

Cooperación internacional con fines de decomiso¹

Guillermo Jorge

1. Las transformaciones en la cooperación internacional en materia penal

Los principios que tradicionalmente conformaron las reglas de cooperación internacional en materia penal se originaron en el siglo XIX alrededor del derecho a la extradición. La cooperación internacional fue concebida como el conjunto de reglas para decidir bajo qué condiciones un Estado debía cooperar con otro en la entrega de un fugitivo. La mayoría de los principios que informan el derecho tradicional de extradición parten del presupuesto de que los Estados son unidades competitivas cuyos sistemas penales operan en el ámbito local. Muchas reglas sobre extradición –y su contracara, el derecho de asilo– surgieron en el contexto de persecuciones, sobretodo religiosas, pero también de luchas políticas durante la formación del estado liberal y de migraciones masivas hacia nuevos Estados.

Las condiciones para adoptar medidas coercitivas contra un extranjero lógicamente requerían un mínimo de principios comunes entre los Estados involucrados fundamentalmente para evitar condenas por conductas consideradas lícitas en el lugar en el que se realizaron. Por ello, la cooperación internacional en materia penal se ha basado tradicionalmente en tratados bilaterales, usualmente negociados frente al surgimiento de algún interés específico para alguna de las partes. Si bien existen algunas costumbres que informan la cooperación internacional en general, éstas proveen una cobertura global muy deficiente para problemas específicos.

En las últimas dos décadas, sin embargo, la expansión de algunos mercados ilícitos en un contexto de mercados financieros liberalizados combinado con herramientas jurídicas diseñadas para ocultar la titularidad de los bienes impuso la necesidad de replantear el diseño de un sistemas de cooperación internacional que no estaba preparado para la detección y decomiso de bienes².

En respuesta a estas transformaciones se registran tres tendencias fundamentales.

¹ Este artículo pertenece al capítulo 6 del libro *Recuperación de Activos de la Corrupción*, de Guillermo Jorge, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

² En varios países latinoamericanos se verifica un descenso sustancial de pedidos de extradición y un aumento geométrico de los procedimientos de asistencia mutua para la obtención de pruebas en el extranjero. Ello sugiere que las dificultades para obtener evidencias en el exterior disminuye la necesidad de fuga y de las consecuencias adversas que implica.

Por una parte, alineadas con las transformaciones fundamentales que está viviendo el derecho internacional en general³, la cooperación vertical entre Estados soberanos está transfiriendo parte de sus responsabilidades tradicionales en la definición y ejecución de políticas a redes horizontales entre las distintas agencias del Estado con sus pares extranjeras. En el área de la recuperación de activos, cada vez es más común la asistencia mutua en el nivel administrativo, entre organismos policiales y entre las UIFs.

El intercambio de información financiera que se produce a nivel internacional entre las UIF permite que organismos que localmente pertenecen a la órbita de distintos poderes del Estado —algunas dependen del Poder Ejecutivo, otras son agencias policiales y, en algunos países, se trata de órganos judiciales— compartan información financiera, que en todos los países está sujeta a un nivel de reserva determinado por las reglas del secreto bancario, con sus pares en el extranjero para determinar, de un modo ágil, la necesidad de entablar un mecanismo de cooperación más formal que garantice los derechos de los involucrados. En muchos casos, el sistema de intercambio de información permite inmovilizar temporalmente los bienes, mientras se investiga si están sujetos a decomiso.

En segundo lugar, las convenciones regionales y con alcance universal para cooperar en la reducción de la acumulación de ganancias en mercados ilícitos específicos —drogas, corrupción, criminalidad organizada, terrorismo, lavado de activos originados en esos ámbitos— incorporaron reglas de asistencia mutua legal que otorgan

³ En las últimas dos décadas, el derecho internacional público en general, y la cooperación internacional entre Estados en particular, ha cambiado sustancialmente su funcionamiento. En muchísimas áreas, el proceso tradicional de creación de normas internacionales —negociación de tratados al máximo nivel político— ha sido reemplazado por estructuras más horizontales, que discuten los problemas “entre pares”, en grupos de trabajo informales y que adoptan estándares con el compromiso de traducirlo en normas jurídicas domésticas. Para muchos autores contemporáneos, la respuesta al surgimiento de problemas globales complejos, sobretudo en relación con problemas regulatorios complejos, ha sido la formación de redes intergubernamentales horizontales. La responsabilidad de cuerpos diplomáticos que negocian en nombre del soberano ha sido transferida a redes internacionales de organismos especializados encargados de diseñar regímenes jurídicos. Esta transformación resulta en la generación de redes de cooperación, y foros en los que, entre pares, se intercambian ideas, información y recursos. La literatura sobre estas transformaciones en derecho internacional público es abundante y en general específica de las áreas regulatorias que afecta (medio ambiente, supervisión bancaria, derecho de la competencia, derecho de los consumidores etc). Para una visión general, ver Slaughter, Anne-Marie, “A new World Order”, Princeton University Press, USA, 2004; Slaughter, Anne-Marie, “Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable”, en *Transatlantic Regulatory Cooperation*, Slaughter, Anne-Marie, “Government Networks: The Heart of the Liberal Democratic Order”, en Fox, Gregory H. y Roth, Brad R. (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2000, pp. 199 y ss.; Dehousse, Renaud, “Regulation by Networks in the European Community: The Role of European Agencies” *Journal of European Public Policy*, Número 4, 1997, pág. 246; Picciotto, Sol, “Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-liberalism”, *Journal of International Law and Business*, Número 17, 1996-97, pp. 1014.

cobertura global en relación con los delitos obligatorios contemplados en esos tratados. A diferencia de los tratados bilaterales que gobernaban las relaciones entre dos países para todos los asuntos de cooperación en materia penal, estos nuevos tratados rigen las relaciones de todos los Estados Parte en relación con las conductas a las que el convenio obliga a criminalizar⁴.

En tercer lugar, con el surgimiento del paradigma del lavado de activos, también la cooperación internacional comenzó a enfocarse más en la investigación, el embargo y el decomiso del producto del delito. En consecuencia, los nuevos tratados multilaterales generaron reglas de cooperación específicas para el decomiso del producto de los delitos cuya comisión se proponen reducir. La UNCAC introdujo una innovación adicional obligando a los Estados a establecer sistemas locales tanto para emitir órdenes de decomiso de bienes a solicitud de un Estado extranjero como para ejecutar órdenes de decomiso emitidas por tribunales extranjeros⁵.

Es notable cómo las reglas y principios de la asistencia mutua legal comenzaron a ser diferenciadas de los principios generales de la extradición. La asistencia mutua legal dejó de ser un apéndice del derecho de extradición y cobró autonomía como la herramienta jurídica para recolectar evidencias en el exterior, diferenciándose en aquellos aspectos en los cuales la aplicación de los principios sobre extradición tienen sentido cuando se aplican a un ser humano, pero lo pierden cuando se aplican, por ejemplo, a una cuenta bancaria. Si bien esta transformación está en curso –en cada nuevo tratado aumenta el grado de autonomía- ya se vislumbra la creación de una relación de especialidad entre la extradición y la asistencia mutua legal: una regla que no limita la extradición, tampoco puede limitar la asistencia mutua⁶ y una regla que limita la extradición, puede no limitar la asistencia mutua⁷.

En el mismo sentido, también actualmente debe diferenciarse la asistencia mutua legal, que es formal, utiliza la vía jurisdiccional y se aplica básicamente para la

⁴ En la UNCAC, ver el art. 46, inc. 9 a 20, que incorpora un “mini-tratado” de asistencia mutua legal para la recolección de evidencia en el exterior.

⁵ Ver el artículo 5.4.a de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y el artículo 13.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

⁶ Por ejemplo los delitos de corrupción cuya criminalización es obligatoria no pueden ser considerados delitos políticos a los efectos de la extradición. Por lo tanto, la asistencia mutua legal tampoco puede ser limitada con ese fundamento. Ver UNCAC, 44.4.

⁷ Por ejemplo, el principio de doble incriminación aún se aplica con bastante rigidez en el ámbito de la extradición (UNCAC, 44.1). Sin embargo, la asistencia mutua legal puede ser brindada aún en ausencia de doble incriminación y es obligatorio hacerlo en relación con medidas no coercitivas. Ver UNCAC, 46, 9.(b).

obtención de evidencias que requieren la adopción de medidas coercitivas, de la asistencia mutua administrativa, que se refiere a la posibilidad de utilizar la cooperación policial para obtener medidas no coercitivas y fundamentalmente para corroborar información que luego pueda ser útil para fundar una solicitud de asistencia mutua legal.

El objetivo de este capítulo es mostrar el impacto de estos cambios en la cooperación entre Estados para la investigación y rastreo de bienes con miras a su inmovilización y decomiso. Por ello, el capítulo propone un recorrido por las etapas clásicas de la recuperación de activos con el objetivo de mostrar los mecanismos de cooperación disponibles en cada etapa.

