



Asamblea General

Distr. general
14 de diciembre de 2011
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

19º período de sesiones

Temas 2 y 3 de la agenda

**Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del
Alto Comisionado y del Secretario General**

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Estudio completo sobre las repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, de la no repatriación a los países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Resumen

Este informe se presenta de conformidad con la resolución 17/23 del Consejo de Derechos Humanos, relativa a la no repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente. En el capítulo II se describen los principales obstáculos para la repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente, el proceso que se establece para la devolución de activos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y las obligaciones recíprocas, en el marco de los derechos humanos, de los Estados que participan en el proceso de recuperación. En el capítulo III se examina la repercusión de la no repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente en la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, en particular en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. Se analizan formas mediante las que un enfoque de recuperación de los bienes que tenga en consideración los derechos humanos puede mejorar los procedimientos existentes, abordando sus aspectos más problemáticos y los obstáculos existentes. El informe concluye con recomendaciones sobre políticas dirigidas a mejorar los procesos de repatriación con el fin de reforzar la capacidad de los Estados para cumplir mejor sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–2	3
II. Principales obstáculos para la repatriación de los fondos	3–26	3
A. Fondos adquiridos ilícitamente: estimación del flujo de fondos adquiridos ilícitamente y de fondos no repatriados	3–8	3
B. Obstáculos jurídicos y fácticos para la repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente	9–16	4
C. Marco jurídico para hacer efectivos los derechos humanos en el contexto del proceso de recuperación de activos	17–26	6
III. Repercusiones en la capacidad de los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos	27–62	9
A. Repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos de la no repatriación al país de origen de los fondos adquiridos ilícitamente	27–34	9
B. Repercusiones en el estado de derecho en el país de origen	35–37	11
C. Cómo contribuye a reducir las repercusiones negativas de la no repatriación la aplicación al proceso de recuperación de activos de un enfoque que tenga en consideración los derechos humanos	38–62	11
IV. Recomendaciones	63	18

I. Introducción

1. En su resolución 17/23, el Consejo de Derechos Humanos pidió a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que preparase un estudio completo sobre las repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, de la no repatriación a los países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente, y que le presentase un informe al respecto en su 19º período de sesiones.
2. Este informe se presenta en respuesta a esa solicitud.

II. Principales obstáculos para la repatriación de los fondos

A. Fondos adquiridos ilícitamente: estimación del flujo de fondos adquiridos ilícitamente y de fondos no repatriados

3. Dado que en la resolución 17/23 del Consejo de Derechos Humanos se hace referencia a los fondos adquiridos ilícitamente en relación con la corrupción, a los fines del presente informe se utilizarán indistintamente las expresiones "fondos adquiridos ilícitamente" y "bienes que proceden de la corrupción". Con ambas expresiones se entenderán los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹.
4. Los bienes que proceden de la corrupción son difíciles de medir. Los datos al respecto son escasos y arduos de recopilar. Cada metodología parte de diferentes supuestos y, cuando se trata de una tarea de carácter global, el margen de confianza disminuye sustancialmente. Por tanto, los resultados son estimaciones aproximadas². Por ejemplo, se ha estimado que el coste total de los sobornos (tanto en pequeña como a gran escala) a nivel mundial oscila entre los 600.000 millones y 1,5 billones de dólares de los Estados Unidos, es decir, una estimación media de 1 billón de dólares³.
5. Las estimaciones anuales de los flujos internacionales de bienes que proceden de la corrupción oscila entre 30.000 y 50.000 millones de dólares, con una estimación media de 40.000 millones de dólares y, en el caso de los flujos provenientes de economías en desarrollo y en transición, las estimaciones oscilan entre los 20.000 y los 40.000 millones de dólares, con una estimación media de 30.000 millones de dólares⁴. Esta cifra representa

¹ Véase resolución 58/4, de la Asamblea General, anexo; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 2 e).

² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes" (2011). Puede consultarse en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

³ Daniel Kaufmann, "Myths and Realities of Governance and Corruption" (2005). Puede consultarse en: <http://ssrn.com/abstract=829244>.

⁴ Raymond Baker, *Capitalism's Achilles Heel* (New Jersey, John Wiley & Sons, 2005). Según Baker, los bienes que proceden de la corrupción representan aproximadamente el 3% de las estimaciones de flujos financieros adquiridos ilícitamente. Los flujos procedentes de actividades de la delincuencia organizada (estupefacientes, falsificación de productos y de moneda, trata de personas, comercio ilegal de armas, contrabando y extorsión), constituyen el 33%, y los flujos procedentes de actividades comerciales ilícitas (alteración de precios con fines de evasión de impuestos, abusos en la transferencia de precios, y fraude comercial) constituyen el 64%.

la mitad de la asistencia oficial para el desarrollo correspondiente a 2000 (fecha en que comenzó a prestarse atención a nivel mundial a la recuperación de activos)⁵ y aún representa más del 25% de la asistencia oficial para el desarrollo correspondiente a 2010⁶.

6. En contraposición a los flujos financieros ilícitos procedentes de la delincuencia organizada o de actividades comerciales, en los que aproximadamente un 50% de las corrientes de efectivo circulan entre países desarrollados, en el caso de los bienes procedentes de la corrupción se cree que un 80% del efectivo procede de países en desarrollo. Habida cuenta del peso relativo que los fondos desviados tienen en cada economía, la repercusión de los flujos correspondientes a bienes procedentes de la corrupción es sustancialmente mayor en el mundo en desarrollo. Por ejemplo, en 2002, la Unión Africana estimó los costes directos e indirectos de la corrupción en 148.000 millones de dólares, cantidad que en ese momento equivalía al 25% del producto interno bruto del continente⁷.

7. La mayor parte del flujo anual, estimado entre 20.000 y 40.000 millones de dólares, no es detectado, y mucho menos repatriado a los países de origen. Aunque sin ánimo de exhaustividad, una reciente base de datos creada por la Iniciativa para la recuperación de activos robados indica que, desde 1990, se han repatriado menos de 2.000 millones de dólares⁸. Más del 70% de esta labor de repatriación se realizó tras la entrada en vigor en 2005 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y, en la actualidad, alrededor de 1.000 millones de dólares están congelados en relación con investigaciones abiertas, una cifra que indica que la tasa de detección va en aumento⁹.

