sociedades, la instauración y el mantenimiento del estado de derecho y el progreso económico y político. Para que sea válida, toda solución del problema debe entrañar la recuperación de los bienes derivados de la corrupción. La recuperación y restitución de esa riqueza mal habida pueden tener una incidencia notable en los países que se recuperan de situaciones de corrupción y dejan claramente sentado que la comunidad internacional no tolerará ese tipo de comportamiento ilícito.

8. Cuando la corrupción se da en gran escala, las cantidades de recursos del erario público que se traspasan de forma ilícita a manos privadas y se sacan del país con destino a centros bancarios internacionales y a paraísos financieros pueden ser asombrosas³. Según consta en la Declaración de Nyanga sobre la recuperación y repatriación de la riqueza de África⁴, se calcula que políticos, militares, hombres de negocios y otros dirigentes se han apropiado de forma ilegal y corrupta durante décadas de entre 20.000 y 40.000 millones de dólares de los EE.UU. del erario de algunos de los países más pobres del mundo, en su mayor parte de África, y los han depositado en el extranjero en forma de dinero líquido, acciones y bonos, bienes raíces y bienes de otra índole.

9. Si bien es imposible determinar con precisión la magnitud de la transferencia de fondos o de bienes mal habidos, no puede dudarse de que la corrupción y el blanqueo del producto de los actos de corrupción tienen un efecto corrosivo en los ámbitos económico y político de los países de todo el mundo. El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha calculado que anualmente se blanquea una cuantía total de dinero equivalente a entre un 3% y un 5% del producto interno bruto (PIB) mundial, porcentaje que representa entre 600.000 millones de dólares y 1,8 billones de dólares. Puede suponerse que una proporción considerable del dinero blanqueado consiste en fondos derivados de la corrupción.

10. La exportación de fondos derivados de la corrupción entraña varias consecuencias graves para el país del que proceden. Socava los beneficios de la ayuda extranjera, desangra las reservas de divisas, reduce la base imponible, menoscaba la competencia y el libre comercio y acentúa la pobreza. Así pues, la corrupción y el blanqueo de dinero se conjugan para entorpecer todo tipo de progreso (social, económico o político) de un país, en particular de los países en desarrollo y de los países con economía en transición. El daño que se inflige es enorme, tanto en términos absolutos como en términos relativos. Por ejemplo, se sabe que Mobutu Sese Seko, ex presidente del antiguo Zaire, robó unos 5.000 millones de dólares del erario público, suma que equivalía a la deuda externa del país en ese entonces⁵. Según se informó durante el seminario sobre la "recuperación de bienes", que se celebró en Viena el 21 de junio de 2002 durante el segundo período de sesiones del Comité Especial, unos 227 millones de dólares, transferidos desde el Perú durante el Gobierno de Alberto Fujimori, habían sido

congelados en cinco países extranjeros y se habían recuperado 68 millones⁶. La mayor proporción de los fondos ilícitos se habían obtenido por el pago de distintos tipos de comisiones ilícitas y de la desviación directa e ilícita de fondos del erario público⁷.

11. Es posible evaluar las repercusiones de la transferencia de fondos de origen ilícito en el progreso social y económico en relación con los factores de desarrollo de Nigeria y México, dos Estados que padecieron recientemente casos de corrupción de gran resonancia⁸. Durante las deliberaciones de la Segunda Comisión de la Asamblea General, en su quincuagésimo séptimo período de sesiones, el representante de Nigeria dijo que las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito habían contribuido considerablemente a la fuga de capitales y que África era el continente más afectado por este fenómeno, ya que se estima que el saqueo al erario asciende a unos 400.000 millones de dólares, o más, que han sido ocultados en el extranjero. De esa suma, 100.000 millones de dólares, o tal vez más, procedían de Nigeria. Destacó asimismo que, según cálculos del Gobierno de Nigeria, la deuda externa total del país ascendía a 28.000 millones de dólares, alrededor del 28% del total de los fondos desviados del país⁹. El difunto dictador de Nigeria Sani Abacha e integrantes de su círculo íntimo despojaron al país de 2.200 millones de dólares (existen estimaciones por cuantías superiores) y los llevaron al extranjero. Esta desviación es particularmente perturbante habida cuenta de que el Banco Mundial calcula que la totalidad del PIB del país asciende a unos 41.100 millones de dólares y que más de las dos terceras partes (70%) de la población, estimada en 123,9 millones de habitantes, vive con menos de 1 dólar por día¹⁰.

12. En el caso de México, se calcula que el hermano del ex presidente Carlos Salinas amasó una fortuna de 120 millones de dólares como producto de la corrupción, suma que según estimaciones del Banco Mundial alcanzaría para sufragar durante un año los servicios de atención de salud de más de 594.000 ciudadanos mejicanos a los niveles del costo actual per cápita de esos servicios¹¹.

III. Obstáculos que se interponen a la recuperación y restitución de fondos

A. Actividades de blanqueo de dinero

13. Los funcionarios corruptos no siempre enmascaran las transferencias de la riqueza adquirida ilícitamente mediante el blanqueo de dinero. Existen algunos casos notables de corrupción en que prácticamente no se procuró ocultar la malversación sistemática de fondos. Por ejemplo, cuando Jean-Claude Duvalier huyó de Haití, los investigadores encontraron sin problemas documentos comprometedores que mostraban que el ex “presidente vitalicio” había malversado más de 120 millones de dólares¹². Más recientemente, se informó de que camiones del Banco Central de Nigeria habían transportado dinero directamente desde la sede del banco a los domicilios del general Abacha y sus cómplices¹³. En tales casos, el mayor obstáculo para localizar los bienes puede ser el ingente número de transacciones y la enorme cantidad de papeleo.

14. No obstante, el rastreo de la riqueza ilícita es aún más difícil cuando las transferencias se encubren blanqueando el dinero. Por lo general, es más fácil descubrir esa actividad ilícita en la etapa denominada de “colocación”, es decir el momento en que los bienes se depositan físicamente en una institución financiera, puesto que la fortuna se halla aún próxima al hecho delictivo que la generó. Por este motivo, es necesario que se actúe con transparencia en los mercados financieros y bancarios internacionales para impedir que los blanqueadores de dinero coloquen el producto obtenido de la corrupción en instituciones financieras. La exposición a la luz pública funciona particularmente bien, por ser el blanqueo de dinero una actividad intrínsecamente oculta. En pocas palabras, cuanto más bancos e instituciones financieras den a conocer la existencia de operaciones sospechosas, tanto mayor será la información que reciban las autoridades sobre posibles operaciones de blanqueo de dinero.

15. Los bancos y demás instituciones financieras pueden contribuir a la lucha contra el blanqueo de dinero adoptando y aplicando medidas de intercambio de información, que se suelen conocer como principio de “conocer al cliente”. La aplicación de este principio permitirá a esas instituciones superar su proverbial dificultad de distinguir el dinero limpio del dinero de origen ilícito y dar la alerta sobre clientes que están blanqueando fondos. A diferencia de la mentalidad y las leyes de secreto bancario tradicionales, el principio de “conocer al cliente” supone que las instituciones bancarias ejerzan la diligencia debida para obtener y actualizar determinada información sobre las cuentas bancarias¹⁴.