Las secciones 2 y 3 se ocupan de la cooperación policial y de la cooperación entre UIFs, respectivamente. Ambos tipos de cooperación son generalmente utilizados durante la etapa de investigación y localización de bienes y están sujetos a principios específicos. Mientras que la cooperación policial se utiliza sobretodo para la obtención de información a través de medidas no coercitivas, el intercambio de información entre UIFs se utiliza para obtener o validar información financiera que, en determinados supuestos, pueden derivar en la aplicación de una medida cautelar. La sección 4 se ocupa de la asistencia mutua legal. Luego de describir los principios generales que la rigen, se describen los mecanismos disponibles para la adopción de medidas de investigación que requieren coerción, para obtener medidas cautelares para inmovilizar el producto del delito, y los diferentes procedimientos de decomiso. Finalmente, la sección 5 concluye el capítulo con una explicación del art. 57 de la UNCAC, que establece las condiciones bajo las cuales los países víctimas de hechos de corrupción tienen derecho a repatriar bienes decomisados en el exterior.

2. La cooperación policial

En general, la policía tiene acceso a bases de datos con recursos de información que pueden cumplir un rol muy importante en la localización de bienes sujetos a decomiso. Por ello, existe una tendencia a potenciar los vínculos de cooperación entre las agencias policiales, con el objetivo de obtener más ágilmente información de sus bases de datos, como por ejemplo, sobre antecedentes penales, o para recolectar información ambiental –por ejemplo, sobre la ubicación, estado, uso, de una propiedad inmueble-, o para obtener medidas no coercitivas que no requieren autorización judicial

-como declaraciones voluntarias de personas- o para obtener información proveniente de registros de acceso público -sociedades comerciales, datos del registro civil, bienes muebles e inmuebles, viajes- con mayor rapidez y con menores costos y formalidades que los que requiere la asistencia mutua legal o inclusive la cooperación entre UIFs⁸.

En tal sentido, el artículo 48.2 de la UNCAC recomienda a los Estados Parte que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan la cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley⁹. En los últimos años, han proliferado los acuerdos bilaterales y regionales para aumentar la cooperación policial, el uso de oficiales de enlace en otra jurisdicción y la formación de equipos de investigación conjuntos¹⁰.

En el ámbito europeo, la evolución normativa ha sido notable. El Tratado de Ámsterdam ya establecía diversas medidas de cooperación policial en materia penal, entre las que se destaca la recolección, almacenamiento, procesamiento, análisis e intercambio de información¹¹ —incluyendo la información que se encuentra en poder de los organismos policiales de investigación financiera—¹². El intercambio de información se encuentra sujeto a las debidas disposiciones de protección de datos personales y, además, la declaración del Tratado establece que estas acciones de cooperación policial, incluida la de Europol, deben estar sujetas a la debida revisión judicial por parte de las autoridades nacionales competentes.

En 2004, Europol lideró la formación de una red informal con el objetivo de mejorar la efectividad en la identificación de bienes sujetos a decomiso¹³. Cada

⁸ La Europol, por ejemplo, tiene acceso a enormes bases de datos que contienen información potencialmente relevante para analizar reportes de operaciones financieras sospechosas. Conf. Guy Stessens, *Money Laundering, A new international law enforcement model*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2000, pág. 264 y 265.

⁹ Artículo 48.2 de la UNCAC: “*Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.*”

¹⁰ Cfr. Gally-Hart, Paul, “Cooperation between Central Authorities and Police Officials : The Changing Face of International Legal Assistance in Criminal Matters”, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 76, 2005, pp. 1-22.

¹¹ En particular a través de la Europol.

¹² Artículo K.2.

¹³ La red se llama *Candem Asset Recovery Informal Network*. Hasta su última reunión de Junio de 2007 Son miembros de esta red, al 1 de Junio de 2007, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia,

miembro de la red debe designar un enlace de contacto, que en la práctica es la agencia encargada de la recuperación de activos –en aquellos países en los que ya existe- o el organismo con competencia para investigar y decomisar activos. Los miembros se comprometen a intercambiar información de modo informal, con sujeción a las limitaciones que impongan las leyes locales; asesorar a los miembros para facilitar los pedidos de asistencia mutua legal, compartir buenas prácticas y experiencia en reuniones anuales.

El Consejo de Europa está actualmente discutiendo la necesidad de que todos los miembros designen una *Agencia de Recuperación de Activos* que tenga la responsabilidad de identificar el producto de delitos en general para su posterior incautación y decomiso por medio de la autoridad judicial correspondiente. El proyecto de resolución prevé que estas agencias conformen una red de cooperación e intercambio de información para la investigación de bienes con miras al decomiso, sea éste penal o civil, siempre que, en este último caso, sea ordenado por una autoridad judicial y “en relación con” un delito. Los procedimientos establecidos son expeditos e informales, promueven la cooperación espontánea, respetan las reglas de confidencialidad prevista en el derecho del Estado requerido y el principio de especialidad para limitar los usos de la información obtenida al decomiso de bienes¹⁴

En el ámbito universal, Interpol ha desarrollado diversas herramientas referidas al control de la corrupción. En 1998, estableció un Grupo de Expertos sobre Corrupción, y actualmente está desarrollando un Departamento Anticorrupción y una Academia Anticorrupción con el objetivo de entrenar a sus miembros en la investigación de la corrupción transnacional, con una marcada orientación hacia la recuperación de activos.

En tal sentido, Interpol está generando un sistema automático de búsqueda para la investigación del lavado de dinero denominado Sistema Automático de Interpol de Búsquedas sobre Blanqueo de Capitales (IMLASS) [*Interpol Money Laundering*

Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido –incluyendo las dependencias Isla de Man, Guernsey, Jersey y Gibraltar- y los Estados Unidos. Son miembros observadores de la red: Canadá, Croacia, el Grupo Egmont, EUROJUST, INTERPOL, OLAF, Mónaco, Rusia y Sudáfrica. El documento que explica el funcionamiento de la red “*Candem Asset Recovery Informal Network*”, disponible en http://www.europol.europa.eu/publications/Candem_Assets_Recovery_Inter-Agency_Network/CARIN_Europol.pdf

¹⁴ Ver el proyecto de Decisión presentado por Austria, Bélgica y Finlandia para adoptar un mecanismo de cooperación entre agencias de recuperación de activos de la red CANDEM. Draft Council Decision 7259/06, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/cls/cons_cons\(2006\)07259/cons_cons\(2006\)07259_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/cls/cons_cons(2006)07259/cons_cons(2006)07259_en.pdf)

Automated Search Service]. Este sistema compara automáticamente las consultas relacionadas con presuntos casos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo formuladas tanto por las UIF como por las unidades policiales de investigación del lavado de dinero con una base de datos que recopila información suministrada por todos los países miembros de la organización. Este mecanismo permitirá relacionar nombres de personas y empresas, direcciones, números de teléfono y datos que figuran en los documentos de identidad con las bases de datos de Interpol. Si se produce una coincidencia, se pondrá en conocimiento de ello al remitente y a la Oficina Central Nacional correspondiente.

Para mejorar el intercambio de información relativa al lavado de dinero, Interpol ha recomendado que las Oficinas Nacionales Centrales autoricen a las UIF de sus respectivos países o al organismo nacional encargado de investigar los delitos económicos a tratar por medio de Interpol la información relativa a los asuntos importantes¹⁵.

Interpol cuenta además, con un sistema internacional de enlaces en todos los países a través de los cuales las autoridades encargadas de la persecución penal pueden requerir cooperación policial en casos de corrupción¹⁶.

3. Intercambio de información financiera entre UIFs

Como fuera explicado en el capítulo 4, una parte importante de la estrategia de prevención de transacciones sospechosas de canalizar el producto de hechos de corrupción reposa en la idea de que las instituciones financieras detecten estas transacciones y las reporten a las autoridades competentes.

Las autoridades que reciben tal información, en la mayoría de los países del mundo, son las Unidades de Información Financiera (UIFs), quienes además tienen competencia para requerir información a las instituciones financieras. Las UIFs no solamente cumplen la función de analizar e investigar los reportes recibidos de parte de las instituciones financieras de sus países.

Además de ello, cumplen la función esencial de intercambiar información financiera con sus pares del exterior. Prácticamente todas las UIFs del mundo son miembros de una red de intercambio de información financiera informal –el Grupo

¹⁵ Resolución de la Asamblea General de Interpol, AG-2005-RES-12, disponible en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/GeneralAssembly/AGN74/resolutions/AGN74RES12es.pdf>

¹⁶ Ver la información de contacto en <http://www.interpol.int/Public/Corruption/corruption.asp> (20/4/08).

Egmont¹⁷ - que provee un sistema de comunicación entre sus miembros, que interconecta actualmente a más de 100 UIFs. Las UIFs

Esta red de intercambio de información financiera es un sistema ágil y eficiente de cooperación entre Estados que facilita notablemente la investigación del lavado de activos y, muchas veces, el embargo de bienes cuyo decomiso, posteriormente, se discuten en el ámbito de la asistencia mutua legal¹⁸.

Las UIFs suscriben acuerdos bilaterales (*memorandos de entendimiento*) con sus pares de otros países para regular el intercambio de información financiera. El Grupo Egmont ha elaborado un modelo de acuerdo para promover este tipo de cooperación. En el ámbito interamericano, la CICAD¹⁹ también ha establecido reglas modelo para el intercambio de información entre las UIF. En ambos documentos se destacan los principios de cooperación espontánea, de especialidad y de confidencialidad de la información transmitida.