8. Pese a los progresos realizados desde la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, solo alrededor de un 2% de las estimaciones anuales de fondos adquiridos ilícitamente que provienen del mundo en desarrollo son repatriados a sus países de origen¹⁰.

B. Obstáculos jurídicos y fácticos para la repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente

9. Hay múltiples obstáculos jurídicos y fácticos para la repatriación de los bienes que proceden de la corrupción¹¹. Existen muchos obstáculos jurídicos relacionados con las dificultades para poner en marcha y aplicar el marco jurídico destinado a prevenir y detectar la transferencia de bienes que proceden de la corrupción. Por ejemplo, para detectar estos flujos, un criterio fundamental que se establece en el artículo 52, párrafo 1, de

⁵ Resolución 54/2005 de la Asamblea General, de 27 de enero de 2000, sobre "Prevención de las prácticas corruptas, incluida la transferencia lícita de fondos".

⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Comité de Asistencia para el Desarrollo. Puede consultarse en: <http://www.oecd.org/dac>.

⁷ African Development Bank Group, "Proceedings of the regional learning workshops on combating corruption in Africa" (2003). Puede consultarse en: <http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/queries/queryattach/q44Addisreport.pdf>.

⁸ La Iniciativa para la recuperación de activos robados creó en 2010 la base de datos Vigilancia de la Recuperación de Activos. Puede consultarse en: http://www1.worldbank.org/finance/star_site/stararw.html.

⁹ Vigilancia de la Recuperación de Activos. Puede consultarse en: <http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>.

¹⁰ En estas cifras no se incluyen los fondos congelados o devueltos a Egipto, Túnez, la República Árabe Siria y Libia en 2011, un proceso que ha renovado la labor de recuperación de activos.

¹¹ Stolen Asset Recovery Initiative, "Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action" (Washington D.C., 2011). Puede consultarse en: http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/barriers.html.

la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estipula que "cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio... que intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes". El grado de cumplimiento de esta norma sigue siendo escaso, tanto en el mundo desarrollado como en el mundo en desarrollo¹².

10. Aun cuando los flujos de bienes adquiridos ilícitamente sean denunciados o detectados de alguna otra forma, puede haber otros obstáculos jurídicos en las etapas siguientes del proceso. La mayoría de ellos surgen en el contexto de la asistencia jurídica recíproca en materia penal entre la jurisdicción del país en que tiene lugar el delito y la del país receptor. Muchos asuntos fracasan en la fase de rastreo debido a los exigentes requisitos impuestos por las jurisdicciones requeridas en una etapa en que la jurisdicción requirente se encuentra en una posición débil para recabar pruebas. Entre los ejemplos típicos cabe mencionar la exigencia a la jurisdicción en donde se cometió el delito de que facilite un vínculo preciso entre los activos y el delito o los nombres de los titulares de las cuentas bancarias, o que identifique los activos con extrema precisión. Estos requisitos, que generalmente son mayores en las jurisdicciones que aplican leyes sobre el secreto bancario estrictas, son difíciles de cumplir en las primeras etapas de la investigación. Los capítulos IV y V de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en los que se establece la obligación de las jurisdicciones requeridas de prestar asistencia en la etapa de rastreo, deberían ser suficientes para superar ese obstáculo. No obstante, las autoridades centrales de muchos Estados partes bien no aplican esas normas como base jurídica para la cooperación o las interpretan con arreglo a prácticas y legislación nacionales que existían anteriormente, reduciendo así el alcance y el innovador planteamiento general de la Convención¹³.

11. El éxito de la mayor parte de las tareas de recuperación depende de la oportuna adopción de medidas provisionales para congelar los activos o establecer restricciones a estos. Aunque los riesgos de desaparición son inherentes al contexto en cuestión, muchas jurisdicciones imponen cargas importantes al Estado requirente para congelar los activos, aun cuando los derechos del acusado se vean limitados de manera racional y proporcional. Algunas jurisdicciones conceden amplios derechos al titular de los activos, y permiten que, en el Estado requerido, se celebren procesos paralelos de larga duración, cuando los derechos del titular de los activos (se trate o no del demandado) deberían ejercitarse ante los tribunales del Estado requirente. Cuando estas medidas se adoptan en la fase de rastreo, generalmente dan lugar a la desaparición de los activos¹⁴.

12. En los casos en que el decomiso depende de que haya una condena penal, como ocurre en la mayoría de las jurisdicciones, puede que el país requirente tenga que llegar a esa etapa con las limitaciones de tiempo que le impone la legislación de la jurisdicción requerida, por ejemplo el levantamiento de medidas provisionales o la prescripción. En muchas jurisdicciones no existe una alternativa en el caso de que no pueda obtenerse una condena, por ejemplo, porque el demandado goce de inmunidad, sea prófugo o haya fallecido o porque el asunto haya prescrito. Este obstáculo podría superarse aplicando lo dispuesto en el artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención de las Naciones Unidas contra la

¹² Stolen Asset Recovery Initiative, "Politically Exposed Persons: Preventive Measures for the Banking Sector" (Washington D.C., 2010). Puede consultarse en: http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/politically_exposed.html.

¹³ Stolen Asset Recovery Initiative, citada en la nota 11 *supra*.

¹⁴ *Ibid.*

Corrupción, que recomienda que se desvincule el decomiso de la condena a los fines de prestar asistencia jurídica recíproca.

13. En caso de que se decomisen los bienes procedentes de la corrupción, es preciso que los Estados requeridos cuenten con legislación que permita su repatriación. Hay datos que indican que únicamente un número muy limitado de jurisdicciones cuentan con respaldo legal para devolver el 100% de los bienes robados¹⁵, aun cuando el artículo 57, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere que los Estados partes adopten esas medidas.

14. Si bien las diferencias entre los sistemas de derecho incrementa los obstáculos, las divergencias en cuanto a experiencia, recursos técnicos e incluso riesgos a que se enfrentan las autoridades competentes en la jurisdicción requirente y la jurisdicción requerida pueden jugar un papel importante. En el 97% de los asuntos incluidos en la base de datos Vigilancia para la Recuperación de Activos, el país requirente es un país en desarrollo. De estas solicitudes, 83% se dirigieron a miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y 17% a otros países en desarrollo, la mayoría de los cuales eran centros financieros transnacionales.