16. La aplicación del principio de “conocer al cliente” tiene por objeto evitar, mediante normas, prácticas y procedimientos adecuados, que una institución financiera sea utilizada, intencionalmente o no, para promover el blanqueo de dinero. En estos programas se prevé que las instituciones determinen con diligencia la identidad de sus clientes y vigilen la actividad de sus cuentas. Las instituciones deben presentar una “notificación sobre actividades sospechosas” cuando se percaten de transacciones que no son habituales¹⁵. Si se aplican con propiedad, las normas de conocimiento del cliente pueden facilitar la transparencia y prevenir de diversas maneras la colocación de fondos ilícitos. En primer lugar, el simple hecho de informar puede disuadir a los delincuentes, incluidos los políticos corruptos que ocupan cargos públicos, que se proponen utilizar una institución financiera como instrumento de blanqueo de dinero. En una segunda etapa, si esos clientes insisten pese a todo en operar por conducto de la institución financiera, la aplicación de las normas de conocimiento del cliente podrán permitir determinar el verdadero carácter ilícito del negocio. Además, gracias a la información que se obtenga al aplicar esas normas, una institución financiera podrá descubrir las operaciones que son incongruentes con las operaciones comerciales que habitualmente lleva a cabo el cliente.

17. Pese a que la aplicación de las normas de conocimiento del cliente ha dado resultados satisfactorios, su aceptación no ha sido general. Algunos opinan que las normas, que han adquirido más especificidad con el correr de los años, pueden obstaculizar la lucha contra el blanqueo de dinero, por el hecho de que no es viable ni equitativo pretender imponerlas en sistemas financieros menos desarrollados¹⁶. Además, la observación de las normas puede ser incoherente en la práctica y hasta no existir a veces. Por ejemplo, la investigación del caso Abacha reveló que varios bancos extranjeros no habían vigilado adecuadamente las cuentas del General y

llegaron en algunos casos a enviar a sus agentes a Nigeria para que ayudaran a sacar del país las maletas repletas de dinero¹⁷.

18. Sin embargo, tras el ataque del 11 de septiembre, se sigue consolidando la tendencia a instituir normas de transparencia más rigurosas, a medida que los países reducen los resquicios de sus sistemas financieros. En varios otros planes trazados con la finalidad de fomentar la transparencia financiera se ha reconocido que los bancos y demás instituciones financieras son los principales instrumentos de blanqueo de dinero. En 2001, FMI y el Banco Mundial agruparon en tres categorías las medidas que se han adoptado en el ámbito internacional para contrarrestar ese fenómeno: a) medidas que atañen principalmente a cuestiones financieras y de supervisión (por ejemplo, las adoptadas por el FMI, el Banco Mundial y el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea); b) medidas relacionadas con cuestiones de índole financiera y de supervisión, así como con cuestiones jurídicas y de represión del delito (por ejemplo, actividades de las Naciones Unidas); y c) medidas que se relacionan principalmente con cuestiones jurídicas y de represión del delito (por ejemplo, las actividades del Grupo Egmont y la de dependencias de Inteligencia Financiera y la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)¹⁸.

19. En general, los recientes esfuerzos internacionales destinados a promover una mayor transparencia incluyen tanto una mayor coordinación entre las instituciones existentes como la creación de nuevas instituciones e instrumentos. Numerosas instituciones han realizado considerables progresos en la lucha contra el blanqueo de dinero. La intensificación de estos esfuerzos internacionales ha dado lugar a la negociación de convenciones internacionales que abordan las cuestiones relativas a corrupción y al blanqueo de dinero, entre ellas la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I), el Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito¹⁹ y el Convenio de derecho penal sobre la corrupción del Consejo de Europa²⁰, la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos (véase E/1996/99) y el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos²¹, ²².

B. Sistemas financieros poco claros

20. Los obstáculos prácticos y jurídicos, entre ellos la ausencia de un instrumento internacional amplio concerniente a la corrupción y el blanqueo de dinero, dificultan los esfuerzos internacionales por promover la transparencia. Uno de los principales escollos es el rápido movimiento de fondos que dificulta los esfuerzos por recuperar y restituir el dinero, por cuanto las transferencias electrónicas, especialmente a través de la Internet, preservan el anonimato de las transacciones y puede resultar extremadamente difícil seguirles la pista²³.

21. Otro problema práctico es el que supone la constante falta de transparencia en muchos sistemas financieros del mundo²⁴. Por ejemplo, las cuentas de corresponsalía que ciertas instituciones financieras proporcionan a los bancos extranjeros continúan siendo un conducto para el blanqueo de fondos. La corresponsalía bancaria es un mecanismo a través del cual un banco proporciona servicios a otro

banco para transferir fondos, cambiar divisas y efectuar otras transacciones. Esas cuentas pueden proporcionar a los propietarios y clientes de un banco deficientemente controlado, e incluso corrupto, la posibilidad de transferir dinero libremente a cualquier parte del mundo. Cada vez es más evidente que los fideicomisos también constituyen una brecha en la transparencia, que posibilita el funcionamiento de complejos mecanismos de blanqueo. El anonimato que proporcionan esos instrumentos, especialmente los fideicomisos “ciegos” y los fideicomisos de protección de activos, otorga a los funcionarios corruptos libertades que les permiten evitar las órdenes de decomiso. Asimismo, las cuentas en bancos extraterritoriales y las empresas de inversiones privadas proporcionan refugio seguro y oportunidades a cualquier actividad de blanqueo, incluido el blanqueo de fondos derivados de la corrupción. Un informe elaborado en enero de 2000 por la Universidad de Trento para la Comisión Europea, titulado “Protecting the EU financial system from the exploitation of financial centres and off-shore facilities by organised crime”, revela que el derecho de sociedades es también un aspecto importante de la transparencia general del sistema que ha sido descuidado en gran medida. La comunidad internacional debería prestar atención al problema que supone la obtención de documentos de sociedades anónimas en otros países y la utilización de esas sociedades para facilitar el blanqueo mediante el encubrimiento de la identificación y propiedad de los fondos.

22. Las operaciones de la banca privada son otro ejemplo de mecanismos poco claros. El concepto de “banca privada” denota los servicios preferentes que algunas instituciones financieras proporcionan a particulares que disponen de grandes patrimonios y es de particular interés en el contexto del blanqueo del producto de la corrupción. Las operaciones bancarias privadas ofrecen resquicios para el blanqueo de dinero que pueden ser aprovechados por figuras corruptas del medio político que, según el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, son personalidades que cumplen o han cumplido funciones públicas destacadas, incluyendo jefes de Estado o de gobierno, líderes políticos de larga trayectoria, altos cargos del gobierno, del poder judicial o de las fuerzas armadas, importantes ejecutivos de empresas del Estado y miembros influyentes de los partidos políticos²⁵. El banquero privado puede abstenerse de aplicar cabalmente los principios de debida diligencia en relación con esas cuentas, ya que un funcionario corrupto es un cliente valioso y el banco le presta asistencia para invertir los fondos depositados. Además, la participación de un intermediario en esa situación permite al funcionario abrir y manejar la cuenta prácticamente de manera anónima²⁶.