La cooperación espontánea –un principio también expandido en la asistencia mutua legal- implica la transmisión de información que pudiera ser relevante para la UIF de otro Estado de manera espontánea. Este principio es de extrema relevancia en el ámbito del lavado de activos porque, como fuera explicado, muchas veces las transacciones no se originan ni son destinadas a los países en los que pudiera ser investigado el hecho.

El principio de especialidad²⁰ es el derecho de la UIF requerida de limitar los usos que la UIF requirente puede darle a la información transmitida. En otros términos, la UIF que recibe la asistencia se compromete a limitar los usos de la información recibida a aquellos que especifica la UIF que la transmite. Ello permite equilibrar los intereses de investigar los delitos de lavado de activos con los intereses de preservar la confidencialidad de la información financiera, que varía en los diferentes países.

A tal efecto, los acuerdos celebrados entre las UIF generalmente establecen expresamente la necesidad de contar con el consentimiento de la UIF requerida para

¹⁷ Ver www.egmontgroup.org (20/4/08).

¹⁸ Hay que destacar que al ser considerada como intercambio de información de inteligencia generalmente anterior a la persecución penal, la cooperación entre UIFs no está sujeta al principio de doble incriminación que gobierna la asistencia mutua legal

¹⁹ Cfr. CICAD, Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, disponible en http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf (20/4/08).

²⁰ Se trata del Principio N° 11 de los principios sobre intercambio de información elaborados por el Grupo Egmont, disponibles en http://www.egmontgroup.org/files/library_egmont_docs/princ_info_exchange.pdf

utilizar la información con otro fin o para que la utilice otra autoridad²¹. Ello permite acomodar las diferentes ubicaciones institucionales que tienen las UIF en diferentes países -policiales, administrativas, judiciales o un híbrido con competencias propias.

En términos generales, los países con regulaciones estrictas sobre secreto bancario autorizan a sus UIF a transmitir información a sus pares pero impiden que la UIF que la recibe la retransmita a cualquier otro organismo. Es lo que se llama usualmente información de inteligencia.

La utilidad de esta información es múltiple básicamente porque puede conseguirse en cuestión de días. Por una parte, si bien la UIF que recibe la información no puede transmitirla, por ejemplo, a un órgano de persecución penal, sí puede informarle su existencia y proveerle la ayuda necesaria para canalizar un pedido de asistencia mutua legal que rápidamente permita la incautación de los bienes e impida su disipación. En segundo lugar, cuando la información requerida no existe, ello permite a las autoridades encargadas de la persecución penal replantear sus hipótesis de investigación. Los países con una protección más leve del secreto bancario permiten en general que la información transmitida a través de sus UIFs sean utilizadas en procesos judiciales por lavado de activos.

Existen además, muchas situaciones intermedias en las cuales los factores propios del caso –la relevancia institucional, el peligro en la demora en utilizar la información, la certeza de que, si es pedida judicialmente no habrá oposición de la parte afectada- determinan que impedir el uso de la información en un proceso penal sería un exceso de rigor formal. Por ello, es importante destacar que el principio de especialidad sólo requiere la autorización de la UIF requerida, la cual puede ser expresamente requerida si las circunstancias del caso lo aconsejan.

El principio de especialidad permite de este modo avanzar más ágilmente en las investigaciones respetando la jerarquía que cada país otorga a la información financiera.

La cooperación entre UIFs también está también fuertemente sujeta a reglas de confidencialidad. Básicamente se requiere que la UIF requirente pueda garantizar reglas de confidencialidad similares a las vigentes para la UIF requerida. La solución genérica ha sido la de criminalizar a los funcionarios y empleados de las UIFs que revelen información obtenida por sus funciones.

²¹ Así lo establece, por ejemplo, el modelo elaborado por el Grupo Egmont. Ver Mejores Prácticas para el Intercambio de información entre UIF, en http://www.egmontgroup.org/files/library_egmont_docs/best_practices.pdf

Finalmente, hay que destacar que la transmisión de la información de las UIFs a los órganos de la persecución penal, también puede estar sujetas a limitaciones impuestas por el derecho interno. En muchos casos, las leyes sobre lavado de activos limitan el uso interno de la información obtenida por la UIF a los procesos por lavado de activos. Por ello, es frecuente que una UIF obtenga información del exterior, por ejemplo, a través de la cooperación espontánea, cuyo uso está prohibido por el derecho interno del país, por ejemplo, porque la información se refiere a una transacción con activos originados en un delito que no es precedente del lavado de activos en el país que recibe la información. Los requerimientos impuestos por el derecho interno pueden afectar la cooperación entre UIFs que, en muchos memorandos de entendimiento, también está sujeta al principio de reciprocidad. Ello implica que la UIF requerida puede negarse a tomar medidas que la UIF requirente no podría tomar según su propio derecho interno²².

4 Cooperación internacional con fines de decomiso²³

A diferencia de la cooperación policial administrativa -cuyo objetivo es de investigación general- o la cooperación entre UIFs -cuyo objetivo es la investigación financiera- la asistencia judicial es el mecanismo formal de asistencia por el cual un Estado, a solicitud de otro o por propia iniciativa, lo asiste en la recolección y transmisión de evidencia. En los últimos años, dentro de la asistencia judicial, se ha desarrollado un tipo especial de cooperación orientada a la investigación, incautación y decomiso de bienes, llamada en los tratados “cooperación internacional con fines de decomiso”.

Las primeras convenciones internacionales que establecieron obligaciones de cooperación con miras al decomiso del producto del delito previeron dos formas alternativas de cooperación: la ejecución de una orden de decomiso dictada por una autoridad judicial del Estado requirente -propia de los países de tradición continental- o la iniciación, a solicitud del estado requirente, de procedimientos tendientes a obtener el decomiso -propia de los países del *common law*, que preferían que fueran sus propios tribunales quienes limitaran derechos dentro de su jurisdicción-. Bajo dichas

²² Guy Stessens, op. cit., pág. 277.

²³ Muchas veces se utiliza el término “asistencia mutua legal” para referirse a la asistencia judicial. El término es una traducción literal de la expresión en inglés, “mutual legal assistance”, cuya traducción al español es asistencia judicial recíproca. La palabra recíproca se refiere a la expectativa de reciprocidad del Estado requerido hacia el Estado requirente.

convenciones, los Estados se obligaban a adoptar uno de dichos mecanismos alternativos²⁴.

Si bien este sistema acomodaba la percepción de diferentes tradiciones jurídicas acerca del rol del Estado requerido en la asistencia judicial recíproca, el sistema presentaba importantes desventajas²⁵. En el caso de la primer alternativa (ejecutar una orden dictada por un tribunal extranjero), la asistencia no tiene ninguna utilidad si el Estado requirente no puede perseguir al acusado (por ejemplo, por fuga o muerte). En cuanto a la segunda vía (procedimiento de decomiso local), la imposibilidad de ejecutar una orden de decomiso extranjera puede limitar la utilidad de la asistencia si los procedimientos locales de decomiso en el Estado requerido son demasiado costosos o si no permiten lidiar con complejas cuestiones de hecho y de derecho extranjeras.

La novedad que presenta la UNCAC²⁶ es que establece las mismas dos vías de asistencia mutua en materia de decomiso, pero en lugar de presentarlas como obligaciones alternativas, obliga a los Estados a prever ambos tipos de procedimiento. Es decir que, tanto en materia de decomiso como respecto de las medidas cautelares con miras al decomiso, los Estados deben poder ejecutar una orden extranjera, así como emitir una orden local. En cada solicitud específica de asistencia mutua, el Estado requerido podrá adoptar la vía que mejor se adapte a las circunstancias del caso.

4.1. Principios generales

La asistencia judicial para recolectar evidencias y la cooperación internacional con fines de decomiso están sujetas a varios principios derivados del derecho a la extradición que, en los últimos años, han sido flexibilizados y adaptados para facilitar el decomiso del producto del delito. A continuación resumiremos las innovaciones que al respecto han sido consensuadas en la UNCAC, para luego analizar las medidas de investigación, incautación y decomiso que pueden solicitarse mediante la asistencia judicial.

a. El derecho que rige la asistencia

²⁴ Ver nota 25.

²⁵ Conf. Daniel Claman, “The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC”, en *Recovering Stolen Assets*, Mark Pieth (ed), Basel Institute on Governance, Peter Lang AG, Berna, 2008, pág. 343.

²⁶ Artículos 54 y 55.

La transformación desde tratados bilaterales con cobertura sobre todos los delitos hacia tratados universales basados en una categoría de delitos requiere, en primer término, aclarar las reglas sobre la ley aplicable. A pesar de que muchos países eran partidarios de que el tratado universal, posterior, y especial primara sobre todos los tratados bilaterales, la regla establecida en la UNCAC es que, cuando exista un tratado (ya sea bilateral o multilateral) que regule la asistencia judicial recíproca entre los países involucrados, se apliquen las disposiciones de dicho tratado, excepto que los Estados prefieran y convengan en aplicar las disposiciones de la UNCAC. Sin embargo, teniendo en cuenta la especificidad de la UNCAC, la misma norma *insta encarecidamente* a los Estados a que recurran a la UNCAC si ello facilita la cooperación²⁷.