15. Las barreras legales se ven exacerbadas por obstáculos fácticos e institucionales, de los que el más destacado es la falta de voluntad de cooperar. Las jurisdicciones requeridas, especialmente los centros financieros, tienen a menudo sistemas de asistencia jurídica recíproca ineficaces, estáticos y de reputada dificultad, lo que disuade a los Estados de presentar solicitudes de asistencia; se trata de jurisdicciones que dan prioridad a los asuntos nacionales respecto de las solicitudes extranjeras y rara vez adoptan una actitud dinámica, aun cuando dispongan de los conocimientos, la capacidad o los recursos para prestar una mejor asistencia. Se ha sugerido que este comportamiento institucional está reforzado por la percepción de que algunas solicitudes procedentes de países en desarrollo se presentan simplemente como "cortina de humo", impulsadas por razones políticas de carácter interno o internacional en asuntos que nunca serían objeto de un procedimiento judicial serio, y que las jurisdicciones de los países en desarrollo no siempre responden de manera positiva cuando los países desarrollados les informan del descubrimiento de activos que se cree han sido obtenidos de manera ilegal¹⁶.

16. Si bien esta percepción podría ser acertada en algunos casos, hay ocasiones en que no se distingue adecuadamente entre las autoridades del Estado y la sociedad que sufre las consecuencias de la corrupción. En los casos en que se ha tenido en cuenta esta distinción, una intervención más dinámica del Estado requerido permitió desequilibrar la balanza a favor de los asuntos objeto de un procedimiento serio¹⁷.

C. Marco jurídico para hacer efectivos los derechos humanos en el contexto del proceso de recuperación de activos

17. El marco internacional de derechos humanos determina fundamentalmente la relación entre los particulares y los Estados en lo que se refiere a derechos y obligaciones. En general, los particulares se identifican con los titulares de derechos mientras que es en los Estados en quienes recaen las obligaciones. El Comité de Derechos Económicos,

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, págs. 25 y 26.

¹⁷ Tim Daniels and James Maton, "The Kleptocrat's portfolio decision", en Peter Reuter (ed.) *Draining Development: Controlling the Flow of Illicit Funds from Developing Countries* (World Bank Press, 2012).

Sociales y Culturales describe las obligaciones específicas de los Estados como la responsabilidad de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.

18. La naturaleza de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos ha sido largamente debatida, en particular en lo que se refiere a la presunta diferencia, en su naturaleza, en lo que se refiere a los derechos civiles y políticos, por una parte, y a los derechos económicos, sociales y culturales por otra.

19. Se ha reconocido que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, y que debe prestarse igual atención y otorgarse urgente consideración al respeto, la promoción y la protección de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; así como que los Estados tienen el deber de respetar, proteger y hacer efectivos todos los derechos humanos, que conllevan tanto obligaciones de carácter negativo como positivo¹⁸.

20. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha insistido en que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones tanto de conducta como de resultado y que "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato"¹⁹. Así, el Comité sostuvo que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto"²⁰. Por lo tanto, la gradual efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales "no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"²¹.

21. Además, el Comité insistió en que el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata; ... impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo [y que] todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requ[ieran] la consideración más cuidadosa y deb[an] justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"²². Por esta razón, se entiende que los Estados tienen una mínima obligación fundamental de asegurar la satisfacción de, al menos, los niveles esenciales mínimos de cada derecho y que "para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas"²³.

¹⁸ E/C.12/1999/5, párrs. 15 y 46; E/C.12/2000/4, párrs. 33 y 39.

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3, párr. 1.

²⁰ *Idem*; párr. 2.

²¹ *Idem*; párr. 9.

²² *Ibid.*

²³ *Idem*; párr. 10.

22. Se viene insistiendo cada vez más en que la corrupción impide que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos²⁴. Se cree que la desviación de los recursos disponibles como consecuencia de la corrupción incide en la obligación de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr de manera gradual la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales²⁵. La vulneración de derechos como consecuencia de la desviación de fondos relacionada con la corrupción es especialmente evidente cuando los Estados no cumplen con sus obligaciones fundamentales mínimas respecto de cada uno de los derechos.

23. En este contexto, bajo ciertas condiciones, un procedimiento adecuado de repatriación de activos podría remediar el incumplimiento por el Estado, en cuestiones relacionadas con la corrupción, de sus obligaciones en materia de derechos humanos. El proceso de recuperación de activos, que es un componente de toda estrategia de lucha contra la corrupción, debe entenderse, en relación con el marco de los derechos humanos, como parte de los diversos esfuerzos que los Estados deben hacer para cumplir con sus obligaciones en esa materia.

24. Estas obligaciones incumben tanto a los países de origen como a los países receptores de fondos adquiridos ilícitamente en razón del principio de cooperación y asistencia internacionales en pro de la efectividad de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales²⁶. Con arreglo a este principio, la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos no solo es exigible en relación con la población de su propio país, sino que tiene un alcance extraterritorial e incumbe tanto a los países que están en posición de prestar asistencia como a los que necesitan recibirla²⁷.

25. Al igual que con otras formas de cooperación internacional, como la cooperación internacional para el desarrollo y para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la asistencia jurídica recíproca conlleva una responsabilidad mutua. Por una parte, en el contexto de los procesos de recuperación de activos, los países de origen deben buscar la reparación como parte de su obligación de asegurar la aplicación del máximo de recursos disponibles a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra, los países receptores tienen el deber de prestar asistencia y facilitar la repatriación como parte de su obligación de cooperación y asistencia internacionales.

²⁴ CRC/C/COG/CO/1, párr. 14; E/CN.4/2006/52/Add.4, párrs. 80 y 96; E/CN.4/2006/49, párr. 44; E/CN.4/2001/53, párrs. 69 y 75; E/C.12/1/Add.91, 2003, párr. 12. El ACNUDH organizó dos conferencias en las que se vinculaba la lucha contra la corrupción con la protección de los derechos humanos (Seminario sobre las prácticas de buen gobierno para la promoción de los derechos humanos, 2004, Seúl; Conferencia de las Naciones Unidas sobre medidas anticorrupción, buen gobierno y derechos humanos, 2006, Varsovia). Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 7/11, reconoció que las medidas eficaces de lucha contra la corrupción y la protección de los derechos humanos se refuerzan mutuamente.

²⁵ CRC/C/15/Add.124, párrs. 18 y 19.

²⁶ Carta de las Naciones Unidas, arts. 55 y 56, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 1; Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principios 28 y 29; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4; Declaración sobre el derecho al desarrollo, arts. 3.1, 3.2, 3.3 y 4.2; Declaración de Viena y Programa de Acción, arts. 1, 4, 10 y 11.