C. Dificultades en las actividades de recuperación

23. Las investigaciones internacionales destinadas a recuperar fondos derivados de la corrupción requieren que las autoridades establezcan procedimientos jurídicos para obtener el título legal de propiedad de los activos localizados mediante investigaciones que pueden ser complejas y prolongadas. Esas medidas de recuperación pueden adoptar diversas formas, entre otras las siguientes: a) procedimientos penales en el Estado de origen (“Estado requirente”) con ejecución de la sentencia en el Estado en que se encuentren los fondos (“Estado requerido”); b) procedimientos civiles en el Estado requirente y posterior ejecución internacional de la sentencia; c) procedimientos penales o civiles entablados por el

Estado requerido que permitan confiscar los activos a favor del Estado requirente directamente, o del Estado requerido (que podrá luego compartir los activos); d) procedimientos civiles entablados por el Estado requirente en los tribunales del Estado requerido; o e) una combinación de las posibilidades mencionadas. Como se examina a continuación, existen numerosas dificultades y complicaciones inherentes a esas medidas de recuperación.

1. Falta de armonización de las legislaciones

24. Un inconveniente fundamental con que tropiezan las medidas de recuperación es la diversidad de ordenamientos jurídicos. Los gobiernos y las instituciones financieras que se rigen por diferentes ordenamientos jurídicos pueden tener dificultades para superar sus diferencias conceptuales y de procedimiento. Los problemas jurídicos resultantes relacionados con las medidas de recuperación pueden variar según el tipo de ordenamiento jurídico (anglosajón/romanista) y el enfoque que se adopte respecto de la recuperación (civil/penal).

25. La mayoría de las diferencias entre los distintos derechos procesales no son irreconciliables dado que todos los ordenamientos jurídicos modernos se adhieren esencialmente al principio de imparcialidad. Sin embargo, la armonización de determinados procedimientos jurídicos se ha visto obstaculizada por la falta de atención internacional a cuestiones tales como la presentación de reclamaciones y los procesos de adopción de decisiones.

26. En cuanto al derecho sustantivo, las normas varían en la definición de la conducta pública indebida que se consideran un delito. Esas diferencias dificultan la cooperación internacional en casos de recuperación por cuanto la presunta actividad determinante puede no contravenir las leyes del Estado requerido.

27. Hasta la fecha, la mayor parte de los instrumentos jurídicos internacionales se han centrado en el concepto de soborno, porque prácticamente todos los Estados prohíben el soborno de sus funcionarios públicos ya sea por sus conciudadanos o por ciudadanos extranjeros. Por lo tanto, el soborno es el principal acto de corrupción prohibido por la comunidad internacional en general y por los Estados parte en determinados acuerdos, entre ellos la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (véase párr. 19 *supra*).

28. Los especialistas han señalado que, si bien es un primer paso encomiable, entender la corrupción como sinónimo de soborno supone limitaciones intrínsecas. El alcance limitado de las proscripciones en contra del soborno puede resultar particularmente evidente en casos en que los funcionarios se enriquecen gracias a pagos ilícitos, por ejemplo desviaciones de fondos y comisiones clandestinas, que son tan perjudiciales para el bien público como el soborno pero no se ajustan a la definición de soborno activo ni pasivo. El nuevo enfoque internacional de la corrupción debería tener en cuenta en qué casos es conveniente aplicar las prohibiciones a esas otras actividades. Esa consideración deberá tener en cuenta las eventuales restricciones concernientes a las debidas garantías procesales y otros requisitos y salvaguardias fundamentales previstos en la mayoría de las constituciones nacionales.

2. Respeto de las garantías procesales y obstáculos a la aportación de pruebas

29. Otro obstáculo jurídico a las medidas de recuperación puede ser la imposibilidad de satisfacer los requisitos procesales exigidos por una jurisdicción determinada para poner en marcha el tipo de investigación indiscreta que generalmente es necesaria para desenmarañar maquinaciones financieras complejas. Existen importantes discrepancias entre los sistemas jurídicos en lo que respecta a las salvaguardias del derecho sustantivo y procesal previstas para garantizar los principios fundamentales de la libertad civil. Una complicación práctica de esta posibilidad es que, aun cuando las pruebas se hayan obtenido lícitamente en un Estado, la búsqueda y el decomiso pueden ser contrarios al derecho en otro Estado.

30. Las complicaciones derivadas de las diferencias entre las normas jurídicas se pueden observar en el testimonio de testigos clave, como funcionarios bancarios y los investigadores. Normalmente, éstos han tenido que realizar viajes costosos y que llevan tiempo (además de ser peligrosos) de jurisdicción en jurisdicción para testificar sobre los fondos recuperados. Esos viajes también han planteado cuestiones jurídicas relacionadas con el perjurio y el otorgamiento de inmunidad de la jurisdicción penal y civil para delitos relacionados o no con el caso en cada jurisdicción en las que la persona testifica. Aunque los recientes progresos de las telecomunicaciones, por ejemplo las técnicas más perfeccionadas de videoconferencia, pueden aligerar ese peso, las cuestiones jurídicas seguirán planteándose ya que los Estados se rigen por normas diferentes para otorgar inmunidad a las personas obligadas a testificar.

31. Otra preocupación relativa a la presentación de pruebas es la incapacidad básica de algunos Estados requirentes para satisfacer las garantías procesales exigidas por los Estados requeridos. La infraestructura de esos Estados puede ser limitada y, consiguientemente, sus archivos o registros contables pueden ser incompletos o inexistentes. Tras períodos de corrupción de gran envergadura, el factor central de tensión que incide en las medidas de recuperación es el prologando tiempo que se requiere para restablecer el estado de derecho y la necesidad que tiene el Estado de tomar prontas medidas contra antiguos funcionarios de alta jerarquía y sus activos. Con frecuencia, cuando un Estado pone en marcha una campaña para recuperar los activos ilícitamente exportados por antiguos dirigentes, el proceso de reformas ha comenzado pero dista mucho de ser completo. Ese carácter transitorio del sistema jurídico del Estado requirente puede dar lugar a peticiones de asistencia que no reúnan los requisitos mínimos previstos para la asistencia jurídica mutua, por ejemplo la presentación de pruebas de la comisión del delito y de que los activos son el producto de ese delito. La promoción de normas probatorias podría permitir una aplicación más ecuánime de esos requisitos mínimos.

32. Lamentablemente, aun en casos flagrantes de corrupción, no siempre es posible entablar un proceso penal. El fallecimiento del funcionario (como en el caso del general Abacha en Nigeria) puede impedir el enjuiciamiento. El funcionario puede continuar controlando las estructuras gubernamentales de poder hasta mucho tiempo después de que el caso se haya descubierto. E incluso cuando el funcionario haya abandonado ya el gobierno, puede conservar suficiente poder a nivel local como para obstruir un procedimiento penal en el país. En otros casos más extremos, los funcionarios sospechosos pueden gozar de inmunidad de enjuiciamiento penal o puede que no haya ninguna conducta “penal” que requiera investigación porque los actos cometidos no violan ninguna de las leyes vigentes del Estado. Aun cuando el

Estado promulgue posteriormente leyes que prohíban la conducta impugnada, el demandado puede argumentar que el código penal reformado tipifica delitos *ex post facto*, que el Estado no debería reconocer a los fines de la asistencia jurídica recíproca²⁷.

3. Confiscación civil o confiscación penal

33. Las demandas de recuperación suelen dificultarse debido a una tercera complicación jurídica que se plantea porque la localización y el embargo preventivo de los activos transferidos ilícitamente son medidas que se encuentran en el límite entre los procesos civiles y penales. Cada tipo de procedimiento es diferente y puede no existir en cada Estado en las mismas circunstancias²⁸.

