



# UNODC

Oficina de las Naciones Unidas  
contra la Droga y el Delito

# Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

## Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional Segunda edición



NACIONES UNIDAS



OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO  
Viena

**ESTADO DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN  
DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN**

**Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional**

**Segunda edición**



**NACIONES UNIDAS**  
**Viena, 2017**

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

© Naciones Unidas, diciembre de 2017. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de ninguno de los países, territorios, ciudades o zonas citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

La información acerca de localizadores uniformes de recursos y de enlaces con sitios de Internet contenida en la presente publicación se brinda para comodidad del lector y es correcta en la fecha de publicación. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de ningún sitio web externo.

Producción editorial: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

## Agradecimientos

El presente estudio fue realizado por la Subdivisión de Lucha contra la Corrupción y los Delitos Económicos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en su función de secretaría de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en ejecución de sus mandatos de ayudar a los Estados Miembros en la ratificación y aplicación de la Convención, facilitar y apoyar el proceso de examen de la aplicación y proporcionar a la Conferencia de los Estados Partes información sobre las medidas adoptadas por los Estados y las dificultades encontradas en su aplicación, promoviendo de esa forma el intercambio de información, prácticas y experiencias entre los Estados partes. El estudio inicial se finalizó después de tres años de intensa labor (2013-2015), bajo la orientación general del secretario de la Conferencia de los Estados Partes y jefe de la Subdivisión de Lucha contra la Corrupción y los Delitos Económicos, Dimitri Vlassis, y con el apoyo del personal de la Secretaría. La presente segunda edición del estudio se concluyó en septiembre de 2017. Se redactó a partir de un conjunto de datos más amplio, el de los exámenes de los países realizados durante el primer ciclo del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La Secretaría desea expresar su agradecimiento a los autores del estudio, Ioannis Androulakis, profesor ayudante de Derecho Penal y Procedimiento Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atenas, y Stefano Betti, experto en Justicia Penal Internacional.

En la Secretaría, las siguientes personas ofrecieron orientación e hicieron importantes aportaciones durante toda la realización de este proyecto: Dimosthenis Chrysikos, Dorothee Gottwald, Oliver Landwehr, Tanja Santucci, Oliver Stolpe y Brigitte Strobel-Shaw. Merecen especial reconocimiento la Sra. Gottwald y la Sra. Santucci, que colaboraron estrechamente con los autores del estudio en su conceptualización y realización.

También fueron muy valiosas para el estudio las observaciones formuladas en exámenes por homólogos por Christine Uriarte (analista jurídica superior, División de Lucha contra la Corrupción, Departamento de Asuntos Económicos y Empresariales, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) y Christophe Speckbacher (jefe de Sección, Secretaría del Grupo de Estados contra la Corrupción, Consejo de Europa), así como Jeanne Hauch, Jacinta Oduor, Larissa Alanna Grey, Ji Won Park y Francisca Fernando (Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR) del Banco Mundial y la UNODC).



# Índice

|  |          |
|--|----------|
| Agradecimientos .....  | iii      |
| Resumen.....   | vii      |
| Introducción .....   | 1        |
| <b>PRIMERA PARTE. PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY.....</b>   | <b>5</b> |
| Observaciones generales .....  | 5        |
| A. Efectos de la aplicación.....   | 5        |
| B. Definición de funcionario público (artículo 2).....   | 7        |
| Capítulo I. Penalización .....   | 13       |
| A. Soborno en el sector público .....  | 13       |
| 1. Soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15) .....   | 13       |
| 2. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16).....        | 30       |
| B. Desviación de bienes, tráfico de influencias, abuso de funciones y enriquecimiento ilícito .....                                    | 41       |
| 1. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17) ..... | 41       |
| 2. Tráfico de influencias (artículo 18).....   | 44       |
| 3. Abuso de funciones (artículo 19).....   | 50       |
| 4. Enriquecimiento ilícito (artículo 20) .....   | 54       |
| C. Delitos en el sector privado .....  | 63       |
| 1. El soborno en el sector privado (artículo 21).....  | 63       |
| 2. Malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22).....   | 68       |
| D. Blanqueo de dinero y conducta conexa.....   | 71       |
| 1. Blanqueo del producto del delito (artículo 23).....   | 71       |
| 2. Encubrimiento (artículo 24) .....   | 83       |
| E. Obstrucción de la justicia (artículo 25) .....  | 84       |
| F. Disposiciones en apoyo de la penalización .....   | 90       |
| 1. Responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 26).....  | 90       |
| 2. Participación y tentativa (artículo 27).....  | 99       |
| 3. Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito (artículo 28).....  | 102      |
| 4. Prescripción (artículo 29) .....  | 104      |
| Capítulo II. Medidas para mejorar la justicia penal.....   | 109      |
| A. Proceso, fallo y sanciones (artículo 30) .....  | 109      |
| B. Embargo preventivo, incautación y decomiso (artículo 31).....   | 134      |
| C. Protección de testigos, peritos y víctimas (artículo 32).....   | 152      |
| D. Protección de los denunciantes (artículo 33).....   | 163      |

|  |     |
|--|-----|
| E. Consecuencias de los actos de corrupción (artículo 34).....                         | 168 |
| F. Indemnización por daños y perjuicios (artículo 35).....                             | 170 |
| Capítulo III. Aplicación de la ley.....  | 175 |
| A. Disposiciones institucionales.....  | 175 |
| 1. Autoridades especializadas (artículo 36).....                                       | 175 |
| 2. Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (artículo 37)... | 181 |
| 3. Cooperación entre organismos nacionales (artículo 38).....                          | 189 |
| 4. Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado (artículo 39).....  | 193 |
| B. Otras disposiciones.....  | 196 |
| 1. Secreto bancario (artículo 40).....   | 196 |
| 2. Antecedentes penales (artículo 41).....   | 198 |
| 3. Jurisdicción (artículo 42).....   | 201 |
| SEGUNDA PARTE. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....  | 209 |
| Observaciones generales.....   | 209 |
| A. Ámbito de aplicación.....   | 209 |
| B. Modalidades de aplicación.....  | 209 |
| C. Tendencias y dificultades en la aplicación.....                                     | 210 |
| Capítulo I. Extradición y traslado de personas condenadas.....                         | 213 |
| A. Extradición (artículo 44).....  | 213 |
| B. Traslado de personas condenadas a cumplir una pena (artículo 45).....               | 234 |
| Capítulo II. Asistencia judicial recíproca y remisión de actuaciones penales.....      | 237 |
| A. Asistencia judicial recíproca (artículo 46).....                                    | 237 |
| B. Remisión de actuaciones penales (artículo 47).....                                  | 264 |
| Capítulo III. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley.....                    | 267 |
| A. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 48).....                 | 267 |
| B. Investigaciones conjuntas (artículo 49).....  | 272 |
| C. Técnicas especiales de investigación (artículo 50).....                             | 273 |
| TERCERA PARTE. TENDENCIAS REGIONALES.....  | 279 |
| Conclusión.....  | 289 |
| Bibliografía.....  | 297 |



## Resumen

La creación y el funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción han permitido reunir, sistematizar y difundir un acervo de información sin precedentes que es útil para fomentar los objetivos de la Convención. El presente estudio actualizado se basa en esa información y contiene un análisis exhaustivo de la aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención por los 156 Estados partes examinados en el momento en que se redactó, como parte del primer ciclo del Mecanismo de Examen de la Aplicación, que comenzó en 2010. Más concretamente, el estudio: *a)* identifica y expone las tendencias y modalidades de la aplicación de los capítulos mencionados, centrándose en aspectos comunes y variaciones sistemáticas o, de ser posible, regionales; *b)* pone de relieve los logros y las buenas prácticas, por un lado, y los problemas en la aplicación, por otro, y presenta algunos ejemplos de la aplicación que se consideran dignos de mención o ilustrativos de la legislación y práctica de los Estados partes; y *c)* ofrece un panorama general de la interpretación actual de la Convención y de las diferencias en los exámenes, en los casos en que estas se han producido.