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3, párr. 13; Observación general N° 14, párr. 45; Observación general N° 15, párrs. 37 y 38; Observación general N° 17, párrs. 36 a 38; Observación general N° 18, párrs. 29 y 30; Principios de Limburgo, principio 26.

26. Así pues, un enfoque que tenga en consideración los derechos humanos²⁸ respecto del proceso de recuperación de activos no solo requiere que los países de origen hagan todo lo posible para lograr la recuperación y repatriación de los bienes procedentes de la corrupción a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, también requiere que los países receptores entiendan que la repatriación no es una medida discrecional sino un deber que dimana de la obligación de cooperación y asistencia internacionales.

III. Repercusiones en la capacidad de los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos

A. Repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos de la no repatriación al país de origen de los fondos adquiridos ilícitamente

27. Parece evidente a primera vista que todos los recursos de los que el Estado se ve privado como consecuencia de la corrupción tienen los mismos efectos negativos, independientemente de que salgan del país o permanezcan en él²⁹. Análogamente, los bienes procedentes de la corrupción, si se reintegran al presupuesto del Estado y se invierten de manera acorde con las obligaciones en materia de derechos humanos, servirán para promover esos derechos.

28. Puesto que los recursos recuperados no son ingresos previstos ni ingresos públicos presupuestados, los Estados deben asignarlos de conformidad con su obligación de dedicar los máximos recursos disponibles a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Ese es el criterio básico que ha de inspirar las medidas que se adopten en relación con los fondos repatriados.

29. No hay una respuesta tajante a la pregunta de cuál es la mejor manera de invertir el dinero para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque las decisiones sobre la asignación deben regirse por el deber de asignar los fondos restituidos de conformidad con el principio de los "máximos recursos disponibles", no es posible proponer una norma de validez general, pues las necesidades varían en función de la situación concreta de cada país. Sin embargo, el enfoque de los derechos humanos aporta una orientación importante que conviene tener presente.

30. En primer lugar, es necesario que en el proceso de adopción de decisiones se cumplan los principios de transparencia y participación. Las decisiones referentes a la asignación de los recursos no deben adoptarse a puerta cerrada, sino en forma pública y abierta y prestando la debida atención a las demandas de la sociedad civil. En algunos casos, la falta de transparencia y de participación en las decisiones sobre la asignación puede hacer que los recursos recuperados terminen utilizándose para fines diferentes de los

²⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo", Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

²⁹ Ese extremo resulta, sin embargo, debatible, puesto que los recursos que se retienen en el país, si se llegan a regularizar y se invierten productivamente, pueden aumentar la riqueza interna y el bienestar humano. Mick Moore, "The practical political economy of illicit flows", en Reuter (ed.), citado en la nota 17.

que dictan los principios de derechos humanos³⁰. Además, el carácter público y la accesibilidad de la información presupuestaria, que debe organizarse en categorías que faciliten su fiscalización, son esenciales para determinar las prioridades de gasto y adoptar decisiones correctas sobre la asignación³¹. Por último, para el proceso de adopción de decisiones sobre la asignación sería conveniente comparar las asignaciones presupuestarias efectivas con los indicadores de derechos humanos³².

31. Por otra parte, el proceso de adopción de decisiones sobre la asignación debe regirse también por otro principio del enfoque de derechos humanos, el del ofrecimiento de reparaciones efectivas, incluida la creación de condiciones para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos en el futuro. Aplicado al contexto de los acuerdos de repatriación previstos en el párrafo 5 del artículo 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ese principio podría utilizarse como marco para la celebración de esas negociaciones, que suelen resultar difíciles. El enfoque de derechos humanos exige que los fondos repatriados se utilicen adecuadamente para establecer condiciones que propicien el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos y permitan evitar nuevas desviaciones de fondos procedentes de la corrupción. Existen precedentes nacionales que pueden servir de referencia para tratar de conciliar las necesidades de la sociedad perjudicada por las consecuencias de la corrupción y las inquietudes de los países receptores en relación con el destino final de los fondos repatriados.

32. Además, contar con mecanismos de gestión y de supervisión adecuados puede resultar tan importante como adoptar las decisiones correctas sobre el destino final de los fondos. De ahí la conveniencia de establecer los procedimientos necesarios y designar a las autoridades responsables de garantizar el cumplimiento de las decisiones sobre la asignación. El establecimiento de mecanismos de seguimiento bien diseñados facilita las actividades de supervisión y la vigilancia permanente, en particular por parte de las organizaciones de la sociedad civil.

33. Esos mecanismos de gestión se ven reforzados cuando se ajustan al enfoque de los derechos humanos, pues la transparencia, la participación y la rendición de cuentas son tres componentes fundamentales de cualquier sistema que se establezca para facilitar una administración adecuada y eficiente, como el registro público de los ingresos, la declaración pública del destino previsto de los fondos y su presupuestación, la presentación de informes públicos sobre los gastos efectivos y los resultados obtenidos, el funcionamiento de sistemas de auditoría adecuados, y el establecimiento de mecanismos oficiales para dar respuesta a las deficiencias o problemas de gestión y adoptar las medidas correctivas correspondientes. La transparencia en la asignación del presupuesto es necesaria para evitar que los bienes recuperados transferidos a un fondo extrapresupuestario terminen utilizándose para transacciones cuestionables.

34. Por último, conviene señalar que esas medidas de transparencia parecen acordes con los compromisos contraídos tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo en virtud del punto 24 del Programa de Acción de Accra³³.

³⁰ Ignasio Jimu, "Managing proceeds of asset recovery: The case of Nigeria, Peru, the Philippines and Kazakhstan", Basel Institute on Governance, Working Paper Series N° 06, 2009, págs. 11 y 12. Los ejemplos de los casos de Nigeria, el Perú, Filipinas y Kazajstán utilizados en la presente sección se basan también en ese artículo.

³¹ Balakrishnan y otros, "Maximum available resources & human rights: analytical report", Center for Women's Global Leadership, Rutgers, 2011, pág. 9.

³² HRI/MC/2008/3.

³³ Concebido para fortalecer y profundizar la aplicación de la Declaración de París sobre la eficacia de la ayuda, Tercer Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda, 2008, Accra (Ghana).