34. Por regla general, los procesos penales permiten adoptar medidas correctivas más eficaces. Al mismo tiempo, sin embargo, el carácter penal de las medidas también supone que se deben satisfacer requisitos más rigurosos respecto de la carga de la prueba y las garantías de procedimiento, para que esas medidas puedan aplicarse. En cambio, dado que en los procesos civiles las penas de prisión no están en juego, esos procesos ofrecen generalmente una carga de la prueba menos rigurosa y menores garantías procesales. Por ese motivo, la confiscación civil, que en algunos Estados es una herramienta común para confiscar activos, no está reconocida en muchos sistemas jurídicos nacionales.

35. Estos puntos de vista divergentes respecto de la pertinencia de la confiscación civil constituyen una de las principales dificultades para la cooperación internacional. Algunas solicitudes de ciertos Estados han sido denegadas por otros países que sólo prevén la confiscación penal. Además, el uso inicial de este tipo de procedimiento civil puede dar lugar a complicaciones o interferencias con otros procedimientos penales posteriores (o simultáneos).

36. Determinar qué tipo de decomiso aplicar y a qué personas o instituciones aplicarlos puede plantear serias cuestiones tácticas y éticas. Al seleccionar a los futuros demandados, las consideraciones tácticas exigirán que los investigadores evalúen qué demandados potenciales son más vulnerables, teniendo en cuenta su implicación penal y el sistema jurídico de su país de residencia. En otras palabras, el demandado cuya implicación sea mayor puede no ser el mejor objetivo con miras a una recuperación eficaz²⁹.

4. Falta de cooperación internacional

37. Una cuarta dificultad que suele ser inherente a las medidas de recuperación se relaciona con la necesidad de reunir a abogados e investigadores de diferentes jurisdicciones y coordinar su labor, a fin de desentrañar transacciones financieras que pueden ser complicadas. Esta labor coordinada debe llevarse a cabo tan rápidamente como sea posible porque el tiempo no está de parte de los investigadores.

38. Un escollo común para dicha labor es la falta general de instrumentos internacionales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias de tribunales extranjeros. Existen relativamente pocos acuerdos o arreglos sobre el tema. A falta de un tratado pertinente, la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal extranjero depende de la legislación nacional y de la cortesía entre las naciones.

39. Además, los acuerdos internacionales que de hecho existen permiten a los países no reconocer sentencias en ciertas situaciones. Por ejemplo, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de la Unión Europea³⁰, enumera cinco motivos por los que “no se reconocerán” las resoluciones de un tribunal extranjero: a) si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido, b) cuando se dictaren en rebeldía del demandado y sin tiempo suficiente para defenderse, c) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido, d) si la resolución hubiere desconocido, al decidir de una cuestión relativa a los regímenes matrimoniales, a los testamentos a las sucesiones, una regla de derecho internacional privado, o e) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un Estado no contratante en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa³¹.

40. Dada esas circunstancias, ciertos aspectos relativos de la ejecución de las sentencias relacionadas con la recuperación del producto de la corrupción continuarán siendo contenciosos. Por ejemplo, en casos de sentencias en rebeldía dictadas contra antiguos dirigentes en el exilio, podrían plantearse importantes cuestiones de competencia. Por ejemplo, un tribunal inglés de apelación sostuvo que una sentencia dictada en el extranjero no se ejecutaría si se hubiera obtenido por medio de fraude, aun cuando el presunto fraude hubiese sido investigado por el tribunal de origen³². No obstante, en otros países, incluidos los Estados Unidos de América, si el tribunal de origen ha examinado y determinado la cuestión del fraude, los hechos concernientes a esa cuestión pueden no estar sujetos a un nuevo examen cuando se solicite la ejecución de la sentencia dictada en el extranjero³³.

5. Falta de pericia técnica y de recursos

41. Por último, las medidas de recuperación suelen verse obstaculizadas por falta de recursos y de pericia técnica. Irónicamente, y desgraciadamente, las investigaciones en gran escala suponen una carga financiera que puede ser demasiado grande para un país que se ha visto empobrecido por los mismos delincuentes cuyos activos se están investigando. Además, los investigadores pueden carecer de la capacitación en materia de finanzas y derecho, necesaria para incoar una causa por corrupción al margen de las investigaciones destinadas a localizar los activos robados.

42. Al mismo tiempo, sin embargo, los funcionarios de un Estado requerido pueden sentirse desfavorecidos si notan que deben afrontar la carga de los procedimientos con un apoyo insuficiente del Estado requirente, y les puede contrariar el hecho de que sus propias actividades puedan ser infructuosas si el Estado requirente no puede o no quiere iniciar actuaciones en sus propios tribunales. Además, los funcionarios del Estado requerido pueden carecer de recursos y conocimientos técnicos para iniciar actuaciones para recuperar activos sin la asistencia del Estado requirente. La distribución equitativa de los trabajos necesarios para lograr la recuperación parece ser un factor decisivo para el éxito.

D. Complicaciones para la devolución de fondos o activos

43. La localización y el decomiso de activos son sólo parte de la investigación de casos de alcance internacional. La jurisdicción en cuyo poder se encuentran los activos recuperados debe determinar cuándo y a quién se devolverán esos activos. La experiencia enseña que la devolución de esos fondos puede ser un proceso difícil y complejo.

1. Preocupaciones acerca de la motivación que anima los intentos de recuperación

44. Además, los intentos por obtener la devolución de los fondos o activos ilícitos recuperados pueden verse frustrados o retardados por preocupaciones relativas a los motivos que tienen los funcionarios e investigadores que actúan en nombre del Estado requirente. En algunos casos, esas preocupaciones pueden surgir de alegaciones o sospechas de que los intentos de recuperación podrían obedecer a motivos políticos, en vista de que las normas vigentes en muchos países impiden la cooperación en casos de presuntos delitos de carácter político o militar. En otros casos, los funcionarios del Estado en el que se han recuperado los activos o los fondos pueden dudar de que en el Estado requirente no exista corrupción, y abrigar temores acerca del destino de los fondos o activos devueltos. La índole obviamente delicada de la situación puede significar que tales preocupaciones no se manifiesten explícitamente. Sin embargo, su existencia probablemente dificultará o impedirá la devolución de los fondos o activos ilícitos.

2. Reclamaciones concurrentes y jurisdicciones múltiples

45. La cuestión del destino final de los activos recuperados puede verse complicada debido a las reclamaciones concurrentes de Estados distintos del Estado que solicita la asistencia recíproca. Esas reclamaciones pueden provenir de diversas fuentes, incluso, en los casos de malversación de la ayuda internacional, el Estado de origen de los fondos. El examen de la cuestión relativa a la devolución de fondos transferidos ilegalmente no sería completo sin un estudio y un análisis exhaustivos de las eventuales consecuencias y repercusiones de esta cuestión.

3. Identificación de los propietarios beneficiarios

46. En muchos casos las normas vigentes prevén la distribución del producto recuperado de conformidad con el derecho interno del Estado requerido. Al igual que en lo concerniente a la diversidad de derechos procesales mencionada anteriormente, cada país dispone de mecanismos propios para disponer de los fondos decomisados. Por ejemplo, los inversionistas y acreedores que reclaman indemnizaciones por las pérdidas sufridas pueden entablar demandas privadas, mientras que el nuevo gobierno puede querer recuperar los fondos para financiar diversas obras públicas.