En el estudio se señalan las modificaciones legislativas e institucionales que han caracterizado los marcos de lucha contra la corrupción de la mayoría de los Estados partes en los últimos años y se han traducido en un fomento notable de los propósitos de la Convención. La lucha contra la corrupción parece figurar entre las principales prioridades de muchos Gobiernos nacionales. En un considerable número de países, las modificaciones legislativas y las reformas estructurales han dado lugar a regímenes de penalización coherentes, y en gran parte armonizados, y han producido resultados tangibles en cuanto a la capacidad y la actuación en el ámbito de la aplicación de la ley, así como marcos sólidos de extradición, asistencia judicial recíproca y cooperación para la aplicación de la ley. En muchos países, estos avances jurídicos y políticos se iniciaron como resultado directo de los exámenes de la aplicación o en ese contexto. Así pues, la Convención y los informes elaborados en el marco del Mecanismo de Examen de la Aplicación ya han desempeñado un papel importante para impulsar el cambio y siguen constituyendo la base para la creación de regímenes eficaces de lucha contra la corrupción.

No obstante, siguen habiendo dificultades considerables, que van desde los problemas más rudimentarios y los impedimentos prácticos causados por la falta de experiencia, recursos y capacitación, hasta cuestiones técnicas relacionadas con la formulación de disposiciones de penalización o la incorporación de elementos concretos de la Convención en estructuras procesales complejas.

Las lagunas son más evidentes en la aplicación del capítulo III de la Convención, en lo que respecta tanto a la penalización como a la aplicación de la ley, dado que en esas esferas la Convención requiere que los Estados partes apliquen una gama de medidas especialmente amplia y polifacética. Impulsados por esa exigencia, así como por las iniciativas concertadas de lucha contra la corrupción emprendidas a nivel mundial en los últimos años, varios países han aprobado nuevas leyes a fin de cumplir sus obligaciones y mejorar sus disposiciones de

derecho penal sustantivo y procesal. Mediante esa nueva legislación, por ejemplo, se ha extendido el espectro de los delitos de corrupción y se han aumentado las sanciones aplicables; se ha ampliado la definición de funcionarios públicos; se ha establecido un régimen relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas; se ha reducido el alcance de las inmunidades; se ha ampliado la protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes; y se han reforzado los mandatos y las funciones de las autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción. En este contexto, se analizaron e incorporaron con eficacia en la legislación nacional conceptos que eran nuevos en algunas jurisdicciones, como el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, el enriquecimiento ilícito y el embargo preventivo del producto del delito. Se reforzaron asimismo las medidas auxiliares, por ejemplo, con respecto a las consecuencias de los actos de corrupción y la indemnización por daños y perjuicios.

Pese a esos esfuerzos, sin embargo, en muchos países hay considerables cuestiones pendientes, en particular en lo tocante a la ejecución inadecuada de medidas que son obligatorias de conformidad con la Convención. Entre ellas figuran no solo las limitaciones del ámbito de aplicación de determinados delitos (por ejemplo, las lagunas relativas a la penalización del soborno de funcionarios públicos nacionales o de la obstrucción de la justicia) y la falta de sistemas de sanción coherentes y disuasivos, sino también el hecho de que no hayan aplicado en absoluto algunas disposiciones (en particular, el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, las medidas para identificar, localizar, embargar preventivamente, incautar y administrar bienes, y las medidas de protección de testigos). También se observaron problemas con respecto a la aparente ineficacia de la legislación vigente (por ejemplo, en relación con el blanqueo de dinero o la tipificación de la responsabilidad de las personas jurídicas), los cuales se atribuyen parcialmente a los obstáculos que constituyen las inmunidades para la investigación y el enjuiciamiento o a un ejercicio indebido de las facultades discrecionales. En cuanto a la aplicación de la ley, los problemas surgen a menudo debido a limitaciones relacionadas con la eficiencia, los conocimientos especializados, la capacidad y la independencia de las autoridades especializadas. Por otra parte, no hay suficientes incentivos para cooperar con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley ni coordinación e intercambio de información eficaces entre organismos, en particular entre los que tienen un mandato de lucha contra la corrupción. Los problemas relacionados con la aplicación de las disposiciones no vinculantes de la Convención, si bien son menos pronunciados, están igualmente generalizados.

La aplicación del capítulo IV parece ser más sencilla y constante, debido en parte a que numerosos países están en condiciones de aplicar directamente las disposiciones de la Convención y a que muchas de estas son de aplicación automática. Otra razón es la experiencia acumulada por muchos Estados partes en materia de cooperación internacional gracias a la práctica que vienen desarrollando desde hace tiempo en esa esfera. Muchos países también confirmaron que cumplían una serie de disposiciones de la Convención (por ejemplo, la celebración de consultas con otros países durante los procedimientos de asistencia judicial recíproca) sobre la base de la práctica y la concertación de arreglos especiales. Además, los exámenes han puesto de relieve una tendencia hacia la flexibilización de algunas restricciones jurídicas y procesales en lo que respecta a la prestación de asistencia a autoridades extranjeras. Por ejemplo, en varios exámenes se observó que se habían flexibilizado los requisitos de prueba en los procedimientos de extradición. Otro ejemplo es la interpretación del requisito de doble incriminación sobre la base de la conducta constitutiva del delito. Por último, un número considerable de Estados partes parece estar en condiciones de aceptar solicitudes en idiomas que no son el idioma o los idiomas oficiales.

Algunas de las mayores dificultades en relación con el capítulo IV parecen ser de índole operacional. En este sentido, algunos obstáculos están relacionados con la limitación de los recursos o los conocimientos técnicos disponibles para utilizar la videoconferencia con fines de asistencia judicial recíproca o emplear técnicas especiales de investigación, ya sea a nivel nacional o al dar cumplimiento a solicitudes extranjeras. Los exámenes también pusieron de relieve el limitado uso que se hacía de varios mecanismos previstos en la Convención. Por ejemplo, pocos Estados utilizan directamente la Convención como base jurídica autónoma en materia de extradición y aún menos parecen recurrir a la remisión de actuaciones penales como modalidad de cooperación internacional.