B. Repercusiones en el estado de derecho en el país de origen

35. Más allá de la relación entre los recursos económicos disponibles y las obligaciones en materia de derechos humanos, la no repatriación de fondos adquiridos ilícitamente afecta al estado de derecho en el país de origen. Como se señala en la resolución 17/23 del Consejo por la que se encarga el presente estudio, "el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el estado de derecho".

36. Cuando existen incentivos y oportunidades importantes para la exportación de bienes adquiridos ilícitamente, como parece ocurrir en muchos países en desarrollo, es muy probable que esa situación agudice el deterioro del estado de derecho. Se ha señalado que la posibilidad de ocultar sin riesgo capitales ilícitos en paraísos fiscales constituye un estímulo directo a la corrupción y otras actividades ilícitas, como la manipulación de los precios en las transferencias. Se reducen así las posibilidades de detección y se aumentan en consecuencia las ganancias potenciales. Especialmente en sociedades caracterizadas por niveles elevados de desigualdad socioeconómica y poco o ningún control popular institucionalizado efectivo sobre las actuaciones de las élites políticas ("democracia"), los miembros de esas élites que están dispuestos a participar en esos mecanismos de acumulación interna de riqueza por medios corruptos y exportación de los fondos adquiridos ilícitamente, y en condiciones de hacerlo, tienen también interés en fijar o modificar las reglas del juego, con el fin de asegurarse de que podrán seguir jugando ventajosamente. Las consecuencias prácticas de esa situación suelen ser las siguientes: agencias tributarias que recaudan suficiente dinero para el funcionamiento de los servicios públicos básicos, pero tienen una capacidad general limitada, especialmente para afrontar problemas complejos de ámbito internacional, como la determinación de los precios en las transferencias; organismos policiales sin atribuciones de investigación; sistemas judiciales vulnerables a la corrupción; oficinas de auditoría pública débiles y sin la necesaria independencia; legislaturas sin cohesión ni autoridad colectiva; partidos políticos frágiles e inestables, movidos por el dinero y el clientelismo; y servicios públicos carentes de ética colectiva y profesional. Esos procesos pueden contribuir indirectamente a debilitar todavía más la protección de los derechos de propiedad a través de la incidencia que tienen en la élite política. Los grupos poderosos que controlan importantes capitales (ilícitos) pero los colocan en buena parte en el extranjero no tienen demasiado interés en reforzar los derechos de propiedad (para todos) dentro del país³⁴.

37. En otras palabras, las oportunidades de exportar fondos adquiridos ilícitamente generan incentivos perversos que se oponen a la construcción de una sociedad democrática. La no repatriación de los fondos adquiridos ilícitamente agrava las condiciones que conducen a ese tipo de deterioro institucional. Al imponer obligaciones tanto a los países de origen como a los países receptores, la aplicación al proceso de recuperación de activos de un enfoque de derechos humanos contribuye a corregir esas repercusiones negativas.

C. Cómo contribuye a reducir las repercusiones negativas de la no repatriación la aplicación al proceso de recuperación de activos de un enfoque que tenga en consideración los derechos humanos

38. El papel importante que corresponde a los países receptores en el proceso de recuperación de activos no dimana exclusivamente de la ubicación de los activos en su jurisdicción, sino que se relaciona también con el hecho de que, independientemente de la capacidad, los recursos y la disposición de las instituciones y las autoridades del Estado

³⁴ Moore, citado en la nota 32, *supra*.

requiriente, existe una sociedad que sufre las consecuencias de la corrupción pública. Buena parte de los obstáculos a la recuperación de activos que se han esbozado en el capítulo II están relacionados con una comprensión insuficiente de esa realidad. Al centrar la atención en el conjunto de la población como titular de derechos y en los Estados como portadores de obligaciones, la aplicación al proceso de recuperación de activos de un enfoque de derechos humanos contribuirá a reducir algunos de esos obstáculos.

39. No cabe duda de que en muchos casos los organismos competentes de los países receptores carecen de la capacidad o de las atribuciones legales necesarias para cooperar si el país perjudicado no les proporciona la información pertinente. En muchos otros, sin embargo, las autoridades de los países receptores pueden tener intereses y perspectivas muy alejados de los de las sociedades afectadas por la corrupción. De ahí que no lleguen a aplicar algunas partes del régimen o las apliquen en formas incompatibles con los intereses de las sociedades afectadas³⁵. Aunque muchos de los obstáculos descritos en el capítulo II están relacionados con el hecho de que ni los países en desarrollo ni los países desarrollados hacen todo lo posible por cumplir con sus obligaciones dimanantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, no hay que olvidar que las autoridades anticorrupción de los países en desarrollo suelen estar sujetas a más limitaciones que las de los Estados requeridos. Por consiguiente, aunque no es posible impulsar la recuperación de activos si no concurre la voluntad política tanto del país de origen como del país receptor, las autoridades del segundo se encuentran por lo general en mejor posición para reducir o afrontar los obstáculos a la recuperación de activos, si tienen debidamente en cuenta las limitaciones internas existentes en los países de origen.

40. En la siguiente sección se explicará cómo se aplican esas consideraciones a las diferentes etapas del proceso de recuperación de activos.

Prevención y detección

41. En el artículo 52 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establecen las normas para prevenir y detectar transferencias de fondos adquiridos ilícitamente, utilizando el marco jurídico establecido para prevenir el blanqueo del producto del delito. Ese sistema exige que las instituciones financieras privadas se organicen para cumplir con las normas que las obligan a estar informadas sobre las actividades de sus clientes, a actuar con la debida diligencia en relación con los clientes que presentan riesgos específicos, mantener un registro de las transacciones, y a informar de las transacciones sospechosas a la dependencia de inteligencia financiera, entidad centralizada que por lo general goza de acceso irrestricto a la información financiera. Corresponde a esa entidad analizar las transacciones denunciadas y, si surgen o se confirman sospechas, remitir el análisis a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley.

42. Sin embargo, cuando las dependencias de inteligencia financiera de los países en desarrollo carecen de la autonomía necesaria no pueden cumplir debidamente sus tareas de detección, pues sus funcionarios pueden tener miedo de sufrir represalias, de manera directa o indirecta, si denuncian transacciones irregulares de miembros de la clase dirigente, o en algunos casos, puede resultarles más rentable avenirse a blanquear el dinero de esas personas³⁶. De ahí que los miembros de las dependencias de inteligencia financiera de los países receptores, menos vinculados a los procesos políticos de los países de origen, estén en mejores condiciones para denunciar los bienes procedentes de la corrupción que sus homólogos de los países de origen. No obstante, puesto que las denuncias no son sino un primer paso, aun en esos casos será necesario que la dependencia de inteligencia financiera

³⁵ Kevin Davis y otros, "Transnational responses to political corruption", de próxima publicación, 2012.