A falta de tratado anterior, la UNCAC establece que cuando un Estado Parte supedita la adopción de las medidas de investigación, embargo y decomiso a la existencia de un tratado, la propia Convención opera como marco normativo aplicable para la adopción de dichas medidas²⁸.

b. La relativización del locus regit actum

La UNCAC mantiene el principio general según el cual la cooperación debe prestarse sobre la base del principio *locus regit actum*, es decir, que la asistencia es prestada de acuerdo a las disposiciones del derecho interno del Estado requerido²⁹. El fundamento de esta regla es el principio de soberanía, que determina la necesidad de que la actividad estatal (como lo es la investigación de bienes y, claramente, el embargo y el decomiso) se realice según las normas de dicho Estado.

La aplicación irrestricta del principio puede, sin embargo, generar algunos problemas cuando el derecho del Estado requirente no admite la incorporación de la evidencia, en la forma en la que el Estado requerido la suministra. Este problema es

²⁷ Artículo 46.7: “Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación”.

²⁸ Artículo 55.6: “Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito”.

²⁹ Artículo 55.4: “El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente”.

superable frente a medidas no coercitivas y, de hecho, el derecho interno de muchos países permite que las medidas no coercitivas sean adoptadas de acuerdo al procedimiento que solicita el Estado requirente³⁰. Ello ocurre generalmente cuando los Estados involucrados pertenecen a tradiciones jurídicas distintas. Por ejemplo, las órdenes de proveer información a la otra parte —propias de muchos países del *common law*³¹— en general no se encuentran disponibles en los países de tradición continental.

Para superar esta situación, la UNCAC requiere al Estado requerido que, dentro de los límites permitidos por su derecho interno, provea la asistencia de acuerdo al procedimiento especificado en la solicitud³².

c. Relativización de las cláusulas de orden público

La UNCAC también reconoce las causales clásicas que permiten denegar una solicitud asistencia³³ fundados en que hacerlo sería contrario al derecho interno del Estado requerido, a su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales; o cuando su derecho interno prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido investigado en su país. Sin embargo, la UNCAC requiere no solamente que la denegación esté debidamente fundada, sino que además, antes de denegar una solicitud, el Estado requerido consulte al Estado requirente para considerar la posibilidad de prestar la asistencia solicitada supeditándola a determinadas condiciones, en cuyo caso el Estado requirente deberá cumplir con dichas condiciones³⁴.

d. Doble incriminación

La doble incriminación supedita la asistencia judicial a que el delito respecto del cual se solicita evidencia también esté tipificado en el país requerido. El origen de este principio debe buscarse en el derecho de extradición, y en la noción de Estados que competían por atraer poblaciones que en otros territorios podían ser perseguidas por sus creencias religiosas o convicciones políticas. En tal sentido, es un principio que opera como garantía del principio de legalidad en materia penal³⁵.

³⁰ Guy Stessens, op. cit., pág. 302).

³¹ Se trata de las *disclosure orders*.

³² Artículo 46, 17.

³³ Artículo 46.21.

³⁴ Artículos 46. 23 y 26 de la UNCAC.

³⁵ Conf. Guy Stessens, op. cit., pág. 287.

En materia de asistencia judicial, sin embargo, este principio ha sido utilizado para denegarla sin que existan fundamentos sólidos para que un Estado deniegue a otro colaboración en la adopción de medidas que no afectan su jurisdicción. En atención a ello, el principio comenzó a flexibilizarse en casos de asistencia judicial.

En el ámbito de la corrupción, la doble incriminación es un obstáculo importante para obtener cooperación en casos seguidos por enriquecimiento ilícito -muchos países no lo han tipificado por su dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia-, algunos tipos penales tributarios –que en los centros *offshore* no son delitos sino infracciones administrativas-, el tráfico de influencias o soborno en el sector privado – que en muchos países no han sido tipificados³⁶.

La UNCAC parte del principio de que los Estados pueden denegar la asistencia invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, obliga a los Estados a prestar asistencia aun en ausencia de doble incriminación cuando la solicitud pueda ser satisfecha a través de medidas no coercitivas, siempre que ello esté en consonancia con los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado requerido³⁷. Es decir que la ausencia de doble incriminación no impide la cooperación cuando se solicitan medidas que pueden ser satisfechas por medios no coercitivos -como lo son, típicamente, muchas medidas de investigación-³⁸. La noción de “medidas coercitivas” puede, sin variar de jurisdicción en jurisdicción. En la mayoría de los países latinoamericanos, una declaración testimonial formal no sería considerada una medida coercitiva. En cambio, en muchos países europeos, el hecho de que la no concurrencia está amenazada con coerción limitaría esta medida. El escenario cambiaría si, por ejemplo, se solicitara, en lugar de una “declaración testimonial” una invitación voluntaria a declarar que, en muchos casos, puede ser exitosa por provenir de un órgano judicial.

Pero aún en ausencia de doble incriminación, la UNCAC insta a los Estados a tener en cuenta su objeto y fin y recomienda considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia³⁹.

La UNCAC también resuelve la discusión acerca de si la doble incriminación requiere una comparación precisa de los elementos del tipo penal, o si basta con que la conducta, a grandes rasgos, esté prohibida en ambas jurisdicciones. La UNCAC ha

³⁶ Conf. Jean-Bernard Schmid, “Seizure”, en *Recovering Stolen Assets*, Mark Pieth (ed), op. cit., pág. 239.

³⁷ Artículo 46.9.b.

³⁸ Debe destacarse que en Suiza, las medidas coercitivas que requieren que exista doble incriminación incluyen el levantamiento de la confidencialidad bancaria (conf. Nadja Capus, op. cit., pág. 161).

³⁹ Artículo 46.9 a y c.

adoptado la segunda posición, al establecer que “*en cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente*”⁴⁰. Aunque no lo haya previsto expresamente, esta regla también puede ser invocada para resolver si la doble incriminación se requiere en concreto o en abstracto, debe requerirse en concreto o en abstracto, es decir, si requiere no sólo que la conducta constituya un delito en ambos países sino, además, que sea punible de acuerdo a los hechos del caso concreto

e. Prohibición de denegar asistencia con fundamento en el posible uso fiscal de la información

Durante décadas, los centros *offshore* han denegado asistencia judicial con fundamento en “el posible” uso fiscal de la información suministrada, aunque la solicitud no se refiriera a un delito fiscal⁴¹. El “fundamento” de esta regla ha sido que, en los centros *offshore*, transmitir información que pudiera ser usada en procesos por “cuestiones” tributarias –ni siquiera delitos–, contradeciría el deber soberano de “*proteger los intereses económicos de su sector financiero*”⁴². Se ha señalado, con razón, que “*resulta difícil determinar a qué otros intereses sirve esta excepción que no sea a los intereses de las jurisdicciones que desean ser utilizadas como paraísos fiscales en los cuales los ciudadanos de otros países pueden ocultar ingresos que no han declarado ante sus autoridades impositivas*”⁴³.

Frente a la obvia inadecuación de esta limitación con el objeto y fin de la UNCAC, su art. 46.22 dispone expresamente que “*los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias*”. Nada impide, sin embargo, que los centros *offshore* recurran al principio de especialidad para limitar el uso de la

⁴⁰ Artículo 43.2.

⁴¹ Cuando se refería a un delito fiscal, la cooperación puede ser denegada con fundamento en la ausencia de doble incriminación.

⁴² Conf. Guy Stessens, op. cit., pág. 299.

⁴³ Conf. Guy Stessens, op. cit., pág. 300.

información a la investigación de los delitos tipificados de acuerdo a las obligaciones convencionales⁴⁴.

f. Cooperación espontánea

La cooperación espontánea es la asistencia judicial que se produce sin que exista una previa solicitud por parte del Estado afectado. Esta práctica se enmarca dentro de la reciente tendencia de la cooperación judicial internacional a que los Estados se vinculen mediante relaciones de cooperación dirigidas a prevenir y perseguir determinados delitos de alcance global y, más específicamente, a embargar, decomisar y repatriar el producto de dichos delitos.

En este sentido, la cooperación espontánea permite que los países a los que se han transferido las ganancias ilícitas provenientes de hechos de corrupción puedan informar de ello a los países víctima, los cuales en muchas ocasiones carecen de los elementos de convicción suficientes como para iniciar una investigación o un proceso que les permitan solicitar la asistencia de otras jurisdicciones en materia de localización, congelamiento y decomiso de los bienes.

Por tal motivo, la UNCAC recomienda que *“sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculten para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención”*⁴⁵.

La cooperación espontánea puede permitir que, en el nivel de la cooperación administrativa entre las UIF o entre los organismos policiales, *“se incremente la temprana detección de hechos de corrupción o se desarrollen investigaciones en curso”*, aunque el carácter no obligatorio de la medida y, por lo tanto, la ausencia de un

⁴⁴ Ver acápite 2 de este Capítulo.