Durante los exámenes se formularon numerosas recomendaciones relativas a la introducción de disposiciones y leyes nuevas. Entre ellas figuraron recomendaciones relativas a que se estudiase la posibilidad de consolidar y aclarar la legislación vigente en el contexto de las reformas legislativas en curso y adoptar marcos legislativos autónomos con medidas de lucha contra la corrupción. En muchos casos se formularon recomendaciones sobre la asignación de recursos y las capacidades de los órganos y las instituciones encargados de la lucha contra la corrupción, la mejora de la cooperación para la aplicación de la ley y la coordinación interinstitucional, el establecimiento de sistemas adecuados de acopio de datos o tipologías de jurisprudencia, la simplificación de la cooperación internacional y la promoción de una cultura de diálogo abierto entre las jurisdicciones.



## Introducción

La creación y el funcionamiento de un proceso intergubernamental eficaz para el examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>1</sup> son en muchos sentidos un logro excepcional. El Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención constituye una notable demostración del interés de los Estados partes en prevenir y luchar eficazmente contra la corrupción a nivel mundial, así como una muestra de su determinación de evitar que la Convención desempeñe una función meramente simbólica. Es un reconocimiento de la importancia primordial de garantizar un seguimiento adecuado de los instrumentos jurídicos internacionales, aun cuando tengan un alcance tan amplio y universal como la Convención contra la Corrupción. Asimismo, brinda la oportunidad de reunir, sistematizar y difundir un acervo de información sin precedentes que resulta útil para promover los objetivos de la Convención, basándose en la experiencia adquirida y las enseñanzas extraídas por Estados de todas las regiones del mundo, con tradiciones jurídicas diferentes y distintos niveles de desarrollo económico e institucional.

En el texto de la propia Convención no se incluyeron los detalles de un mecanismo de aplicación concreto. No obstante, la cuestión de cuáles serían las características apropiadas de un mecanismo de esa índole fue objeto de un intenso debate durante las negociaciones sobre el instrumento y, en su mayoría, las delegaciones expresaron su preferencia por un sistema que reprodujera las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, es decir, por establecer una conferencia de las partes, formular un mandato suficientemente general para ese órgano y dejar que la conferencia determinara los detalles y procedimientos correspondientes<sup>2</sup>. De hecho, en el artículo 63 de la Convención se prevén los principios básicos de una Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La Conferencia de los Estados Partes fue convocada por primera vez en 2006 con un mandato explícito de mejorar la capacidad de los Estados partes y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la Convención y promover y examinar su aplicación. De conformidad con el párrafo 7 del mencionado artículo, se otorgó a la Conferencia la autoridad para establecer, si lo consideraba necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la Convención. Además, en el párrafo 5 del mismo artículo se prevé que los Estados partes faciliten información por conducto de un mecanismo de examen de esa índole para que la Conferencia obtenga el conocimiento de los niveles de aplicación.

Tras examinar varios mecanismos de cumplimiento posibles, incluidos los métodos de examen empleados en el caso de otros instrumentos regionales, sectoriales e internacionales<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup>La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

<sup>2</sup>*Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.10.V.13 y correcciones), cap. VII, párr. 3 (pág. 591).

<sup>3</sup>Véanse el documento de antecedentes preparado por la Secretaría titulado “Métodos para el examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2006/5); el documento de antecedentes preparado por la Secretaría titulado “Parámetros para definir el mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2008/10); y el documento de sesión titulado “Results of the informal consultations on the implementation of the United Nations Convention against Corruption held in Lisbon from 22 to 24 March 2006 and in Buenos Aires from 30 October to 1 November 2006” (CAC/COSP/2006/CRP.2, en inglés únicamente).

y después de evaluar los resultados de un programa piloto voluntario organizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para examinar la aplicación de la Convención en un número limitado de países<sup>4</sup>, la Conferencia aprobó en su tercer período de sesiones, celebrado en Doha en noviembre de 2009, los términos de referencia del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención y estableció el Grupo de Examen de la Aplicación para que supervisase el proceso de examen bajo la autoridad de la Conferencia<sup>5</sup>. Gracias al fuerte impulso que hizo posible la Convención, los Estados partes lograron llevar a buen fin las consultas pertinentes, optando por un enfoque verdaderamente transparente, colaborativo y pragmático de la realización de los exámenes: cada Estado parte es examinado por otros dos Estados partes, uno de los cuales es de la misma región geográfica y tiene, en la medida de lo posible, un ordenamiento jurídico similar. Los expertos gubernamentales de los Estados examinadores llevan a cabo, de conformidad con un conjunto de directrices aprobadas por el Grupo de Examen de la Aplicación, un examen documental de las respuestas facilitadas en una lista amplia de verificación para la autoevaluación y de la información suplementaria facilitada por el Estado parte examinado. El examen documental se complementa con otros medios de diálogo directo, como una visita al país o una reunión conjunta en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena. El proceso culmina en la elaboración de un informe sobre el examen del país, que se finaliza de común acuerdo entre los Estados partes examinadores y el Estado parte examinado<sup>6</sup>.

Al redactar los términos de referencia del Mecanismo, la Conferencia de los Estados Partes tomó nota en particular del artículo 4, párrafo 1, de la Convención, en el que se afirma que los Estados partes “cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados”. Se decidió en consecuencia desde el principio que el proceso de examen tendría un carácter técnico, no intrusivo, incluyente e imparcial, que no produciría ninguna forma de clasificación, y que sería no contencioso y no punitivo. De hecho, en el Mecanismo se adopta un enfoque inherentemente positivo y no está orientado a evaluar la actuación o a criticar deficiencias en relación con el cumplimiento. Su finalidad es ayudar a los Estados partes a aplicar los principios de la Convención. Por lo tanto, se orienta a arbitrar medios para fomentar y apoyar los esfuerzos nacionales de lucha contra la corrupción, por ejemplo, brindando oportunidades de intercambiar buenas prácticas e identificar lo antes posible las dificultades con que tropiezan los Estados partes en el cumplimiento de sus obligaciones, así como las necesidades de asistencia técnica.

---

<sup>4</sup>Véanse el documento de antecedentes preparado por la Secretaría titulado “Evaluación del programa piloto de examen” (CAC/COSP/2008/9); y la nota preparada por la Secretaría titulada “Good practices and lessons learned from implementing the UNCAC Pilot Review Programme” (CAC/COSP/2009/CRP.8, en inglés únicamente).

<sup>5</sup>Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención (que figura en el documento CAC/COSP/2009/15). En relación con el proceso que condujo al establecimiento del Mecanismo, véanse la resolución 1/1 de la Conferencia de los Estados Partes (que figura en el documento CAC/COSP/2006/12); la resolución 2/1 de la Conferencia de los Estados Partes (que figura en el documento CAC/COSP/2008/15); el informe de la reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre el Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrada en Viena del 29 al 31 de agosto de 2007 (CAC/COSP/2008/3); el informe de la Secretaría titulado “Labor del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre el examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2009/2); y la nota de la Secretaría titulada “Recomendaciones del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre el examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2009/6).