³⁶ Michael Levi, "How well do anti-money laundering controls work in developing countries?", en Reuter (ed.), citado en la nota 17.

o un fiscal del país receptor cuenten con la colaboración de sus homólogos del país de origen a fin de recabar las pruebas necesarias para conseguir la inmovilización de los activos. En una democracia "de baja intensidad", esas peticiones pueden quedar sin atender, o ser atendidas solo para disipar las sospechas que comprometan a un alto funcionario en ejercicio o a un miembro influyente de la clase dirigente. Por eso se ha dicho que los controles contra el blanqueo de dinero que tienen más importancia para los países en desarrollo son los que se aplican en los países de destino³⁷.

43. Para ello, sin embargo, es necesario que las autoridades del país de destino hagan todo lo posible por facilitar el inicio de los procedimientos. En la actualidad, los países receptores no se hacen cargo, por lo general de los asuntos, aun cuando estén en condiciones de agilizar el proceso. La aplicación al proceso de recuperación de activos del enfoque de los derechos humanos, que insiste en el deber del país receptor de cooperar y responsabilizarse, refuerza los argumentos en favor de una investigación dinámica.

44. En efecto, el marco para la prevención y detección de las corrientes de fondos ilícitos previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consagra principios de derechos humanos. Promueve la rendición de cuentas al permitir una mayor fiscalización de las transacciones de los funcionarios públicos. Además, los principios de participación y transparencia recogidos en el capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, relativo a las medidas preventivas, abarcan todas las medidas necesarias relacionadas con la aplicación del marco contra el blanqueo de capitales en los sectores público y privado.

45. Por último, el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también refuerza la responsabilidad empresarial de cumplir con las leyes aplicables, objetivo que han impulsado en la última década varias iniciativas tendentes a promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, por ejemplo, se propone conseguir que las empresas hagan suyos diez principios relacionados con las esferas de los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. En el mismo sentido, los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos" (véase A/HRC/17/31, anexo) establecen un marco basado en: a) la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos, b) la obligación de las empresas de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos, y c) la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas para lograr la prevención y la reparación efectivas de las vulneraciones de los derechos humanos relacionadas con empresas³⁸. Esas iniciativas complementarias deben fortalecer la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Congelación o restricción y decomiso

46. La adopción de medidas de congelación, restricción o decomiso de los fondos adquiridos ilícitamente no tienen por qué menoscabar las garantías procesales de los demandados o acusados ni de los titulares de activos, ya se trate de procedimientos penales o civiles. Algunas disposiciones recomendadas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción han sido cuestionadas por consideraciones relacionadas con los derechos humanos. En el párrafo 8 del artículo 31 se recomienda exigir al autor del delito que demuestre el origen lícito no solo del presunto producto del delito sino también de otros bienes susceptibles de ser decomisados. Se analizaron disposiciones similares de una serie de precedentes en que se establecían las condiciones que debían cumplirse para que no se vulneraran las debidas garantías procesales. En esos precedentes se sostenía que la

³⁷ Peter Reuter, "Policy and Research Implications of Illicit Flows", en Reuter (ed.), citado en la nota 17.

³⁸ *Idem*, Introduction, para. 16.

presunción de inocencia no es un derecho absoluto³⁹ y que la utilización en el derecho penal de otras presunciones legales no constituye en sí misma una restricción de ese derecho, siempre que los Estados tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y respeten el derecho de defensa⁴⁰. Por consiguiente, mientras los Estados partes apliquen las presunciones con un enfoque equilibrado y los medios empleados guarden proporción razonable con el fin legítimo perseguido, no prosperarán los recursos basados en la presunción de inocencia⁴¹. También se defendió la posibilidad de realizar decomisos sin que medie una condena, con el argumento de que, en función de cómo esté regulado en cada país, el decomiso del producto del delito puede no constituir una sanción punitiva sino una medida correctiva⁴².

47. La adopción con éxito de medidas provisionales, sujeta a las limitaciones mencionadas, requiere una cooperación activa entre el país perjudicado por la corrupción y el país al que se haya enviado el producto de la corrupción. Aunque esas medidas pueden ser adoptadas por cualquier autoridad competente (art. 31), su carácter restrictivo hace que por lo general se apliquen en el marco de procedimientos judiciales. En el contexto de la asistencia judicial recíproca, la adopción de esas medidas se condiciona a que el país requirente haya iniciado una investigación penal. Ese requisito es coherente con las obligaciones de los Estados partes de tipificar como delito diversas formas de corrupción⁴³, establecer la responsabilidad de las personas jurídicas⁴⁴, fijar un plazo de prescripción amplio para los procedimientos relacionados con delitos de corrupción, con un plazo mayor o interrupción del plazo en los casos en que el presunto autor del delito haya eludido la administración de justicia⁴⁵, y velar por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que se disponga para el enjuiciamiento de esos delitos a fin de dar máxima eficacia a las medidas de aplicación de la ley⁴⁶.

48. Por consiguiente, el proceso tendente a congelar, restringir y decomisar los fondos obtenidos ilícitamente se basa en dos principios asentados de derechos humanos, el de la cooperación internacional para la realización de los derechos humanos y el de la obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos⁴⁷. Este último se ha interpretado en el sentido de que la obligación es aplicable a los delitos de corrupción por el hecho de que la corrupción perjudica directa o indirectamente a los derechos humanos⁴⁸. La

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Krumpholz vs. Austria*, 18 de marzo de 2010, párr. 34; *Grayson and Barnham vs. United Kingdom*, 23 de septiembre de 2008, párr. 40; *Muller vs. Austria*, 18 de septiembre de 2008, párr. 40; *Phillips vs. United Kingdom*, 5 de julio de 2001, párr. 40.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Phillips vs. United Kingdom*, 5 de julio de 2001, párr. 40; *Salabiaku vs. France*, 7 de octubre de 1988, párr. 28.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic vs. Sweden*, 23 de julio de 2002.

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Welsh vs. United Kingdom*, 9 de febrero de 1995; *Phillips vs. United Kingdom*, citado en la nota 53.