⁴⁵ Artículo 56. Esta cláusula se complementa con las disposiciones de la UNCAC relativas a la asistencia judicial recíproca, en cuanto establecen que *“sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención”* (artículo 46.4).

marco normativo preestablecido, podría dificultar la cooperación cuando los Estados efectivamente quieran proveer información espontáneamente⁴⁶. Para que la cooperación espontánea sea realmente eficaz, las UIF, los organismos policiales, el Ministerio Público y el Poder Judicial deberían informar a las autoridades extranjeras en forma directa e incluso mediante vías informales.

Uno de los primeros casos resonantes en el que se utilizó este mecanismo de cooperación fue el caso Montesinos. Casi inmediatamente después de que se transmitiera internacionalmente un video en el que Montesinos aparecía pagándole un soborno a un legislador, la UIF de Suiza recibió varios reportes de operaciones sospechosas vinculados a Montesinos. Si bien el tratado bilateral entre Suiza y Perú no establecía la cooperación espontánea, la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal, de aplicación subsidiaria, establece que *“una autoridad de persecución penal puede transmitir espontáneamente a una autoridad de persecución penal extranjera información o evidencia que ha recolectado en el transcurso de su propia investigación cuando determine que ello permitirá la apertura de un procedimiento penal o facilitará una investigación penal en curso”*⁴⁷. El Tribunal Superior Federal suizo rechaza la posibilidad de que la medida de cooperación espontánea sea apelada y, además, sostiene que no es necesario notificar a la persona afectada de que se realizará una transferencia de la información⁴⁸. LA transmisión espontánea de los nombres de los titulares y las fechas de las transacciones de las cuentas reportadas como sospechosas, permitieron a Perú a solicitar formalmente asistencia mutua legal que derivó en el congelamiento de 113 millones de dólares, 77,5 de los cuales fueron repatriados en 2002⁴⁹.

g. Demoras en el procedimiento

La asistencia judicial ha sido severamente criticada por su falta de celeridad. Además de estar burocráticamente sobrecargada⁵⁰, siempre han faltado incentivos para que las autoridades de un país se ocupen con celeridad de conflictos que ocurrieron en

⁴⁶ Conf. Daniel Claman, op. cit., pág. 348 y 349.

⁴⁷ Artículo 67.a.

⁴⁸ Conf. Nadja Capus, op. cit., pág. 157.

⁴⁹ Ver un análisis integral de los aspectos de recuperación de activos de este caso el capítulo 10 de este volumen.

⁵⁰ En América Latina, el procedimiento común es que un Fiscal requiera a un Juez, quien a su vez pide a la autoridad central, quien a su vez transmite a la autoridad central del Estado requerido, quien a su vez transmite a la autoridad competente. Una vez evacuada la solicitud la información recorre el camino inverso.

otro. En los últimos años por ello, ha habido una tendencia importante a desburocratizar el procedimiento, incentivando los contactos informales para evacuar dudas entre la autoridad que requiere la información y la autoridad competente para evacuarla. Actualmente es internacionalmente aceptado adelantar pedidos por fax o correo electrónico y proveer información de contacto para posibles aclaraciones durante la ejecución de la solicitud. La UNCAC establece al respecto que el Estado requerido debe cumplir con la solicitud lo antes posible y teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, los plazos que fundadamente proponga que el Estado requirente⁵¹. Ello es especialmente importante, como veremos más adelante, para la adopción de medidas cautelares sobre bienes detectados.

h. Prohibición de denegar la asistencia con fundamento en el secreto bancario

Finalmente, aunque su evolución ya ha sido explicada con detalle en el capítulo 2⁵², no podemos dejar de mencionar que la UNCAC ratifica la regla ya vigente en otros tratados que prohíbe denegar cooperación con fundamento en el secreto bancario.

4. 2. Medidas para la localización e identificación de bienes

La UNCAC establece el principio de la “máxima cooperación posible”, tanto con relación a la asistencia judicial recíproca –investigación para recolección de evidencias-⁵³, en la cooperación con fines de decomiso y también con relación a la restitución de activos⁵⁴.

En relación con la investigación con fines de decomiso, el deber genérico de cooperación dispone que:

“A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de

⁵¹ Artículo 46.24: “El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud”.

⁵² Ver el Capítulo 2 acerca del funcionamiento del secreto bancario en los centros *offshore* y las estrategias unilaterales que utilizaba Estados Unidos para acceder a información financiera protegida por la normativa de dichos centros.

⁵³ Artículo 46.1 y 2 de la UNCAC.

⁵⁴ Artículo 51 de la UNCAC.

ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido”⁵⁵.

Al regular las medidas de investigación para la asistencia judicial, que son aplicables a la cooperación con fines de decomiso de bienes⁵⁶, la UNCAC enumera los fines que puede tener tal asistencia⁵⁷, y concluye reiterando la finalidad específica de; “... j) *identificar y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la Convención*”.

Es importante tener en cuenta que en muchas circunstancias el país requirente posee muy pocas evidencias acerca de la localización del producto de los delitos que investiga. Para evitar ser consideradas operaciones de pesca⁵⁸, las solicitudes de asistencia para la localización e identificación de bienes deben ser fundadas y contener “*una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que*

⁵⁵ Artículo 55.2 de la UNCAC. En sentido similar, en el ámbito interamericano se ha dispuesto que “*los Estados Parte a solicitud de otro Estado tomen oportunamente todas las medidas apropiadas, con apego a sus leyes y los instrumentos internacionales aplicables, a fin de rastrear e identificar el dinero producto de actividades ilícitas, propiciando oportunamente el levantamiento del secreto bancario y la aplicación de medidas cautelares para evitar el ocultamiento de fondos*”, Plan de Acción de Managua sobre medidas concretas adicionales para aumentar la transparencia y combatir la corrupción en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el día 9 de julio de 2004). Ver también el art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

⁵⁶ Artículo 55.3: “Las disposiciones del artículo 46 de la presente Convención serán aplicables, *mutatis mutandis*, al presente artículo”

⁵⁷ Artículo 46.3 de la UNCAC. Las medidas son: a) recibir testimonios o tomar declaración a personas; b) presentar documentos judiciales; c) Efectuar inspecciones; d) Examinar objetos y lugares; e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos; f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles; g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente; i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

⁵⁸ Históricamente, muchos países desarrollados –que albergan centros financieros– han aplicado el concepto de “operaciones de pesca” a la cooperación internacional en materia penal. El término es utilizado para designar solicitudes que no proveen información detallada para adoptar las medidas requeridas. El término es una manera informal de designar, frecuentemente en el Reino Unido y en Estados Unidos, los intentos de los fiscales de obtener órdenes de allanamiento cuando no hay motivos suficientes para que justifiquen la obtención de una orden. La metáfora se refiere a que si uno coloca una red lo suficientemente grande, aumenta la probabilidad de “pescar” algo, aunque la información no sea relevante.

*sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno”*⁵⁹

Estos requisitos son más exigentes cuando la solicitud requiere medidas coercitivas que cuando requiere medidas de investigación no coercitivas. Las medidas de localización e identificación pueden ser coercitivas –por ejemplo si se trata de productos financieros- o no coercitivas –por ejemplo si se trata de averiguar la titularidad de un bien inmueble- Usualmente, para que el Estado requerido adopte una medida coercitiva, el Estado requirente debe probar que existen “fundamentos razonables para creer” que el bien está localizado en la jurisdicción del Estado requerido. Para medidas no coercitivas, el estándar es, generalmente, aún más bajo.⁶⁰

En tal sentido, siempre debe tenerse presente –e intentar consensuar con el Estado requerido a través de contactos informales, o policiales previos- la posibilidad de convertir medidas coercitivas en medidas voluntarias. El caso típico es el de las declaraciones de testigos o peritos frente a la falta de doble incriminación. En muchas experiencias, un fiscal obtiene “datos sueltos”, como tarjetas personales de un empleado de una institución financiera domiciliada en un centro financiero, una nota en una agenda que da cuenta de una reunión entre el imputado y esa persona. Ello puede generar sospechas acerca de la existencia de bienes en la jurisdicción en la que se domicilia la institución financiera. Sin embargo, esos datos resultarán en general insuficientes para requerir, directamente, una medida cautelar. Ello puede sugerir la necesidad de interrogar a la persona, que suele ser una medida menos coercitiva. Si aún la evidencia no se estima suficiente, -o en casos en los cuales no hay doble incriminación- la solicitud puede requerir, en lugar de una “declaración testimonial”, una invitación a declarar voluntariamente a esa persona, con fines investigativos.

Para casos de declaraciones testimoniales, así como de peritos, la UNCAC prevé que el Estado requerido arbitre los medios, a solicitud del Estado requirente, para permitir que la persona declare mediante una videoconferencia. Los Estados pueden convenir que la audiencia esté a cargo de alguna autoridad judicial del Estado requirente y que asista a ella una autoridad judicial del Estado requerido⁶¹.

⁵⁹ Artículo 55, 3, a).