<sup>6</sup>Aparte de los términos de referencia, véanse las directrices aplicables por los expertos gubernamentales y la Secretaría para la realización de los exámenes de los países y el modelo básico para los informes sobre el examen de los países y los resúmenes correspondientes (CAC/COSP/IRG/2010/7, anexo I); la nota de la Secretaría titulada “Panorama general del proceso de examen” (CAC/COSP/2011/8); las notas de la Secretaría tituladas “Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación” (CAC/COSP/IRG/2012/4, CAC/COSP/IRG/2013/4, CAC/COSP/2013/13, CAC/COSP/IRG/2014/4, CAC/COSP/IRG/2015/2, CAC/COSP/IRG/2016/2 y CAC/COSP/IRG/2017/2, así como CAC/COSP/IRG/2015/CRP.15, en inglés únicamente); y las notas de la Secretaría tituladas “Evaluación del funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/IRG/2014/12, CAC/COSP/IRG/2015/3 y CAC/COSP/2015/6).

En este espíritu, el producto final de cada examen incluye habitualmente recomendaciones, conclusiones o sugerencias formuladas por los expertos y examinadas y convenidas con el país objeto de examen, así como los posibles planes o compromisos formulados por el Estado examinado<sup>7</sup>.

Las fases, los ciclos y la duración del proceso de examen, así como el alcance, la secuencia temática y los pormenores de dicho examen, son determinados por la Conferencia de los Estados Partes. La Conferencia, en su tercer período de sesiones, decidió que cada una de las fases del examen de la aplicación constara de dos ciclos de 5 años de duración cada uno y que en cada uno de los primeros 4 años de cada ciclo de examen se examinara a una cuarta parte de los Estados partes. El primer ciclo, que incluye los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional), comenzó en 2010. La Secretaría, de conformidad con los párrafos 35 y 44 de los términos de referencia, ha presentado periódicamente al Grupo de Examen de la Aplicación informes temáticos sobre la aplicación y las adiciones regionales suplementarias, con miras a recopilar, organizándola por temas, la información más corriente y pertinente sobre logros, buenas prácticas, problemas y observaciones consignada en los informes sobre los exámenes de los países.

El primer ciclo quinquenal del proceso de examen llegó a su fin en 2015. En noviembre de ese año se celebró en San Petersburgo (Federación de Rusia) el sexto período de sesiones de la Conferencia de los Estados Partes. Por medio de su resolución 6/1, aprobada en ese período de sesiones, la Conferencia puso en marcha el segundo ciclo de examen, que abarca los capítulos II (Medidas preventivas) y V (Recuperación de activos). Sin embargo, como cabía esperar, algunos exámenes correspondientes al primer ciclo seguían en curso, o se habían iniciado después de ese momento, debido a demoras en el proceso y la ratificación o adhesión de nuevos Estados partes. Ya se ha completado la gran mayoría de los exámenes del primer ciclo, lo que brinda la oportunidad de proceder a una evaluación general y más representativa del estado de la aplicación de los capítulos III y IV, examinados en el primer ciclo, como parte de los medios destinados a mejorar el conocimiento de las partes interesadas en la lucha contra la corrupción, obtener una comprensión cabal de las disposiciones de la Convención, actualizar las políticas y prioridades de lucha contra la corrupción y crear un punto de referencia mundial en comparación con el cual se puedan detectar las tendencias futuras y cuantificar los progresos<sup>8</sup>.

El presente estudio se basa en los informes temáticos mencionados y ofrece un análisis amplio de la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención por los Estados partes examinados en el primer ciclo del Mecanismo de Examen de la Aplicación. La primera edición del estudio<sup>9</sup> se presentó en el sexto período de sesiones de la Conferencia de los Estados Partes y se elaboró a partir de la información contenida en los informes sobre los exámenes de 68 Estados partes de que se disponía en ese momento<sup>10</sup>. En la presente edición se actualiza esa primera versión del estudio, conforme a lo solicitado por la Conferencia en el párrafo 11 de su resolución 6/1, y se amplían en gran medida sus conclusiones y resultados, sobre la base de la información consignada en los informes sobre los exámenes de 156 Estados partes que se habían terminado, o estaban por terminarse, en el momento en que se redactó esta edición.

---

<sup>7</sup>Con respecto a la redacción y la tipología de las recomendaciones formuladas en los informes sobre los exámenes, véase el informe preparado por la Secretaría que contiene una sinopsis temática de las recomendaciones formuladas en relación con la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención (CAC/COSP/IRG/2014/10).

<sup>8</sup>Varios Estados partes indicaron que era necesario un producto de final del ciclo de esa índole; véase, por ejemplo, el documento CAC/COSP/2015/6 (párr. 8).

<sup>9</sup>UNODC, 2a. edición (Viena, 2012).

<sup>10</sup>Naciones Unidas (Nueva York, 2015).

Más concretamente, el presente estudio se ha preparado a fin de:

a) Señalar y describir las tendencias y modalidades de la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención, con especial referencia a aspectos comunes y variaciones sistemáticas o, de ser posible, regionales. Al resumir las distintas soluciones disponibles para tratar los principios y requisitos de la Convención, el estudio presenta una diversidad de opciones de política de que disponen los Estados partes;

b) Poner de relieve los logros y las buenas prácticas, por un lado, y los problemas y las dificultades, por otro, como medio de facilitar y racionalizar las medidas de aplicación de los Estados partes. El estudio se propone identificar problemas y dificultades, especialmente en relación con las lagunas legislativas y de aplicación existentes y, en menor medida, con la capacidad, los recursos, la capacitación y otros aspectos prácticos similares. Por razones de conveniencia, las buenas prácticas y los problemas prevalecientes más notables en relación con cada disposición se destacan por separado (en recuadros de texto y al final de cada disposición). También se destacan ejemplos de la aplicación extraídos de los exámenes, los cuales, aunque no se hayan mencionado necesariamente como buenas prácticas, se consideran notables, ilustrativos o representativos de la legislación y práctica de los Estados partes. En el estudio no se incluyen cuestiones de asistencia técnica;

c) Proporcionar —en la medida de lo posible y teniendo plenamente en cuenta la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* y la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*<sup>11</sup>, los *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* y varios otros documentos de las Naciones Unidas relativos a la aplicación de la Convención— una visión general de las observaciones explicativas sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención basada en las importantes aportaciones y conclusiones de los Estados partes examinados y los expertos gubernamentales que han contribuido a los informes sobre los exámenes de los países. Para ello, en el estudio se incluyen observaciones sobre la interpretación de los conceptos contenidos en la Convención por los partícipes mencionados, así como sobre la intención legislativa de cada disposición.