⁴³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 15, 16, párrs. 1, 17, 23 y 25. También se recomienda la tipificación como delitos de las prácticas corruptas en los artículos 16.2, 18, 19, 20, 21, 22 y 24.

⁴⁴ *Ibid.*, art. 26.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 30, párr. 3.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, "*Barbato vs. Uruguay*", comunicación N° 84/1981, 1983, párr. 11; "*Miango Muiyo vs. Zaire*", comunicación N° 194/1985, 1988, párr. 11; Observación general N° 31, párrs. 8 y 18.

⁴⁸ En algunos documentos internacionales se ha llegado a calificar la corrupción en gran escala de "crimen contra la humanidad". Véanse las Conclusiones de Seúl, 11ª Conferencia Internacional contra la Corrupción, Seúl, 2003; y la Declaración de Nairobi aprobada en la Conferencia Regional sobre las Dimensiones de Derechos Humanos de la Corrupción, convocada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenya (KNCHR), 2006.

aplicabilidad del primero, en cambio, se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Y ambos principios guardan conformidad con el Programa de Acción de Accra.

Restitución del producto de la corrupción

49. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevé dos mecanismos jurídicos principales para la repatriación de los bienes procedentes de la corrupción: la recuperación directa y la cooperación internacional. Bajo el epígrafe de "Medidas para la recuperación directa de bienes" se indican en el artículo 53 diversas vías por las que el país perjudicado puede recurrir a los tribunales del país receptor. En esos casos no se plantea la cuestión de la repatriación, pues el país perjudicado actúa como demandante y son los tribunales de los países receptores los que ordenan directamente la restitución, el pago de una indemnización o el resarcimiento de los daños.

50. La cooperación internacional, en cambio, se refiere a casos en que el país perjudicado ejerce su jurisdicción para juzgar el delito de corrupción y solicita asistencia judicial recíproca al país receptor para localizar, congelar, confiscar y repatriar los bienes. Las normas para la restitución de los activos a los países de origen solo se establecen para los casos en que el país perjudicado solicite asistencia.

51. Las disposiciones obligatorias de repatriación siguen el principio de propiedad previa (propiedad en el momento de la comisión del delito)⁴⁹. En virtud del párrafo 3 del artículo 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el producto de la malversación o el peculado de fondos públicos o del blanqueo de fondos públicos malversados deberá restituirse obligatoriamente, a condición de que: a) los bienes hayan sido decomisados, b) el decomiso se haya llevado a cabo a solicitud del país perjudicado y c) sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado parte requerido.

52. En cambio, la restitución del producto de cualquier otro delito comprendido en las disposiciones obligatorias y no obligatorias de la Convención contra la Corrupción se condiciona a que el Estado requirente acredite razonablemente su propiedad anterior de los bienes decomisados. Cuando no pueda cumplirse esa condición, la restitución será posible, aunque no obligatoria, si el Estado parte requerido reconoce los daños causados al Estado parte requirente. En todos los demás casos, los Estados partes deberán dar consideración prioritaria a la restitución al Estado parte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito (art. 57, párr. 3 c)).

53. Por último, el párrafo 5 del artículo 57 dispone que, cuando proceda, los Estados partes podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados.

54. Cuanto más eficaces sean esos procedimientos para la restitución a sus países de origen de los bienes procedentes de la corrupción, con más recursos contarán los Estados para cumplir con sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, si los fondos repatriados se gastan de conformidad con el enfoque de derechos humanos.

55. Un ejemplo pertinente, que va más allá de los requisitos establecidos por la Convención, es la Ley de restitución de activos ilícitos promulgada por Suiza, que prevé la congelación, el decomiso y la restitución de los activos de personas con relevancia política

⁴⁹ A/58/422/Add.1, párr. 66.

en los casos en que no prospere una solicitud de asistencia judicial recíproca por la imposibilidad para el Estado requirente de cumplir las normas impuestas por la legislación suiza. En tales casos, esa ley permite a los tribunales suizos presumir el origen ilícito de los activos a condición de que el patrimonio de la persona con relevancia política sea manifiestamente desproporcionado en relación con sus fuentes legales de ingresos y de que en el país de esa persona exista un grado de corrupción notoriamente elevado. Si la persona de que se trate no consigue acreditar la legalidad de su adquisición de los activos, estos serán decomisados y devueltos al país de origen para que se destinen a inversiones en programas dirigidos a mejorar las condiciones de vida de la población, reforzar el estado de derecho y/o combatir la impunidad.

56. Otro avance importante es la recomendación de que los países entablen un debate internacional sobre políticas más amplias sobre cómo incorporar la repatriación de activos en los acuerdos de resolución de los casos de soborno de funcionarios extranjeros en el marco de la legislación de aplicación del Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Convenio Antisoborno) de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)⁵⁰.

57. Como se ha mencionado en el párrafo 51 *supra*, las normas que regulan la restitución de los activos al país de origen exigen que los bienes hayan sido decomisados a solicitud del país perjudicado. En otras palabras, si el decomiso no se realiza a solicitud del país perjudicado o si los bienes procedentes de la corrupción se recuperan mediante un mecanismo jurídico diferente del decomiso, esos casos no están comprendidos en la obligación de restituir contemplada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

58. Tienen gran importancia a este respecto los progresos logrados en la última década en la aplicación del Convenio Antisoborno de la OCDE. Casi todos los casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros se han resuelto en los países en los que la empresa autora del soborno tenía su sede o en que se cotizaban sus acciones, sin recurrir a procedimientos tradicionales de decomiso y sin participación del país perjudicado. En el cuadro 1 se comparan los montos estimados de los bienes procedentes de la corrupción repatriados a los países de origen con los montos estimados recuperados por países partes en el Convenio Antisoborno de la OCDE en casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros desde 2005, año en que entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los datos no son exactos y se presentan con fines meramente ilustrativos.

Cuadro 1

Estimación de los bienes procedentes de la corrupción repatriados a los países de origen, frente a la estimación de los montos recuperados por las partes en el Convenio Antisoborno

Año	Activos repatriados a sus países de origen (en millones de dólares EE.UU.)	Sanciones totales en casos de soborno de funcionarios extranjeros (en millones de dólares EE.UU.)		
		Sanciones pecuniarias penales	Devolución de las ganancias	Total
2005	29	16,5	1,3	29,6
2006	--	18,6	19,8	88,9
2007	856	33,3	38,5	106,8

⁵⁰ Comité de Asistencia para el Desarrollo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, programa StAR (Stolen Asset Recovery), "Meeting Accra's Anti-Corruption Commitments: A Call to Action".