IV. Observaciones finales y posibles actividades futuras

47. En las secciones anteriores del presente estudio se han abordado algunos de los principales obstáculos que dificultan tanto la recuperación de fondos o activos de origen ilícito como su ulterior devolución. Ahondando en este examen, se pueden

contemplar varias posibilidades para eliminar esos obstáculos y, al mismo tiempo, adoptar las medidas necesarias para evitar, antes que nada, la transferencia de fondos ilícitos.

A. Recuperación de fondos o activos

1. Medidas jurídicas

a) Ampliación del concepto de delito determinante para incluir la corrupción en el extranjero

48. Las medidas que permiten el decomiso del producto de la corrupción en el marco de la legislación nacional son de importancia fundamental. Esas medidas serán mucho más eficaces si se combinan con una ampliación de las disposiciones contra el blanqueo de dinero de modo que incluyan la corrupción en el extranjero como delito determinante. En el mismo sentido, sería preciso ajustar el concepto de corrupción en la legislación nacional de manera que abarque el concepto de corrupción en gran escala, a fin de evitar que dirigentes corruptos modelen la legislación nacional para proteger a sus regímenes de la futura acción judicial.

b) Acceso a los tribunales en los Estados requeridos

49. La cooperación internacional podría facilitarse mediante una disposición que permitiera al Estado requirente iniciar acciones judiciales en los tribunales del Estado requerido en relación con el producto de la corrupción que se encuentre en su territorio. Ese acceso podría proporcionarse cuando la parte requirente pudiese demostrar un derecho de dominio sobre los activos o bien tras la presentación de una sentencia final válida. Sin embargo, también es importante que, al mismo tiempo, los Estados requirentes realicen todos los esfuerzos posibles por proporcionar apoyo y obtener pruebas suficientes en relación con los delitos de que se trate.

c) Incautación preventiva o medidas cautelares o de otra índole para impedir la dispersión o la desaparición de los activos

50. A fin de prever el tipo de procedimientos jurídicos expeditivos que suelen ser necesarios para incautar fondos en la economía global moderna, parecería necesario contar con medidas que permitieran a las autoridades, a petición de otro Estado, impedir cualquier transferencia de activos que, sobre una base razonable, pudiera pensarse que estarán sujetos a recuperación por ser producto de la corrupción. Esos mecanismos legales también deberían permitir la inmovilización de los activos en virtud de un mandamiento procedente del extranjero o de una medida cautelar apropiada dictada por un tribunal del Estado requirente. Sin embargo, estos mecanismos deberían asegurar, al mismo tiempo, que las medidas adoptadas en el extranjero tengan una base legítima y conceder al Estado requirente plazos razonables para presentar las pruebas sobre las cuales se sustenta la incautación.

d) Ejecución de sentencias dictadas en el extranjero

51. La ejecución de sentencias dictadas en el extranjero suele ser un factor clave para el éxito de la recuperación de fondos derivados de la corrupción. Para que los

tribunales puedan ejecutar una sentencia final válida procedente de una jurisdicción extranjera y ordenar la confiscación del producto de la corrupción, serían necesarias medidas jurídicas nacionales. Tales medidas deberían estar en consonancia con los principios del derecho interno relativos a la política pública o a las garantías procesales.

2. Disposiciones de organización

a) Establecimiento de un centro de coordinación de la asistencia técnica en las Naciones Unidas

52. Con el apoyo adecuado de los Estados Miembros, las Naciones Unidas podrían asumir una función más activa proporcionando un centro de coordinación de la asistencia técnica que facilitara las actividades internacionales destinadas a recuperar el producto de la corrupción. La creación de dicho centro sería una medida positiva para asegurar el flujo de la información necesaria y el entendimiento mutuo de los requisitos tanto en los Estados requirentes como en los Estados requeridos.

b) Designación de organismos gubernamentales para tramitar las solicitudes de asistencia

53. La eficacia de la asistencia recíproca mejoraría sustancialmente si se dispusiera de información actualizada y fácilmente accesible relativa a las personas u organismos gubernamentales a los que deben dirigirse las solicitudes de asistencia. Los funcionarios de las agencias responsables podrían figurar en directorios en línea de libre acceso para todos los países. Esa medida contribuiría a eliminar parcialmente la confusión que se genera, sobre todo, cuando los funcionarios de un Estado requirente procuran la recuperación de activos en casos de corrupción de gran magnitud.

c) Divulgación espontánea de información sobre activos de origen ilícito

54. La disposición de los Estados a compartir espontáneamente la información es un elemento importante de la cooperación internacional necesaria para recuperar y restituir los fondos derivados de la corrupción. Por lo tanto, la cooperación internacional se reforzaría considerablemente mediante la adopción de medidas que permitieran enviar a otro Estado información sobre fondos de origen ilícito, sin que sea necesaria una solicitud previa y sin poner en peligro las investigaciones en curso en el Estado que ofrece la información, cuando dicha revelación de información sea de utilidad al otro Estado en sus actividades de recuperación.

3. Métodos de recuperación

a) Acuerdos de honorarios proporcionales a los resultados

55. El uso extendido de los procedimientos civiles como complemento o reemplazo de las actuaciones penales, según corresponda, podría ser un medio de recuperación. Tal como se examinó en el seminario técnico sobre “recuperación de activos” (véase el párr. 5 *supra*), los procedimientos civiles iniciados por Filipinas y la Federación de Rusia han permitido a estos países recuperar casi 1.000 millones y 180 millones de dólares, respectivamente. Más recientemente, Nigeria ha recuperado más de 1.000 millones de dólares (hasta la fecha) de los fondos de

Abacha, gracias en gran parte a un proceso civil iniciado en el Reino Unido. Sin embargo, uno de los problemas de los litigios civiles es que requieren la contratación de abogados y que la asistencia letrada puede ser costosa. En algunas jurisdicciones, los estudios jurídicos y los investigadores pueden tener la disposición y la capacidad para trabajar en la recuperación de fondos blanqueados sobre la base de unos honorarios que dependerán, en última instancia, del volumen de los activos recuperados. En esas jurisdicciones, los honorarios percibidos son proporcionales al valor total de los activos recuperados. Sin embargo, los honorarios proporcionales están prohibidos en algunas jurisdicciones y no son posibles si la jurisdicción en cuestión no prevé la recuperación civil de activos blanqueados.

b) *Medidas qui tam*

56. Otro método para limitar el drenaje de los recursos públicos, a menos que el gobierno decida unirse a la acción judicial, sería hacer un mayor uso de la información que permitiera recuperar los activos de origen ilícito, o ampliar las medidas *qui tam*. En algunos países, por ejemplo, los demandantes privados pueden quedarse hasta con el 30% de los activos recuperados³⁴. Debería examinarse la posibilidad de ampliar las medidas *qui tam* en vista de sus beneficios potenciales, entre ellos, la aplicación de normas probatorias civiles menos rigurosas. No obstante, como sucede con los honorarios proporcionales, algunos Estados no reconocen la ejecución *qui tam*.

c) *Préstamos*

57. Los préstamos podrían ser otra fuente posible de financiación para entablar los procedimientos apropiados. Se podría plantear a los Estados interesados la posibilidad de que, como una forma de ayuda externa, presten apoyo a un Estado que trate de recuperar activos. Análogamente, se podría pedir a instituciones financieras internacionales, como el FMI y el Banco Mundial, que concedan préstamos anticipados que se reembolsarían con cargo a los activos recuperados. Esas instituciones financieras podrían estar dispuestas a incluir dicha financiación en el marco de planes de ayuda económica más amplios, puesto que las recuperaciones mejorarían las perspectivas económicas del Estado requirente. Las empresas privadas, fundaciones y organizaciones no gubernamentales interesadas en la asistencia internacional podrían ser otras posibles fuentes de préstamos.

d) *Reembolso*

58. Como se ha observado, los costos que suponen enérgicos procedimientos de recuperación en los tribunales de un Estado requerido pueden imponer una considerable carga financiera tanto al Estado requerido como al Estado requirente. Cabría considerar la posibilidad de imputar esos costos, parcial o totalmente, a las instituciones financieras que ostensiblemente no observaron el grado apropiado de diligencia debida y que, de esa manera, crearon el clima financiero propicio para la exportación de los fondos ilícitos. Ese tipo de reembolso requeriría que la legislación correspondiente de los Estados definiera el nivel de celo que deberían observar las instituciones financieras, y el grado de responsabilidad atribuible cuando no actuasen con suficiente diligencia.