El estudio está estructurado en tres partes. La primera parte, que abarca el capítulo III de la Convención, se subdivide en los capítulos siguientes: Penalización, Medidas para mejorar la justicia penal y Aplicación de la ley. La segunda parte del estudio, que comprende el capítulo IV de la Convención, se subdivide en los capítulos siguientes: Extradición y traslado de personas condenadas, Asistencia judicial recíproca y remisión de actuaciones penales, y Cooperación en materia de cumplimiento de la ley. La tercera parte contiene una adición regional en la que se destacan algunas características y tendencias observadas en la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención en los países pertenecientes a los cinco grupos regionales oficiales de las Naciones Unidas.

---

<sup>11</sup>UNODC e Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (Viena, 2009).



## PRIMERA PARTE. PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

### Observaciones generales

#### A. Efectos de la aplicación

Al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los Estados partes han contraído un compromiso firme de combatir la corrupción y aplicar las reformas necesarias en sus marcos jurídicos e institucionales nacionales, aunque en ocasiones se observe que el progreso es lento. Varios países han redactado proyectos de ley o introducido nueva legislación con la finalidad de cumplir sus obligaciones en materia de penalización y aplicación de la ley de conformidad con el capítulo III de la Convención (por ejemplo, ampliar la gama de las sanciones por delitos de corrupción y aumentarlas; armonizar las disposiciones nacionales relativas a la definición de funcionarios públicos con el artículo 2 de la Convención y, en particular, equiparar el trato de los parlamentarios y otros funcionarios públicos; introducir el delito de soborno en el extranjero; penalizar el autoblanqueo; introducir un régimen que rijan la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos tipificados con arreglo a la Convención; ampliar la protección de testigos y víctimas; y reforzar los mandatos y las funciones de las autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción). En ese contexto, se analizaron conceptos que eran nuevos en algunas jurisdicciones, como el “enriquecimiento ilícito”, a fin de que los Estados partes obtuvieran una comprensión de su contenido y se facilitara la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Convención.

Además de las medidas de aplicación citadas, la Convención ha dado lugar a la adopción de medidas concertadas y de amplio alcance para evaluar los regímenes de lucha contra la corrupción de los Estados partes, determinar esferas en que faltan capacidades nacionales y planificar medidas futuras. Por ejemplo, los Gobiernos nacionales de algunos países han aprobado planes de acción amplios sobre la aplicación de la Convención, que incluyen medidas como el establecimiento de hojas de ruta para la aplicación y de grupos de trabajo especiales con la participación de representantes de distintas ramas del Gobierno, los círculos académicos y la sociedad civil. En otro Estado, las autoridades han puesto en marcha un proyecto de gobernanza y lucha contra la corrupción, con la finalidad de dotar al país de las leyes e instituciones necesarias para garantizar la conformidad con la Convención. El citado proyecto se basa en un conjunto de grupos de trabajo, entre los que figura un equipo de examen de la Convención contra la Corrupción encargado, entre otras tareas, de evaluar el estado actual de la aplicación de sus disposiciones, destacar las deficiencias y los logros y determinar las cuestiones en las que se podrían realizar progresos rápidos para fomentar las capacidades nacionales.

También se están organizando iniciativas de ese tipo con el apoyo de organizaciones internacionales u organismos de desarrollo de distintos países. Por ejemplo, el organismo de cooperación técnica de un país aportó financiación a varios Estados partes para que llevaran a cabo su propio análisis de lagunas con respecto a la Convención, de forma que estuvieran en condiciones de sumar sus esfuerzos e intercambiar sus experiencias<sup>12</sup>. En particular, la

---

<sup>12</sup>Véase el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre la cooperación Sur-Sur en la lucha contra la corrupción (CAC/COSP/2009/CRP.6, en inglés únicamente), párr. 62.

UNODC ha prestado una amplia asistencia técnica legislativa y de creación de capacidad a los Estados partes que la han solicitado, en el contexto del proceso de examen de la aplicación o en el marco de programas temáticos y regionales que se refuerzan mutuamente, y ha elaborado una serie de instrumentos que facilitan la aplicación de la Convención, como una biblioteca jurídica en línea de legislación y jurisprudencia en materia de lucha contra la corrupción, estudios de casos, guías y análisis de políticas<sup>13</sup>. Por último, los objetivos de la Convención se fomentan mediante la organización de importantes actos, entre los que figuran, además de los períodos de sesiones de la Conferencia de los Estados Partes y el Grupo de Examen de la Aplicación, conferencias regionales e internacionales sobre la aplicación de la Convención<sup>14</sup>.

Naturalmente, esos acontecimientos no se produjeron en un vacío, sino que vinieron a reforzar sistemas penales y mecanismos de lucha contra la corrupción ya existentes. Muchos países ya habían desplegado esfuerzos considerables para reformar sus ordenamientos jurídicos y hacer frente a cuestiones de corrupción, en previsión de sus próximos exámenes, así como con motivo de su participación en otras iniciativas internacionales y regionales centradas en asuntos relacionados con la corrupción, por ejemplo, en el marco del Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Europea, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo de Acción Financiera y los órganos regionales con funciones similares, la Unión Africana, la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental y la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo. La Convención, al ser el instrumento internacional más amplio y el único de carácter verdaderamente mundial en esa esfera, complementa los marcos jurídicos de que disponen los Estados partes y brinda un firme incentivo para que se realicen progresos en las reformas de la lucha contra la corrupción y estas tomen efecto. Por lo tanto, como consecuencia de la evolución de este proceso de adhesión de los países a los principales tratados internacionales contra la corrupción y de su integración en otros mecanismos de vigilancia de la lucha contra la corrupción, que culminan en su ratificación de la Convención y su participación en el Grupo de Examen de la Aplicación, en los exámenes sobre los países de algunos Estados partes se pudo constatar la penalización de una amplia variedad de conductas relacionadas con la corrupción como importante punto fuerte de la legislación nacional.

En general, se elogiaron las medidas nacionales para reforzar la legislación penal contra la corrupción y se instó a las autoridades nacionales a que continuasen esos esfuerzos con miras a seguir mejorando sus normas vigentes de lucha contra la corrupción. En particular, se invitó a las autoridades nacionales a que no se apoyaran exclusivamente en las evaluaciones externas efectuadas en el contexto de los diversos mecanismos de lucha contra la corrupción, sino a que llevaran a cabo asimismo evaluaciones internas formales de la eficacia de las medidas de aplicación de la Convención<sup>15</sup>. En algunos Estados con territorios autónomos o semiautónomos se señaló a la atención de las autoridades su deber de tratar de ampliar la aplicación de la Convención a todas las zonas en que ejercieran su control soberano. Además,

---

<sup>13</sup>En los documentos CAC/COSP/2011/10 y Corr.1, CAC/COSP/IRG/2012/3, CAC/COSP/IRG/2013/2 y Corr.1, CAC/COSP/2013/4, CAC/COSP/IRG/2014/2, CAC/COSP/2015/2, CAC/COSP/2015/8 y CAC/COSP/IRG/2016/11, y en el documento de sesión CAC/COSP/IRG/2011/CRP.7 (en inglés únicamente), pueden consultarse reseñas de las extensas actividades de prestación de asistencia técnica de la UNODC en apoyo de la aplicación de la Convención. Véanse también la nota de la Secretaría sobre los efectos del Mecanismo de Examen de la Aplicación (CAC/COSP/2013/14) y UNODC, “Thematic Programme: action against corruption, economic fraud and identity-related crime (2012-2015)” (Viena, 2012).