Año	Activos repatriados a sus países de origen (en millones de dólares EE.UU.)	Sanciones totales en casos de soborno de funcionarios extranjeros (en millones de dólares EE.UU.)		
		Sanciones pecuniarias penales	Devolución de las ganancias	Total
2008	121,3	843	1 208,5	2 008,8
2009	66	435,3	205,3	664,5
2010	387,6	643,7	391	1 409
2011	--	95,3	89	409,8
Total	1 460	2 086,9	1 965,4	4 717,3

Fuente: Compilación basada en Asset Recovery Watch y Trace Compendium⁵¹.

59. Tanto el monto total de las sanciones pecuniarias penales como el de la devolución o entrega de las ganancias superan el de las repatriaciones a los países de origen. Las sanciones pecuniarias penales tienen carácter punitivo, y se imponen para producir un efecto disuasorio entre los autores de delitos y/o en la población en general⁵². En cambio, la devolución de las ganancias es una medida correctiva que obliga a los culpables a "devolver" al Estado el producto del delito, objetivo acorde con los fines de la restitución de activos al país de origen.

60. La devolución de las ganancias es una medida correctiva concebida originariamente para casos de corrupción interna. Sin embargo, cuando se aplica extraterritorialmente a casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros se plantea la cuestión de si la hacienda pública del país en el que tiene su sede el autor del delito o en el que cotizan sus acciones es el destino legítimo de esos fondos. Ni el organismo anticorrupción ni la sociedad a la que representa han sido los propietarios anteriores de esos activos. Por el contrario, en la mayoría de los casos de irregularidades en la contratación pública de bienes y servicios, que es el ámbito en que suele producirse el soborno de funcionarios extranjeros, es la sociedad del país en el que se adjudicó el contrato la que padece las consecuencias de la corrupción.

61. En virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Estado parte debe devolver los activos decomisados cuando el Estado parte requirente acredite razonablemente su propiedad anterior o cuando el Estado parte requerido reconozca los daños causados como fundamento de la restitución. El soborno de funcionarios públicos extranjeros suele cometerse en el contexto de actos de contratación pública. Con él puede buscarse reducir la libre competencia en la licitación, fijar precios excesivos para los contratos o hacer menos rigurosas las condiciones de prestación de determinados servicios. En cualquier caso debe quedar abierto el debate sobre la cuestión de la propiedad previa y del resarcimiento.

⁵¹ Asset Recovery Watch (<http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>) se utilizó como fuente de datos sobre los activos repatriados al país de origen; Trace Compendium (<https://secure.traceinternational.org/Knowledge/Compendium.html>) se utilizó como fuente de datos sobre el monto total de las sanciones impuestas en casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros.

⁵² En muchos países las multas penales no se imponen con fines punitivos, sino como medida sustitutiva de un decomiso. En tales casos, pueden estar sujetas también a los procedimientos de restitución previstos en los párrafos 59 a 65. Para determinar si procede tal restitución pueden servir de orientación la definición de producto de la corrupción adoptada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a la distinción entre medidas punitivas y correctivas.

62. En consecuencia, es coherente con el párrafo 3 b) del artículo 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción pedir a los países partes en el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales que, especialmente en el contexto de la negociación y resolución de los casos, establezcan un procedimiento que permita a los países perjudicados hacer valer su propiedad previa, y, si procede, facilite la repatriación al país de origen de las ganancias devueltas. Habida cuenta de los obstáculos a la asistencia judicial recíproca y de las formas alternativas eficaces de recuperar los bienes procedentes de la corrupción desarrolladas por los países que aplican el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, esa solución es acorde con la finalidad de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 1). Ese procedimiento se vería ulteriormente reforzado si los países receptores dieran publicidad a los procesos, permitiendo así la aplicación del principio de participación dimanante del enfoque de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta los intereses potencialmente diferentes de la sociedad y de los funcionarios públicos del país de origen.

IV. Recomendaciones

63. **Con el fin de reducir las repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, de la no repatriación al país de origen de los fondos adquiridos ilícitamente, se recomienda la adopción de las siguientes medidas:**

a) **Debe entenderse que todas las etapas del proceso de recuperación de activos entrañan responsabilidades recíprocas de los Estados, que han de hacer todo lo posible por conseguir la repatriación a los países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente. Ese proceso ha de basarse en las normas internacionales de derechos humanos en beneficio de las sociedades afectadas por la corrupción, y abarcar los siguientes aspectos:**

i) **Deben aplicarse los principios de derechos humanos de rendición de cuentas, transparencia y participación, con el fin de mejorar los procedimientos de prevención y detección en los países de origen y la administración imparcial de la justicia;**

ii) **Debe afirmarse la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar la corrupción, y reforzarse el procedimiento penal para la congelación o restricción de los fondos adquiridos ilícitamente tanto en los países de origen como en los países receptores;**

iii) **Deben reducirse los obstáculos que imponen los países receptores a los países requirentes en la etapa de rastreo, especialmente teniendo en cuenta los riesgos de desaparición de los fondos; y**

iv) **Cuando proceda, los países receptores de fondos adquiridos ilícitamente deben desvincular las medidas de decomiso del requisito de condena en el país de origen.**

b) **Los fondos adquiridos ilícitamente repatriados deben destinarse a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con el principio de los máximos recursos disponibles, a través de procesos de adopción de decisiones y procedimientos de aplicación que incorporen los principios de transparencia, participación y rendición de cuentas.**

c) Debe aplicarse en el contexto de los acuerdos de repatriación la norma de derechos humanos de proporcionar recursos eficaces dirigidos a crear condiciones para evitar nuevas violaciones de derechos humanos.

d) Debe entablarse un amplio y participativo debate sobre políticas orientado a lograr una mejor articulación entre los procedimientos de aplicación del Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y las obligaciones establecidas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en relación con la recuperación de activos, de manera que los países de origen tengan la oportunidad de hacer valer su propiedad previa frente a la imposición de sanciones correctivas por los países receptores de fondos adquiridos ilícitamente.

e) La coherencia de las políticas basadas en los derechos humanos tiene una importancia esencial en las deliberaciones y actuaciones de los Estados miembros en el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra y en el proceso intergubernamental de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en Viena.