⁶⁰ Ver Asian Development Bank, OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific “Mutual Legal Assistance, Extradition and Recovery of Proceeds of Corruption in Asia and the Pacific. Frameworks and Practices in 27 Asian and Pacific Jurisdictions”, Final Report, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/28/47/37900503.pdf>

⁶¹ Artículo 46.18 de la UNCAC.

La UNCAC también prevé la posibilidad de que un Estado requiera a otro el traslado de una persona detenida o condenada. Para tales circunstancias, frecuente para los casos en los cuales la persona es requerida para que ayude en la obtención de evidencias, se exige que la persona, debidamente informada, otorgue su libre consentimiento y que las autoridades competentes de ambos Estados Parte estén de acuerdo. El Estado requirente tiene la obligación de mantener a la persona detenida, salvo que el Estado requerido solicite o autorice otra cosa y, además, debe cumplir sin dilación la obligación de devolverla, no pudiendo exigir que se inicie un procedimiento de extradición. La persona trasladada no puede ser enjuiciada, detenida, condenada, ni sometida a ninguna otra restricción a su libertad personal en el Estado requirente por delitos cometidos antes de su traslado, a menos que el Estado requerido preste su conformidad para ello. Además, el tiempo que la persona permanece detenida en el Estado requirente se computa como parte de la pena.⁶²

Finalmente, la UNCAC prevé la posibilidad de utilizar “técnicas especiales de investigación”, como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, e incluso incentiva a los Estados a celebrar acuerdos para utilizar estas técnicas en el marco de la cooperación.

Al respecto, vale la pena mencionar la creciente utilización de técnicas similares a la entrega vigilada en relación con activos financieros. En varios centros financieros, frente a un reporte de operación sospechosa o un pedido de asistencia, los fiscales pueden requerir a las instituciones financieras que ejecuten las transacciones requeridas por el cliente –quien desconoce que sus bienes están siendo investigados-, de modo de poder determinar a los verdaderos beneficiarios, obtener evidencias acerca de quienes emiten las instrucciones⁶³.

4.3. Medidas cautelares

Inmediatamente después de identificados y localizados los bienes sospechados de ser el producto de un acto de corrupción, hay que adoptar medidas para inmovilizarlos. Las medidas cautelares son una etapa central de la política tendiente a privar a los autores de los delitos de corrupción del producto de su conducta ilícita.

⁶² Artículo 46.10, 11 y 12 de la UNCAC.

⁶³ Cfr. Smith, Jean Bernard, “Seizure”, en Pieth, M (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 237.

A pesar de tratarse de medidas coercitivas, su carácter temporal⁶⁴ ha permitido bajar notablemente los estándares que permiten a un país congelar bienes en otro. En el ámbito europeo, por ejemplo, el Consejo emitió en 2003 la Decisión Marco que obligó a los miembros el reconocimiento mutuo de las órdenes de embargo para incautar el producto de prácticamente todos los delitos cometidos con fines de lucro. Mediante esta decisión, cualquier autoridad judicial puede enviar una orden a otro miembro para que congele fondos o embargue bienes con miras a su decomiso. Las órdenes se ejecutan casi instantáneamente y prácticamente sin sujeción a formalidades⁶⁵. El Consejo estudia actualmente una propuesta para el mutuo reconocimiento de las órdenes de decomiso⁶⁶.

La UNCAC define al embargo preventivo o incautación como “*la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente*”⁶⁷ y requiere a todos los Estados a establecer medidas para permitir el embargo del producto del delito.

En muchas ocasiones, los esfuerzos para recuperar el producto de la corrupción han fallado debido a la falta de procedimientos internacionales específicos para adoptar medidas cautelares dictadas en el extranjero o a la imposibilidad de ordenar la ejecución de una medida cautelar en el extranjero. Precisamente, el objetivo de la cooperación internacional en este ámbito es que los Estados puedan ejecutar medidas cautelares sobre bienes situados en el extranjero de un modo ágil.

4.3.1. El embargo preventivo

La UNCAC establece la regla universal más avanzada en esta tendencia, al establecer que cada Estado Parte:

“a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un

⁶⁴ “En los travaux préparatoires se consignará el entendimiento de que la palabra ‘temporal’ abarca el concepto de renovabilidad”, Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (documento A/58/422/Add. 1), artículo 2, apartado f, disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf

⁶⁵ Ver Council Framework Decision 2003/577/JHA, del 22 de Julio de 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:EN:PDF>

⁶⁶ La propuesta está disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/criminal/recognition/fsj_criminal_confiscation_en.htm

⁶⁷ Artículo 2 f.

tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo”.

De este modo, los Estados deben facultar a una autoridad local tanto para que pueda ejecutar una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal u otra autoridad competente extranjera como para que emita su propia orden a embargo a solicitud de otro Estado⁶⁸. De este modo, los países que tradicionalmente requieren que sean sus propios tribunales los que emitan las órdenes restrictivas de derechos, pueden instaurar procedimientos al respecto tanto cuando reciben un pedido para que lo hagan como cuando reciben un pedido para que ejecuten una orden de embargo extranjera⁶⁹.

El Estado requirente debe exhibir razones suficientes para adoptar las medidas y fundar la probabilidad de que los bienes serán objeto de una orden de decomiso. La medida puede ser denegada o levantada si no se proveen pruebas suficientes para su procedencia. Ello significa que el Estado requirente debe avanzar en la recolección de elementos que sirvan de base para iniciar o continuar una investigación que concluya con el decomiso de los bienes. Las medidas también pueden denegadas si los bienes son de escaso valor⁷⁰. Al respecto, deberá tenerse en cuenta la importancia que tenga el caso

⁶⁸ “[L]os Estados Parte podrán optar por establecer procedimientos ya sea para reconocer y ejecutar una orden extranjera de embargo preventivo o incautación o para utilizar una orden de esa índole como base para procurar que sus propios tribunales dicten una de esas órdenes”, Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (documento A/58/422/Add. 1), artículo 54, párrafo 2, apartado a, disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf

⁶⁹ Por ejemplo, en Estados Unidos generalmente se realiza un procedimiento (que puede durar 48 horas) en el que se examina que existen fundamentos suficientes para creer que el Estado requirente emitirá una orden de decomiso definitiva y ejecutable. Cfr. GAFI, Tercer Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo en Estados Unidos, página 264, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/44/9/37101772.pdf>

⁷⁰ Artículo 55.7

para el Estado requirente. La experiencia demuestra que hay bienes de escaso valor relativo cuya recuperación puede de todos modos tener un alto impacto político si constituyen las ganancias de un líder públicamente conocido por sus actividades ilícitas. Además, antes de rechazar o levantar la medida, el Estado requerido debe consultar al Estado requirente o bien establecer un plazo para que el Estado requirente presente más elementos probatorios⁷¹. También suele exigirse cierta proporcionalidad entre el monto embargado y el eventual decomiso que correspondería.

Debe tenerse en cuenta que, dado que rige el *locus regit actum*, si el Estado requirente solicita la medida con miras al decomiso basado en el valor, el Estado requerido carecerá de jurisdicción para actuar sobre bienes que no hayan sido obtenidos ilícitamente⁷².

Las solicitudes deben contener la exposición de los hechos, las medidas que se solicitan y si existe, una copia de la orden de embargo⁷³. Sin embargo, cada vez es más frecuente que las medidas se efectivicen sin que las solicitudes se formalicen por los canales diplomáticos. En muchos países, un fax adelantando un pedido en trámite puede ser suficiente para cautelar fondos.

4.3.2. Medidas cautelares alternativas al embargo preventivo

La UNCAC recomienda a los Estados Parte que adopten otras medidas preventivas subsidiarias para asegurar la ejecución del decomiso. Al respecto, el artículo 54 dispone que cada Estado Parte:

“c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes”.

Constituyen medidas subsidiarias: el secuestro, las órdenes de restricción, la intervención judicial o la inhibición general. Si existen órdenes extranjeras de detención o de inculpación, deben ser consideradas elementos probatorios suficientes en el marco del procedimiento penal que se lleva a cabo en el Estado requirente. Sin embargo, estas

⁷¹ “Consultará al Estado Parte requirente sobre si el valor de los bienes es de minimis o sobre formas de respetar los plazos para la presentación de pruebas suplementarias”, Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la UNCAC, Asamblea General de la ONU (documento A/58/422/Add. 1), artículo 55, párrafo 7, disponible en http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf

⁷² Guy Stessens, op. cit., pág. 373.

⁷³ Artículo 55.3.c. En similar sentido, ver el artículo 27 de la Convención de Estrasburgo y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

medidas proceden incluso si el imputado se encuentra rebelde o si posee algún tipo de inmunidad que impida el avance de la investigación penal.

4.3.3. Levantamiento de medidas cautelares

Las medidas cautelares son, por definición, transitorias. Por lo tanto, en determinadas circunstancias resulta razonable dejarlas sin efecto. Esto garantiza que no se dicte una medida cautelar por tiempo indeterminado, pues ello podría lesionar el derecho de propiedad privada y generar responsabilidad para el Estado requerido.

Al respecto, el artículo 55 de la UNCAC establece que antes de levantar una medida *“el Estado Parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado Parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida”*.