<sup>14</sup>Véanse, por ejemplo, el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre la cooperación Sur-Sur en la lucha contra la corrupción (CAC/COSP/2011/CRP.2, en inglés únicamente), párr. 46, y el documento titulado “Mauritius Communiqué on the Global Conference on Anti-Corruption Reform in Small Island States” (CAC/COSP/2015/CRP.10, en inglés únicamente).

<sup>15</sup>A este respecto, véase también Pauline Tamesis y Samuel De Jaegere, eds., “Guidance note: UNCAC self-assessments — going beyond the minimum” (Bangkok, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010).

se recomendó a los Estados con estructura federal que realizaran un estudio comparativo de la legislación federal y las legislaciones estatales relativas a las medidas de lucha contra la corrupción y, en caso de que hubiera diferencias, que velaran por que existiera un diálogo entre el Gobierno federal y los estados a fin de garantizar la aplicación de la Convención en todos los niveles.

Por último, se puso debidamente de relieve la necesidad de garantizar la complementariedad, la coherencia, la solidez y la homogeneidad del marco jurídico general de la lucha contra la corrupción. Según se desprende del proceso de examen de la aplicación, las modificaciones legislativas apresuradas y sobrecargadas pueden dar lugar a discrepancias e incertidumbres jurídicas y tener el efecto contrario del que prevén lograr los requisitos de penalización de la Convención. Esta situación se ve agravada en los casos en que los marcos legislativos nacionales constan de un nexo entre, por una parte, las disposiciones internas que existían antes de ratificar la Convención y otros instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción y, por otra, las nuevas normas consagradas en esos instrumentos, que tienen un enfoque diferente. La coexistencia de esas disposiciones, que coinciden en cierta medida y que en ocasiones incluyen requisitos sustantivos que divergen, puede dar lugar a problemas de contradicción y falta de coherencia. Así pues, se recomienda que los Estados partes con regímenes jurídicos fragmentados, complicados y duplicados estudien la posibilidad de consolidar y simplificar las distintas disposiciones relativas a los actos de corrupción, así como que aclaren los principios interpretativos aplicables.

## **B. Definición de funcionario público (artículo 2)**

El principal tema transversal relativo a la aplicación del capítulo III se refiere al ámbito de aplicación del término “funcionario público”. La cuestión que ha de determinarse es la forma en que los Estados partes definen “funcionario público” a efectos de los delitos de corrupción, y si las definiciones nacionales están en conformidad con el artículo 2, apartado a), de la Convención.

### *Conceptos relacionados con la definición*

Existen varios métodos (apenas distinguibles) que utilizan los Estados partes para definir el concepto de funcionario público. La mayoría de ellos han incorporado una definición explícita del término pertinente en su legislación (habitualmente en el código penal), que se suele utilizar a efectos de todos los delitos relacionados con el ejercicio de funciones públicas, no solo de la legislación utilizada respecto a los delitos de corrupción. Esa definición incluye en la mayoría de los casos a toda persona que cumple una función pública, que ocupa un cargo público, a la que se ha confiado una tarea pública o que ocupa una posición oficial de responsabilidad, o a la que se han asignado funciones públicas, al margen de que esa persona haya sido elegida o nombrada, sea remunerada o no remunerada, y haya sido nombrada con carácter permanente o temporal. Según ese concepto, es irrelevante la condición jurídica con arreglo a la cual una persona desempeña tareas en el servicio público. Lo que es decisivo es que cumpla las tareas del Estado, con independencia de la naturaleza de la relación contractual entre el sector público y la persona de que se trate. En casos poco frecuentes, la ley se refiere además a los funcionarios que tienen un papel rector, facultades de adopción de decisiones, el derecho de manejar bienes o recursos financieros públicos, o una posición que suponga una responsabilidad específica de custodia, mantenimiento, supervisión, control, investigación o sanción en una entidad pública, en cuyo caso se aplican sanciones más estrictas.

### Ejemplos de la aplicación

Dos Estados partes, aunque no utilizan una definición clara de “funcionario público”, establecen en sus normas sobre el delito de soborno, en términos idénticos, que los beneficios deben favorecer a una “persona investida de autoridad pública, que realice una misión de servicio público o a la que se haya conferido un mandato público electoral”.

En otra jurisdicción, aunque el código penal no contiene una definición autónoma de “funcionario público”, el alcance exacto del término se ha determinado mediante la jurisprudencia establecida. Se entiende que incluye a toda persona que haya sido nombrada por las autoridades públicas para un cargo público a fin de desempeñar una parte de las funciones del Estado y sus órganos. El hecho de que la persona se pueda clasificar también como funcionario público en lo que respecta al derecho laboral no importa. En este caso, lo importante es que la persona haya sido nombrada bajo la supervisión y responsabilidad del Gobierno para un cargo cuyo carácter público no puede negarse. Además de la aplicación de los criterios mencionados, se especifica explícitamente en la ley que el término incluye a los miembros de órganos representativos generales, los árbitros y todas las personas pertenecientes a las fuerzas armadas.

Algunas jurisdicciones que se centran en el cumplimiento de funciones públicas, como se describió anteriormente, tienden a excluir a los empleados del Estado que desempeñan únicamente tareas de oficina o manuales y que no tienen una autoridad notable en cuanto a la toma de decisiones. Así lo pone de manifiesto el ejemplo de un Estado en cuya legislación se establece que las normas sobre el delito de soborno no son aplicables a los empleados administrativos que desempeñan exclusivamente “labores de servicio”. Esta disposición se aplica específicamente a las personas que no tienen facultades discrecionales o facultades para disponer de fondos públicos y que, si bien están empleadas en dependencias orgánicas de la administración pública, realizan tareas que no están vinculadas en forma alguna con el ejercicio de la autoridad o el poder. Aunque los examinadores no se expresaron directamente en contra de esas excepciones, indicaron que podían crear problemas de interpretación y lagunas en la aplicación de las disposiciones relativas al soborno. Por lo tanto, se recomendó que se modificaran, o bien se buscara la coherencia en su interpretación, a fin de garantizar que no dieran lugar a la exclusión de actos u omisiones relativos al cumplimiento de funciones oficiales que estuvieran comprendidas en la Convención.