B. Devolución de fondos o activos

1. Posibilidad de nombrar un custodio independiente para resolver las reclamaciones

59. Para ayudar a resolver la colisión de reclamaciones sobre el destino de los activos recuperados podría considerarse la posibilidad de establecer fondos de activos confiscados con el fin de guardar y desembolsar esos activos. Un mecanismo de este tipo permitiría que una persona o un tribunal, bien informados e imparciales, evaluaran las reclamaciones, a menudo incompatibles, efectuadas en relación con los activos recuperados. Tal posibilidad es la que sugiere el mecanismo procesal civil conocido como tercería, empleado en algunas jurisdicciones para resolver las reclamaciones concurrentes sobre el dinero o los bienes³⁵. Una acción de tercería permite que una persona o entidad en posesión de un activo o un fondo de dinero se una a dos o más demandantes que presentan reclamaciones concurrentes, permitiendo así que el tribunal resuelva las reclamaciones en un solo procedimiento.

2. Asignación de determinados activos al desarrollo

60. A fin de garantizar el uso apropiado de los fondos recuperados debería considerarse la posibilidad de destinarlos al servicio de la deuda nacional. Además, para limitar la vulnerabilidad de estos fondos, así como de otros bienes del Estado, una parte de los bienes recuperados o una pequeña porción de los paquetes de ayuda para el desarrollo se podrían destinar a financiar las actividades nacionales de vigilancia destinadas a frenar la corrupción y la desviación de la asistencia. Estos fondos pueden servir para organizar sistemas de investigación financiera o para ampliarlos, y para capacitar a los funcionarios en la investigación de los casos de blanqueo de dinero³⁶.

3. Establecimiento de prioridades en la asignación de los bienes o fondos recuperados

61. Las reclamaciones concurrentes sobre los bienes recuperados plantea serias cuestiones de prioridad. Sería importante establecer normas de prioridad claras y coherentes aplicables a la asignación de los fondos o bienes recuperados. Al establecer estas normas habrá que tener en cuenta la indemnización de las víctimas del delito, el apoyo a programas contra la corrupción, así como la necesidad de cubrir gastos en los que podría haber incurrido el Estado en donde los fondos o bienes estaban ubicados.

4. Participación en los bienes

62. Las actividades internacionales eficaces de recuperación en casos penales incluyen arreglos para compartir los bienes recuperados con los Estados que hicieron posible o facilitaron en gran medida la confiscación de los bienes. Por ejemplo, a julio de 2000 los Estados Unidos habían transferido aproximadamente 169 millones de dólares a casi 30 Estados en reconocimiento por su colaboración en procesos de confiscación³⁷. Compartir los bienes sirve de incentivo económico para que los Estados colaboren en la recuperación efectiva, independientemente del lugar en que se encuentren los bienes o de la jurisdicción que ejecutará, en última instancia, el mandamiento de confiscación. Como norma general, los fondos se

comparten en forma proporcional a la contribución del Estado en relación con la asistencia prestada por otros participantes que representan a las autoridades. Sin embargo, en casos claramente relacionados con los fondos públicos, o sea, los fondos sustraídos directamente del erario del Estado requirente, habría que tener en cuenta normas o arreglos que permitan apartarse de la repartición más tradicional y habría que prever la posibilidad de aumentar al máximo el monto de los fondos recuperados. Esta maximización de los fondos recuperados sería acorde con la meta de la convención propuesta de atenuar los efectos perjudiciales de la corrupción en el plano económico y social.

C. Prevención de la transferencia de fondos o bienes de origen ilícito

63. Como ya se observó, no se pueden subestimar las dificultades y complejidades inherentes a la lucha contra la transferencia de fondos ilícitos derivados de actos de corrupción. La recuperación y restitución de los fondos desviados es igualmente compleja y laboriosa, ya que frecuentemente los esfuerzos por seguir el rastro y restituir esa riqueza suelen frustrarse por una combinación de factores jurídicos y prácticos. Por eso es importante que todos los países tomen las medidas necesarias para prevenir la transferencia de fondos o bienes ilícitos derivados de la corrupción.

1. Creación de dependencias de investigación financiera y aumento del intercambio voluntario de información

64. Los gobiernos nacionales crean dependencias de investigación financiera para recibir y examinar las denuncias internacionales sobre actividades sospechosas, analizar la información financiera, divulgar la información entre los organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley e intercambiar información. A mediados del decenio de 1990 existían ya en el mundo algunas dependencias de información financiera. En junio de 2002, 69 países contaban con dependencias de ese tipo³⁸. Las dependencias de investigación financiera, que funcionan como el Grupo Egmont, entidad de carácter oficioso, han favorecido el intercambio de información y contribuido a mejorar la pericia técnica de las organizaciones que luchan contra la corrupción en todo el mundo. La importancia de esa cooperación queda demostrada en una recopilación de 100 casos expurgados de blanqueo de dinero realizada en 2001 por el Grupo Egmont³⁹.

2. Las Naciones Unidas como depositarias de la información sobre la debida diligencia y la información sobre transacciones sospechosas

65. La base de datos denominada Red Informática Internacional sobre Blanqueo de Dinero (IMOLIN) creada por el Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero de la Oficina contra la Droga y el Delito, de la Secretaría, sirve de base para la creación de un sitio seguro en la Web, en donde los Estados Miembros pueden intercambiar información sobre la debida diligencia y sobre las transacciones sospechosas. El sistema de las Naciones Unidas también puede adoptar otras medidas para capacitar y ayudar a los funcionarios públicos de los Estados Miembros. A largo plazo, las Naciones Unidas deberían considerar la posibilidad de aprovechar su carácter universal para analizar las operaciones anteriores de recuperación de fondos. Hasta la fecha ese tipo de operaciones contra funcionarios corruptos se han realizado en gran medida sin ninguna coordinación y los valiosos

conocimientos adquiridos en ellas han quedado limitados a los Estados que de hecho participaron en las investigaciones. Las Naciones Unidas están en situación de aprovechar la información sobre esos casos para crear un cuerpo general de conocimientos que quede a disposición de todos los Estados interesados.