Las transformaciones en materia de cooperación internacional también han impactado en la razonabilidad de la duración de las medidas cautelares en casos de recuperación de activos. Tradicionalmente, el lapso se evaluaba desde la perspectiva del país requerido. En consecuencia, si el país requirente no lograba avanzar en los procesos penales para obtener el decomiso, el paso del tiempo aumentaba seriamente los riesgos de que las medidas cautelares sean levantadas. Más recientemente, el aumento del compromiso de los centros financieros en esta materia permite contemplar las razones por las cuales el país requirente no logra reunir las evidencias o alcanzar una sentencia.

En el caso Montesinos, por ejemplo, solicitudes para levantar medidas cautelares sobre fondos que llevan más de 5 años inmovilizados fueron rechazadas por el Superior Tribunal Federal Suizo que estableció que los bienes continuarían cautelados hasta que, bien las autoridades peruanas estuvieran en la posición de arribar a una decisión final en el proceso en el cual requirieron la asistencia, o bien los delitos imputados prescribieran, de acuerdo con las leyes peruanas⁷⁴.

En el caso de los llamados “estados fallidos”, las soluciones pueden ser aún más drásticas, como lo muestran las decisiones Suizas en los casos de Haití contra Duvalier, y de la República Democrática del Congo. Activos pertenecientes a ambos dictadores habían sido cautelados en Suiza inmediatamente después de la caída de ambos regímenes, a solicitud de las nuevas autoridades democráticas. Sin embargo, los poderes judiciales de ambos países no han podido, hasta la actualidad, obtener evidencias que satisficieran los estándares básicos para obtener un decomiso. Tradicionalmente, ello hubiera implicado levantar las medidas cautelares. Para evitar esa situación, el Consejo Federal Suizo –el Poder Ejecutivo Federal– prorrogó las medidas cautelares hasta fines de 2008, por medio de un decreto constitucional que requirió al ministerio de relaciones exteriores Suizo que buscara una solución transaccional en ambos casos, en atención a las dificultades de obtener evidencias en los países de origen. Como las familias de ambos dictadores no parecen dispuestas a negociar, mientras las autoridades judiciales

⁷⁴ Tribunal Federal Superior Suizo, Caso 1A.43/2005, disponible (en Alemán), en <http://www.bger.ch/it/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (20/4/08).

en Haití y en el Congo continúan investigando, el gobierno Suizo estudia la posibilidad de legislar un decomiso autónomo de bienes aplicable a casos de “estados fallidos”⁷⁵

4.4. Procedimientos de cooperación para el decomiso de bienes

En materia de cooperación internacional con fines de decomiso, la UNCAC establece que los Estados Parte deben adoptar dos vías para permitir el decomiso del producto de la corrupción: ejecutar una orden de decomiso dictada en el extranjero y dictar órdenes de decomiso locales. Estas vías no son alternativas —los Estados deben prever ambas posibilidades— de modo de poder adoptar la vía que mejor se adapte a las circunstancias de cada caso concreto.

Por un lado, el artículo 54 de la UNCAC requiere que los Estados parte puedan tanto ejecutar órdenes de decomiso extranjeras (párrafo 1.a) como dictar órdenes de decomiso de bienes independientes basadas en evidencias remitidas por otro Estado parte. (párrafo 1.b). Este segundo caso puede ser como consecuencia de un proceso por lavado de activos, por un proceso de soborno de funcionarios extranjeros, o por un proceso de decomiso independiente —generalmente decomiso civil, o *in rem*- basado en las pruebas remitidas en una solicitud de cooperación por autoridades de otro Estado parte. Adicionalmente, el artículo 54 (c) recomienda a los Estados partes establecer mecanismos que permitan el decomiso de esos bienes “*sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados*”.

A continuación analizaremos estos tres procedimientos.

4.4.1. Ejecución de órdenes de decomiso extranjeras

La UNCAC exige que los Estados Parte adopten las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan ejecutar una orden de decomiso dictada por un tribunal extranjero⁷⁶.

El procedimiento para ejecutar órdenes de decomiso extranjeras puede tomar dos formas. Las autoridades competentes del Estado requerido pueden reconocer y ejecutar la orden de decomiso extranjera⁷⁷ o pueden establecer nuevos procedimientos conforme su derecho interno y ejecutar la orden de decomiso emitida según ese

⁷⁵ Cfr. Morier, Pierre-Yves, “Is autonomous confiscation the ACME for asset recovery?”, en Pieth, M. (ed), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 278.

⁷⁶ Artículo 54.1.a.

⁷⁷ Artículos 54.1.a y 55.1.b de la UNCAC.

procedimiento. En ambos casos, las autoridades del Estado requerido reconocen el efecto de *cosa juzgada* de la sentencia extranjera.

La diferencia radica en la importancia que cada jurisdicción asigna al hecho de que un tribunal extranjero “restrinja” derechos en su jurisdicción.

En los casos de ejecución directa (*procedimiento de exequatur*), existe de cualquier modo, un control de legalidad sobre si la orden es definitiva, fue dictada por una autoridad judicial independiente e imparcial y el procedimiento respetó los principios fundamentales de un estado de derecho. Sin embargo, el tribunal del Estado requerido estará limitado por las cuestiones fácticas afirmadas por el tribunal que emitió la orden, aunque el proceso se rija por el derecho del Estado requerido (*lex fori*). Si bien esto implica que el acusado no podrá cuestionar los hechos afirmados (por ejemplo, el valor determinado de los bienes sujetos a decomiso), no impide que a los mismos hechos pueda dársele una calificación jurídica diferente, ya sea a favor o en contra del acusado, según el derecho local. Más aún, el Estado requerido puede admitir que se aleguen hechos que no fueron conocidos ante el tribunal del Estado requirente (hecho sobreviniente)⁷⁸.

La ejecución directa puede presentar problemas cuando la orden decomisa por bienes de valor equivalente debe ser ejecutada en un país que no reconoce el decomiso basado en el valor. Lo mismo puede ocurrir respecto a los tipos de decomiso y a la naturaleza de las decisiones adoptadas en el Estado requerido. Por ejemplo, un Estado que requiera que se ejecute una orden de decomiso administrativa emitida *in rem* a un Estado que no reconoce procedimientos de decomiso administrativos *in rem*.

Para resolver estos dilemas, la UNCAC requiere que los Estados estén en condiciones de establecer sus propios procedimientos para acomodar la solicitud al derecho interno del Estado requerido⁷⁹. Además de las situaciones descritas en el párrafo anterior, ello puede ser necesario cuando un Estado requiere la ejecución de una orden de decomiso contra una persona jurídica en un Estado en el cual no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este caso, se necesitará un nuevo procedimiento para determinar contra qué individuos se ejecutará la orden.

Muchos países ya han establecido, para fines locales, procedimientos de decomiso que tienen lugar luego de que se obtiene una condena. Estos procedimientos tienen por objeto otorgarles más tiempo a las autoridades de acusación para investigar el

⁷⁸ Guy Stessens, op. cit., pág. 389.

⁷⁹ Artículo 55.1.a de la UNCAC.

origen del producto del delito, y usualmente permitir un estándar de prueba menor con respecto al origen de los bienes sometidos a decomiso⁸⁰.

Si bien el Estado requirente deberá proveerle al Estado requerido los hechos precisos en los que se basa la solicitud de una orden de decomiso⁸¹, el Estado requerido normalmente no estará en este caso limitado por los hechos, excepto que el Estado requirente haya solicitado que se ejecute una orden de decomiso y el Estado requerido haya de todos modos decidido establecer su propio procedimiento de decomiso para adaptar la solicitud, como ocurre en varias jurisdicciones del *common law*.

Finalmente, además de los requisitos generales de la asistencia mutua⁸², el Estado que solicite este tipo de cooperación deberá incluir en su solicitud una descripción de los bienes a decomisar, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes⁸³.

4.4.2. Órdenes de decomiso locales basadas en evidencia extranjera

La UNCAC exige que los Estados Parte permitan que sus autoridades competentes puedan ordenar el decomiso de bienes “de origen extranjero” en una sentencia relativa a un delito de lavado de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno⁸⁴.

En la última década, el producto de varios casos de gran corrupción política ha sido recuperado mediante sentencias por lavado de dinero, o mediante sentencia de decomiso civil dictadas en la jurisdicción en la que se ha ocultado el producto de la corrupción. El hecho de que las autoridades del país en el que se habían ocultado los activos eran más independientes con respecto a los acusados que las autoridades del país en el que había ocurrido el delito determinante jugó un rol importante en dichos casos.

El decomiso posterior al juzgamiento de un delito local —lavado de dinero u otro delito— en general dependerá de la presencia del imputado en la jurisdicción del país requerido, o en la posibilidad del país requerido de juzgar en ausencia. En muchos

⁸⁰ Ver el capítulo 3 de este mismo volumen la regulación en la mayoría de los países europeos y Estados Unidos. Recientemente, Austria y Liechtenstein han modificado su código penal, permitiendo el decomiso del producto del delito aun en casos en los cuales sus autoridades no tienen jurisdicción. Cfr. Pieth, M., “Recovering Stolen Assets- A new issue”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Solen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 14-15.