Un segundo enfoque, adoptado por un grupo más pequeño de Estados partes, consiste en prescindir de la definición “funcional” anteriormente expuesta y optar por una enumeración más completa de los diversos tipos de titulares de cargos que quedan comprendidos en la noción de “empleado público” o “funcionario público”, o de los órganos públicos para los que ha de trabajar una persona a fin de que se la considere funcionario público. Es interesante que algunos países del primer grupo también utilizan listas exhaustivas de instituciones o de los empleados de estas que pueden ser enjuiciados por delitos de corrupción; dichas listas han sido concebidas para complementar la definición funcional empleada en relación con delitos cometidos durante el ejercicio de funciones públicas. Ese método parece ofrecer más garantías de que queden incluidas todas las categorías posibles de personas, como lo prevé la Convención. Sin embargo, utilizar solamente listas de cargos o titulares de cargos tal vez no

sea adecuado. Los Estados partes deberían examinar la posibilidad de definir el término “funcionario público” mencionando para ello al menos algunos criterios generales que distingan a las personas en cuestión (por ejemplo, el carácter de sus funciones o el procedimiento de nombramiento aplicable), sin recurrir exclusivamente a una enumeración exhaustiva, ya que esto último entraña el peligro de que algunas categorías de personas que desempeñan funciones públicas o que prestan servicios públicos no queden comprendidas en esa definición.

Por último, algunos Estados partes no establecen distinción alguna entre funcionarios públicos y empleados privados a efectos de los delitos de corrupción. Entre ellos, unos pocos tienen leyes en que se utilizan los términos “oficial” o “funcionario” (*personne chargée d'une fonction*) para abarcar a funcionarios públicos, así como a gerentes y empleados o representantes del sector privado, o en que se hace referencia a cualquiera que esté empleado o desempeñe una función, en cuyo caso una función puede derivarse de cualquier tipo de acuerdo, contrato, elección, obligación o mandato. En al menos otros ocho Estados partes, la ley, siguiendo un concepto tradicional de las jurisdicciones de *common law*, utiliza el término “agente” para designar a todas las personas empleadas por un tercero o que actúan para él, en cualquier calidad que sea. No obstante, en algunos de esos casos parece que se emplean también otros términos, como “empleado público”, “funcionario público”, “oficial público” y “oficial de un órgano público”, a efectos de los delitos de soborno y otros delitos relacionados con la corrupción, situación que suscita preocupaciones acerca de una utilización potencialmente no sistemática de la terminología y que normalmente ha dado lugar a la formulación de recomendaciones para subsanar ese problema.

En una versión más avanzada del concepto uniforme mencionado anteriormente, otros Estados partes prescinden de la necesidad de una definición de funcionario público mediante la inclusión en su legislación de cualquier persona que reciba un beneficio indebido en relación con un puesto, cargo o comisión o en relación con la obtención de un bien de interés general. En un caso, los términos “puesto, cargo o comisión” tienen un gran alcance y comprenden cualquier tipo de empleo, cargo o comisión para empleadores y clientes públicos o privados, con inclusión de las personas que ocupan cargos políticos, puestos en consejos o cargos honorarios, titulares de cargos en asociaciones, sindicatos y organizaciones, miembros del parlamento, de los consejos locales y otros representantes elegidos, así como jueces y árbitros. En otro caso, un “bien de interés general” se define como un interés que trasciende el marco de los derechos e intereses individuales de las personas y es importante para la sociedad. Partiendo de ese concepto, el delito de cometer un soborno no depende de la constatación de que la persona que recibe el soborno actúe en calidad de funcionario público, aunque se señaló que se puede aplicar una sanción más elevada cuando se constate que el infractor trata de sobornar o efectivamente soborna a una persona que actúa en calidad de funcionario público.

Análogamente, en otra jurisdicción los receptores ilícitos se definen, al margen de que ocupen o no una posición en el sector público o en el privado, sobre la base de la función o actividad con la que guarde relación el soborno. Entre las funciones o actividades a las que se aplican las normas relativas a esos delitos figuran las que son de carácter público, las que están relacionadas con una empresa, o las que se desempeñan en el curso del empleo de una persona o por un grupo de personas o en su nombre, en la medida en que la persona que cumpla la función o actividad tenga que cumplirla de buena fe, tenga que cumplirla con imparcialidad o se encuentre en una posición de confianza por el hecho de cumplirla. Aunque esas descripciones genéricas de los criterios que han de cumplirse para satisfacer la norma funcional relativa al receptor del soborno son poco habituales, se comprobó que abarcaban todos los casos previstos en la Convención.

En un número considerable de Estados partes (aproximadamente una quinta parte de los examinados) se comprobó que la legislación pertinente no abarcaba de forma definitiva todas las categorías de personas enumeradas en la Convención (como ministros gubernamentales, funcionarios judiciales, funcionarios públicos de rango inferior y empleados públicos no remunerados), o que en ella se utilizaban términos incongruentes para definir las categorías de los funcionarios abarcados. Por mencionar solamente algunos ejemplos, en un caso se afirmó que el término “funcionario público” utilizado en la legislación relativa a los delitos de soborno se refería a “una persona que trabaja para el Estado”, sin más aclaración, mientras que en otro caso se utilizaban los términos “funcionario” y “funcionario responsable” sin establecer claramente la relación entre ambos. Con respecto al delito de abuso de funciones en particular, se observó que en una jurisdicción los enjuiciamientos solían finalizar con sentencias absolutorias. Esto se debía a la práctica judicial establecida de eximir de responsabilidad a una amplia gama de personas que no se consideraban funcionarios, lo que indicaba la necesidad de establecer un nuevo enfoque de derecho penal.

En ese contexto, se aconseja a los Estados partes que eviten definiciones múltiples o coincidentes con contenidos divergentes que figuren en distintos instrumentos legislativos (por ejemplo, el código penal y una ley especial contra la corrupción), ya que pueden crear problemas de coherencia y dudas acerca de los términos aplicables. En esos casos podría ser útil armonizar las diversas definiciones de “funcionario público” y formular una basada en la función de la persona, que se aplicaría de forma general en todas las leyes penales de lucha contra la corrupción.

### *Miembros del poder judicial*

No todos los Estados partes consideran que los miembros del poder judicial ocupan una posición igual o equivalente a la de un funcionario público ordinario. Así pues, en algunos casos existen normas distintas relativas a los delitos de corrupción únicamente aplicables a los jueces, fiscales, miembros de jurados, árbitros y otras personas vinculadas al proceso judicial (a veces incluso se incluye a los agentes de policía), y normalmente (aunque no en todas las circunstancias) estas prevén sanciones más elevadas que en el caso de los delitos de corrupción generales. Aunque esa práctica refleja en principio la posición predominante que ha ocupado históricamente el soborno de jueces (especialmente su versión pasiva) como objeto de la legislación penal en ese ámbito, no va en contra de los requisitos de la Convención. No obstante, cabe proceder con cautela: dado que el artículo 2, apartado *a*), se refiere específicamente a toda persona que ocupe un cargo judicial, al tipificar esos delitos especiales se deben incluir todos los elementos de los delitos previstos en la Convención, como en el caso de los delitos en que estén implicados otros funcionarios públicos. Así pues, las normas relativas al delito de soborno no deben limitarse a tipificar actos u omisiones concretos en el ejercicio de funciones judiciales (por ejemplo, decidir un caso de una forma u otra, pronunciar, retrasar u omitir un fallo o condena en relación con un caso sometido a juicio, etc.) sin referirse a otras funciones oficiales.