3. Implantación de la alerta temprana

66. Se reconoce ampliamente la necesidad de prestar particular atención a todas las transacciones complejas inusualmente grandes y a todas las modalidades de transacción inusuales que no tengan un objetivo evidente de carácter económico o claramente legal, necesidad que ha quedado demostrada por los casos de corrupción en gran escala. Teniendo en cuenta los millones e incluso miles de millones de dólares que pueden estar en juego, está claro que las instituciones financieras y los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes deben estar atentos a cualquier circunstancia anormal que indique la existencia de actividades delictivas conexas. Es posible detectar estas señales de peligro mediante los programas de debida diligencia (“conozca a su cliente”) adoptados por muchos países y que ya se han descrito. Cuando una institución financiera, basada en este control de la actividad bancaria, sospecha que los fondos provienen del blanqueo de dinero deberá comunicar inmediatamente su inquietud a las autoridades competentes, que responderán con prontitud y la transmitirán a sus homólogos extranjeros. En particular, se deberán someter a minucioso escrutinio las transacciones en las que intervienen funcionarios públicos que ocupan cargos políticos y los Estados donde hay un alto riesgo de corrupción⁴⁰.

4. Aplicación de programas integradas de debida diligencia

67. Los programas descritos anteriormente sobre la necesidad de conocer a los clientes y otras formas de debida diligencia establecidos por instituciones financieras no siempre se aplican con el entusiasmo que corresponde. Para citar un ejemplo, a raíz de la investigación del caso Abacha, la Comisión Federal de Bancos de Suiza investigó 19 bancos suizos en relación con sus operaciones con el fallecido líder nigeriano y sus colaboradores y publicó un informe en el que exoneraba a 13 bancos y señalaba a seis que no habían cumplido las obligaciones de la debida diligencia⁴¹. Los Estados deberán hacer cumplir activamente los requisitos de la debida diligencia. Deberán designarse las autoridades competentes que se encargarán de supervisar a los bancos y demás instituciones financieras para garantizar el cumplimiento efectivo de todos esos requisitos. Los programas de debida diligencia deben tener, como mínimo, tres componentes: a) el ejercicio de una mayor diligencia (como ya se ha señalado) en caso de transacciones financieras inusuales; b) la creación y conservación de archivos y datos de identificación de los clientes en caso de transacciones inusuales y c) la obligación de comunicar a las autoridades competentes toda transacción sospechosa.

5. Otras medidas preventivas, incluida la creación de capacidad para la especialización de fiscales y jueces

68. Como ya se ha señalado, la falta de recursos y de pericia técnica en los Estados requirentes suele ser extrema y sigue constituyendo un grave obstáculo para impedir las transferencias ilícitas y recuperar los bienes que se hayan exportado ilegalmente. Sudáfrica es un ejemplo de la importancia de financiar y constituir

grupos de fiscales y jueces. El país creó una comisión especial para investigar la corrupción y tribunales especiales para dirimir las cuestiones civiles derivadas de esas investigaciones⁴². Por otra parte, los Estados requeridos deberán ocuparse de las necesidades relacionadas con la creación de capacidad para poder participar activamente en el creciente número de actividades internacionales contra la transferencia de fondos de origen ilícito. Además de las importantes funciones de investigación y de centro de intercambio de información que podrían cumplir las Naciones Unidas, habría que tener en cuenta el papel fundamental de liderazgo que pueden jugar en las actividades destinadas a incrementar la capacidad.

Notas

- ¹ A/56/403 y Add.1 y A/57/158 y Add.1 y 2. En esos documentos se resume la amplia variedad de medidas e iniciativas que han adoptado y emprendido los Estados Miembros, así como los organismos competentes del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, para combatir y prevenir el flagelo de la corrupción y la transferencia de fondos de origen ilícito, así como las recomendaciones que se han formulado para abordar esos problemas.
- ² Cabe señalar también el hecho de que, a fines de noviembre de 2002, la Segunda Comisión de la Asamblea General aprobó en su quincuagésimo séptimo período de sesiones un proyecto de resolución sobre la prevención de las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito y la repatriación de esos fondos a sus países de origen (A/C.2/57/L.46).
- ³ Véase en general Ibrahim F. I. Shihata. "Corruption: a general review with an emphasis on the role of the World Bank", *Dickson Journal of International Law*, vol.15, 1997, págs. 451 a 458.
- ⁴ La Declaración de Nyanga fue firmada el 4 de marzo de 2001 por representantes de Transparencia Internacional de Botswana, Camerún, Etiopía, Ghana, Kenya, Malawi, Nigeria, Sudáfrica, Uganda, Zambia y Zimbabwe. El texto completo puede consultarse en Internet (en <http://www.transparency.org>).
- ⁵ Véase Andrea D. Bontrager, "From corruption to cooperation: globalization brings a multilateral agreement against foreign bribery", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 7, 2000, pág. 655.
- ⁶ Ponencia presentada por el Sr. José Carlos Ugaz.
- ⁷ Durante el seminario se enumeraron (véase la nota 6) que los tipos de hechos de corrupción cometidos por el Gobierno de Alberto Fujimori, entre ellos, la recepción de fondos ilícitos, el soborno de funcionarios, la aceptación de dádivas, comisiones y otros tipos de abusos relacionados con la adjudicación de contratos, el nombramiento impropio de magistrados, el uso y adquisición impropios de bienes por parte de las fuerzas armadas, el narcotráfico, la persecución de opositores políticos y la desviación de fondos del erario público para campañas políticas. En el Perú se está investigando en la actualidad a unas 1.400 personas y 120 se encuentran en prisión preventiva.
- ⁸ El papel desempeñado por un importante banco privado en estos dos casos se describe en el informe sobre la banca privada y el blanqueo de dinero que presentaron senadores del partido minoritario al Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de los Estados Unidos, publicado a fines de 1999. Véase "Minority staff report for Permanent Subcommittee on Investigations Hearing on Private Banking and Money Laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities", 106ª sesión del Congreso, 9 de noviembre de 1999). (El texto puede consultarse en Internet en http://www.senate.gov/~gov_affairs/110999_report.htm). El caso Abacha, que aún no se ha esclarecido por completo, es tal vez el ejemplo que mejor ilustra la vinculación entre corrupción y blanqueo de dinero.