⁸¹ Artículo 55.3.b de la UNCAC.

⁸² Establecidos en el artículo 45.15 de la UNCAC.

⁸³ Artículo 55.3.a de la UNCAC.

⁸⁴ Artículo 54.1.b.

casos de recuperación de activos, el proceso penal por lavado de activos comienza en la jurisdicción en la que los activos son detectados, pero es declinado a favor de la jurisdicción del país víctima antes de obtener una condena y en consecuencia una orden de decomiso.

Más frecuente es, en cambio, el caso de decomisos civiles -“otros procedimientos autorizados en su derecho interno”, instituido contra los bienes y regidos por un estándar de prueba civil, cuya conclusión no depende ni de la presencia del titular del bien, ni de los avances del proceso penal en la jurisdicción en la que se originó el producto.

4.4.3. Decomiso sin condena

El tercer mecanismo de cooperación internacional recomendado por la UNCAC consiste en instituir procedimientos para permitir el decomiso del producto de delitos de corrupción en casos en los cuales ni el país requerido ni el país requirente puedan obtener una condena penal⁸⁵.

Además de los procedimientos de decomiso civil, que satisfacen esta recomendación, ya se ha señalado por una parte que Austria ha introducido en su código penal -aplicable también al Principado de Liechtenstein- la posibilidad de atribuirse jurisdicción para decomisar bienes de origen ilícito. También Suiza está analizando la posibilidad de establecer un procedimiento específico para poder decomisar bienes originados en delitos cometidos en países que no están en condiciones institucionales de lograr una condena.

5. Repatriación de bienes decomisados

Todas las herramientas innovadoras de la UNCAC a las que hemos hecho referencia se basan en el principio fundamental según el cual el producto de la corrupción que es exportado debe ser repatriado a su legítimo propietario, que en muchos casos es la población del Estado en el que se cometió el delito.

Una vez que el producto de la corrupción ha sido localizado, embargado y decomisado, el artículo 57 de la Convención establece las reglas generales sobre las que los Estados Parte basarán sus procedimientos para restituir y disponer de los activos.

⁸⁵ Artículo 54.1.c.

El artículo 57 se aparta significativamente de otras convenciones y de las prácticas locales, tanto respecto al principio clásico de que los bienes pertenecen al Estado que ejecuta la orden de decomiso como a la práctica de compartir los activos, según la cual una parte de los activos recuperados le corresponde al Estado que contribuyen a recuperarlos.

Esto está claramente establecido en el párrafo 1 del artículo 57, que exige que los Estados Parte dispongan de los bienes que hayan decomisado con arreglo al párrafo 3, que distingue tres situaciones diferentes:

El caso más sencillo se describe en el párrafo 3(a). Cuando los bienes proceden de malversación o peculado de fondos públicos (Artículo 17) o de blanqueo de dicho producto (Artículo 23), el estado requerido restituirá los bienes decomisados al estado requirente. En tales casos, no hay ninguna duda de que el Estado requirente era el legítimo propietario de los bienes y que ha sido víctima de defraudación de sus funcionarios.

El párrafo 3.b. se relaciona con casos de producto de cualquier otro delito comprendido en la UNCAC. El estado requerido restituirá al estado requirente los bienes decomisados con arreglo al Artículo 55 de la Convención en dos situaciones:

La primera situación se refiere a casos en los cuales el Estado requirente acredite razonablemente su propiedad anterior de los bienes decomisados. Son ejemplos de este supuesto: el decomiso de las ganancias de contratos innecesarios, o de servicios no pagados pero no provistos; el decomiso de “sobornos” pagados con fondos públicos – “complementos salariales” a funcionarios, sobornos del poder ejecutivo para comprar voluntades en el Congreso o a jueces para obtener una sentencia, sobreprecios, etcétera.-; o el decomiso de fondos públicos otorgados legalmente para proyectos de infraestructura o para desarrollar servicios que fueron sub-provistos.

La segunda situación se refiere a casos en los que el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados.

Tanto en los supuestos del párrafo a), como en los del párrafo b), la UNCAC alienta a los Estados requeridos a renunciar al requisito de que el país requirente haya obtenido una sentencia condenatoria. Algunas jurisdicciones permiten que sus

autoridades restituyan los bienes sin importar la etapa en que se encuentre el proceso del país requirente, si las evidencias son convincentes acerca del origen del dinero⁸⁶.

El párrafo 3.c. establece, como una disposición por defecto, según la cual “*en todos los demás casos*” los Estados Parte darán consideración prioritaria a la restitución de los bienes decomisados al Estado Parte requirente, restituyendo dichos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o indemnizando a las víctimas del delito.

Los ejemplos pueden variar sustancialmente. Algunos casos, como el de competidores que han perdido un negocio por negarse a pagar sobornos o de damnificados de un área ambientalmente dañada por un contrato otorgado a cambio de un soborno son relativamente claros. Existen otros supuestos más complicados.

Una empresa con su casa matriz en el País A le había pagado un soborno al actual Presidente del País B para obtener un contrato. El soborno se depositó en el País C. El soborno sólo cubría la adjudicación del contrato, pero no influyó el contrato, por lo que no se lo percibe como injusto en términos económicos ni para el país B ni para la empresa. Además, ambas partes cumplen totalmente con sus respectivas obligaciones. Sin embargo, el País C decomisó el soborno. Sin perjuicio de que la disposición recomienda a los Estados Parte que busquen la restitución de los activos, dado el hecho de que el País B no fue perjudicado y que quien aceptó el soborno todavía gobierna el país, esta es una situación en la cual entregar los activos a favor del País B no parece ser la solución más ajustada a los objetivos de la Convención.

Consideremos ahora una variación de la misma situación en la cual es públicamente sabido que el País B fue de hecho perjudicado, pero quien aceptó el soborno aún gobierna el país. Los Estados Parte pueden considerar condicionar la restitución a, por ejemplo, un uso específico de los fondos o a que los activos se mantengan en un fideicomiso internacional para proveer asistencia en futuros casos de recuperación de activos.

Recientemente, por ejemplo, el Consejo Federal Suizo, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y el gobierno de Kazakhstan, firmaron un acuerdo por el cual 85 millones de dólares decomisados en Suiza –habían sido el soborno parado por una petrolera estadounidense al presidente de Kazakhstan por la concesión de un oleoducto- fueron restituidos a Kazakhstan, bajo la custodia de una ONG Internacional seleccionada por los tres países, que serán aplicados a programas de asistencia a niños

⁸⁶ Ver el caso de Suiza descrito en el capítulo 8 de este volumen, y su aplicación al caso Montesinos, en el capítulo 10.

en condiciones de extrema pobreza, a esfuerzos anticorrupción y a programas para mejorar el control de las licitaciones públicas en Kazajistán⁸⁷. Suiza y Estados Unidos tienen poder de veto sobre el uso de los fondos para fines no acordados.

El acuerdo fue posible en los términos del párrafo 5 del artículo 57, que precisamente, alienta la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables sobre la base de cada caso particular para la disposición definitiva de los bienes decomisados. La inclusión de fondos especiales bajo la administración de una organización internacional para un uso específico de los bienes es una solución para retornar fondos a países en los que existen probabilidades altas de que los fondos sean nuevamente malversados⁸⁸.

6. Conclusión

Como puede apreciarse, en la última década, el proceso de globalización ha modificado sustancialmente las necesidades de cooperación entre los países para investigar y sancionar delitos. El concepto clásico ha quedado reservado, y sólo en algunos aspectos, a la extradición de personas. La asistencia judicial recíproca, en cambio, ha introducido la lógica del decomiso del producto del delito.

Las innovaciones introducidas por la UNCAC dan cuenta del involucramiento, aún dispar, pero en permanente aumento, de los mayores centros financieros. En materia de localización de bienes, es creciente el número de entidades financieras que rechazan fondos de PEPs de dudosa justificación y frecuente el reporte de tales transacciones. En materia de medidas cautelares, actualmente se reconoce ampliamente que congelar activos en el exterior –una tarea históricamente difícil- no debería ofrecer problemas en la mayoría de los centros financieros importantes, sobre todo en los de tradición civil que son usualmente menos exigentes que los del common law para adoptar medidas cautelares. Finalmente, las “soluciones creativas” de los casos más recientes, tanto en materia de decomiso como de restitución de activos también son muestras importantes de esta tendencia.

⁸⁷ Ver el informe de prensa del gobierno suizo en <http://www.eda.admin.ch/eda/en/orifil/media/mcom/single.html?id=12409>, y el del departamento de justicia de Estados Unidos en <http://www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases/May07/pictetforfeiture.complaintpr.pdf>

⁸⁸ Un análisis detallado de alternativas de estos acuerdos en Veglio, P. y Siegenthaler, P., “Monitoring the Restitution of Looted State Assets: the Role of Multilateral Development Banks (MDB’s)”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 315 y ss.

Si bien todavía existen algunos obstáculos en materia de investigación y localización, es innegable que el panorama para los países en desarrollo con voluntad política para recuperar activos de la corrupción es extremadamente más alentador que en la década pasada.