- ⁹ El resumen de la declaración del representante de Nigeria figura en el comunicado de prensa de las Naciones Unidas de 14 de octubre de 2002 (GA/EF/3002), pág. 8.
- ¹⁰ Véase Banco Mundial, *Indicadores del desarrollo mundial 2001*, págs 45 y 65.
- ¹¹ *Ibid.*, pág. 99.
- ¹² Véase Peter Slevin, “Duvaliers didn’t swindle subtly”, *Miami Herald*, 8 de febrero de 1987.
- ¹³ Véase Tom Masland, “A case of direct stealing”: Nigeria’s VP on recovering the nation’s looted treasure, *Newsweek International*, 13 de marzo de 2000.
- ¹⁴ Para una descripción general de los programas de aplicación del principio de “conocer al cliente” véase, por ejemplo, Paulina L. Jerez, “Proposed Brazilian money laundering legislation: analysis and recommendations”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 1997, pág. 329.
- ¹⁵ En los “Lineamientos contra el blanqueo de dinero destinados a la banca privada”, mejor conocidos como Principios de Wolfsberg, que convinieron en octubre de 2000 Transparencia Internacional y 11 grandes bancos internacionales, se enumeran procedimientos que posibilitan el conocimiento del cliente con miras a detectar los primeros indicios de blanqueo de dinero, consistentes en un examen más riguroso de las cuentas con fondos procedentes de países en que existe un alto riesgo de corrupción, así como de las cuentas de personas que ocupan cargos de responsabilidad pública.
- ¹⁶ Véase Daniel Mulligan, “Know your customer regulations and the international banking system: towards a general self-regulatory regime”, *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1999, pág. 2324.
- ¹⁷ Véase “The lost billions: the inside story of the hunt-from Lagos to New York to Geneva-for an African dictator’s stolen loot” *Newsweek International*, 13 de marzo de 2002.
- ¹⁸ Véase FMI/Banco Mundial, “Enhancing contributions to combating money laundering: policy paper”, (26 de abril de 2001).
- ¹⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1862, N° 31704.
- ²⁰ Consejo de Europa, *European Treaty Series*, N° 173.
- ²¹ Véase *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.98.III.B.18).
- ²² Además, la Directiva de la Unión Europea contra el blanqueo de dinero, de 1991, (Council Directive 91/308/EEC) se enmendó a fines de 2001 con el objetivo de ampliar la definición de blanqueo de dinero más allá del ámbito de los delitos relacionados con la droga (de modo que incluya la “corrupción” y otros “delitos graves”) y ampliar asimismo el ámbito de aplicación del principio “conozca a su cliente” a las actividades de contadores, agentes inmobiliarios, abogados y otros “guardianes”.
- ²³ Para una reseña de los métodos cada vez más sofisticados empleados por los blanqueadores de dinero, véase Patrick Moulette, “money laundering: staying ahead of the latest trends”, *OECD Observer*, abril de 2000. En un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos, *International Narcotics Control Strategy Report* (1° de marzo de 2001), figura un examen más extenso de las tácticas y esfuerzos para combatir el blanqueo de dinero.
- ²⁴ Los elementos del sistema financiero particularmente vulnerables al blanqueo de dinero, incluidas las corresponsalías bancarias, los fideicomisos y las actividades de intermediación, se analizan detalladamente en los informes anuales del Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales (GAFI).
- ²⁵ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, “Debida diligencia con la clientela de los bancos” (octubre de 2001), pág. 10.

- ²⁶ Un informe reciente del GAFI señala que existen dos corrientes de pensamiento respecto de la aplicación de los principios de debida diligencia en relación con las figuras del medio político. Si los principios se aplican de manera adecuada y amplia, las cuentas de las figuras del medio político deberían vigilarse como parte de los procedimientos generales conforme a los procedimientos generales de “conozca a sus clientes”. De todos modos, se reconoce también que las cuentas de las figuras del medio político constituyen una categoría diferente en cuanto a su potencial de uso indebido de fondos públicos y, por consiguiente, deberían estar sujetas a mecanismos de debida diligencia reforzados. El informe señala que se debe determinar si se mencionará explícitamente a las figuras del medio político en las 40 recomendaciones revisadas sobre blanqueo de capitales. Véase Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales, “Review of the FATF Forty Recommendations: consultation paper” (30 de mayo de 2002), págs. 12 y 13. (Disponible en http://www1.oecd.org/fatf/pdf/Review40_en.pdf).
- ²⁷ Para un examen de los motivos por los que la corrupción de un funcionario de alta jerarquía debería considerarse una violación de la legislación de los estados, véase Ndiva Kofele-Kale, “Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation”, *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 28, 1995, pág. 480.
- ²⁸ Para un examen de estas diferentes características de las medidas de confiscación, véase, por ejemplo Otto G. Obermaier y Robert G. Morvillo, “White Collar Crime: Business and Regulatory Offenses”, (Nueva York, *Law Journal Press*, 1990).
- ²⁹ La selección de un objetivo puede complicarse también por cuestiones básicas relativas al lugar y la jurisdicción, como se refleja en un estudio de casos resuelto presentado por un funcionario del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Véase Lester M. Joseph, “Money laundering enforcement: following the money”, *Economic Perspectives*, mayo de 2001, pág. 14.
- ³⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° C 189, 28 de julio de 1990.
- ³¹ Véase el artículo 27 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas). El Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo prevé asimismo que las decisiones no se reconocerán si el reconocimiento fuera contrario al orden público y careciesen de la notificación apropiada de los motivos.
- ³² Véase *Jet Holdings v. Patel*, *Washington Law Review*, vol. 59, N° 3 (1983), pág. 295. Para un examen de ese fallo y otras consideraciones relativas a la ejecución, véase “Survey on foreign recognition of u.s. money judgments”, 31 de julio de 2001, de la Comisión sobre Derecho Extranjero y Comparado de la Association of the Bar of the City of New York.
- ³³ Véase Ronald A. Brand, “Enforcement of foreign money-judgments in the United States: in search of uniformity and international acceptance”, *Notre Dame Law Review*, vol. 67, 1991, págs. 253 y 274 a 275.
- ³⁴ La expresión “*qui tam*” es una forma abreviada de la frase “*qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*”, que significa “quien entabla una demanda en nombre del rey y en el suyo propio”.
- ³⁵ Véase, por ejemplo, *Bandes v. Harlow & Jones, Inc.*, 826 F. Supp. 700 (Distrito Sur de Nueva York, 1993) (actividades de tercería en los Estados Unidos en relación con la colisión de demandas respecto de un fondo correspondiente a acciones de una compañía nicaragüense que había sido confiscada ilegalmente).
- ³⁶ Este tipo de asignación de los fondos fue propuesto por el Ministro de Justicia de Nigeria, Bola Ige, poco antes de su asesinato en diciembre de 2001. El Sr. Ige consideraba que si en algunos países se destinara el 1% del costo de un proyecto a prevenir el desvío de los fondos se obtendría un rendimiento del 1.000%. Véase Bola Ige, “Abacha y los banqueros: desmantelamiento de una conspiración”, Foro sobre el Delito y la Sociedad (publicación de las Naciones Unidas), vol. 2, N° 1 (2002), pág. 111.
- ³⁷ Véase Joseph, *op. cit.*, pág. 14.

- ³⁸ Los países que tienen dependencias de investigación financiera son: Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Bermuda, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, El Salvador, España, Estados Unidos, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Guernsey, Hungría, Hong Kong (Región Administrativa Especial de China), Islandia, Islas Caimán, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Irlanda, Isla de Man, Israel, Italia, Japón, Jersey, República de Corea, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, México, Mónaco, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Taiwán Provincia China, Turquía, Vanuatu y Venezuela.
- ³⁹ Véase “FIU’s in Action”, en Internet en: <http://www.ncis.co.uk/fiu.asp>.
- ⁴⁰ Por ejemplo, en enero de 2001, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos publicó su *Guidance on Enhanced Scrutiny for Transactions that May Involve the Proceeds of Foreign Official Corruption*. La Guía recomienda que las instituciones financieras inspeccionen con mayor rigor las transacciones y la apertura de cuentas realizadas por “altas figuras políticas extranjeras”, sus “familiares inmediatos” o sus “colaboradores más próximos”.
- ⁴¹ Cabe observar que en el informe se consideró que la negligencia de estos seis bancos no era suficiente para iniciarles juicio. Para mayor información sobre esta investigación, se puede consultar el sitio de la Comisión Federal de Bancos de Suiza en la Web (www.ebk.admin.ch).
- ⁴² Esta medida y otras reformas fueron descritas en su artículo “Anti-corruption efforts in South Africa”, por el Defensor del Pueblo de Sudáfrica, Sr. Selby Baqwa, *Journal of Public Inquiry*, vol. 21, otoño/invierno de 2001, pág. 21.