Igualmente, cabe considerar aceptable la práctica similar de algunos Estados partes de incluir a los miembros del poder judicial (u otras categorías equivalentes de empleados públicos, como los miembros del organismo nacional de lucha contra la corrupción) en la definición general de “funcionario público” y aplicarles las normas relativas a los delitos básicos de corrupción, pero de contar además con delitos distintos, por ejemplo, en el caso agravado de un juez que reciba un soborno relativo al fallo que pronuncie en relación con un caso que le haya sido sometido, o con miras a obtener un fallo condenatorio. Además, todos los tipos

penales relacionados con la corrupción previstos en la Convención deben ser aplicables a estos grupos de personas.

### *Parlamentarios*

Una de las características de la Convención, que la distingue de todos los demás instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, e incluso puede que haya llegado a retrasar su ratificación por algunos países, es el hecho de que sitúa a los parlamentarios en el mismo nivel que otros funcionarios públicos a efectos de la penalización. De conformidad con el artículo 2, apartado a), el término “funcionario público” abarca a toda persona que ocupe un cargo legislativo de un Estado parte, ya sea designado o elegido. Esa obligación no se cumple en todos los Estados partes. Aunque en algunos casos sigue sin estar claro el grado en que queda comprendida esa categoría de personas, en el caso de al menos cinco países se reconoció más o menos que no se consideraba funcionarios públicos a los miembros de la rama legislativa, ni en general a quienes ocuparan cargos electivos, o que no quedaban comprendidos inmediatamente en la definición pertinente, lo que limitaba la aplicación de las normas relativas a varios delitos de corrupción, entre ellos, principalmente, el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros y el abuso de funciones. Como consecuencia de ello se formularon recomendaciones para ampliar el alcance de las definiciones correspondientes y prevenir sanciones apropiadas para delitos en los que estén implicados miembros del parlamento.

En algunas jurisdicciones, de forma parecida a la situación relativa a los miembros del poder judicial, el soborno de parlamentarios está reglamentado total o parcialmente por separado del que implique a “funcionarios públicos”. Así ocurría, por ejemplo, en dos de los Estados partes en que no se considera funcionarios públicos a los parlamentarios. También en este caso, como en el de los miembros del poder judicial, puede considerarse que la práctica pertinente está en conformidad con la Convención siempre que queden comprendidos todos los elementos de las disposiciones correspondientes de la Convención y el alcance del delito especial en que estén implicados parlamentarios no se limite a actos concretos. Por ejemplo, en uno de los Estados partes mencionados, las disposiciones pertinentes se aplican únicamente en los casos en que el beneficio tiene el propósito de inducir al miembro del parlamento a actuar en su mandato parlamentario de tal manera que un asunto que esté examinando o haya de examinar el parlamento se decida de determinada forma. Esto no abarca al parecer los casos en que el soborno tiene el propósito de lograr que el parlamentario actúe o se abstenga de actuar de otras formas que puedan implicar el ejercicio de los deberes de su mandato o que no entrañen un voto parlamentario, por ejemplo, durante el examen acerca de si una cuestión debe plantearse en el parlamento o en comisiones parlamentarias. Por lo tanto, se constató que los delitos especificados no llegaban a cumplir los requisitos de la Convención. El mismo caso se da en otro país, donde se hace referencia a los parlamentarios y miembros de los consejos municipales como posibles receptores de sobornos, junto con los funcionarios públicos “ordinarios”, pero únicamente en relación con actos contrarios a sus funciones. A diferencia de lo que sucede en el caso de los funcionarios públicos, en este no están comprendidos los actos relativos al desempeño de funciones oficiales que no sean contrarios a tales funciones. Por último, en la disposición sobre el soborno de parlamentarios de un país se establece que las donaciones a los partidos políticos no deben considerarse un beneficio indebido que pueda justificar la responsabilidad penal de esta categoría de receptores de sobornos.

### *Personal militar*

En casos poco frecuentes, también a los militares se aplican normas distintas en relación con los delitos de soborno, sin que ello haya causado al parecer ningún problema.

*Personas que desempeñan funciones públicas para empresas públicas*

No siempre está claro en qué medida las personas que desempeñan funciones públicas para empresas públicas pueden tener que responder de delitos de soborno y qué personas quedan comprendidas en esta categoría. En al menos dos Estados partes, esta categoría no se incluyó en la definición de “funcionario público”. Sin embargo, ese aspecto no se abordó en la mayoría de los exámenes. Algunos Estados otorgan importancia a la naturaleza de las funciones de la persona en cuestión, de conformidad con el artículo 2, apartado a) ii), de la Convención. Por ejemplo, en un país en que “funcionario público” se define como una persona que desempeña funciones públicas, la jurisprudencia nacional interpreta “función pública” en su sentido más amplio y puede incluir también a los empleados de las empresas públicas y las empresas a las que se hayan concedido licencias oficiales para prestar servicios públicos. Además, algunos Estados informaron de que habían ampliado la definición de funcionarios públicos, especialmente para la aplicación de las normas relativas a los delitos de soborno, a los empleados o funcionarios ejecutivos de todas las empresas y organizaciones de propiedad del Estado o controladas por el Estado, con independencia del carácter público de sus funciones.



## Capítulo I. Penalización

### A. Soborno en el sector público

#### 1. Soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15)

La tipificación de los delitos de soborno relacionados con el sector público nacional suele ser uno de los elementos básicos del derecho penal nacional. En consecuencia, todos los Estados partes han adoptado medidas para penalizar el soborno activo y pasivo de los funcionarios públicos nacionales, en la mayoría de los casos mucho antes de que entrara en vigor la Convención. No obstante, los Estados partes se han encontrado con varios problemas relativos a la penalización de estos delitos.

La gran mayoría de los Estados partes tienen tipos penales diferentes para el soborno activo y el pasivo, de conformidad con las disposiciones de la Convención. En casos aislados, el soborno activo se sanciona solamente como acto de participación (“incitación”) en el delito de soborno pasivo. Ese trato subsidiario del soborno activo, que refleja la opinión tradicional (tanto en los sistemas jurídicos de tradición romanista como en los de *common law*) de que la corrupción constituye principalmente una utilización indebida del poder o un delito vinculado a la exigencia de dinero mediante extorsión durante la administración de la autoridad pública (*crimen repetundarum* o *crimen extraordinarium concussionis* en derecho romano), se abandonó en gran medida durante el siglo XIX, aunque, como se indica más adelante en el capítulo II, sección A, muchos Estados todavía aplican sanciones más leves a las personas que ofrecen un soborno que a las que lo aceptan.

El delito de soborno activo en el sector público no constituye un *delictum proprium* (es decir, un delito que solo puede cometer una determinada categoría de personas), ya que en la Convención no se hace referencia a ninguna calidad específica de los posibles autores. Así pues, en dos jurisdicciones en que la ley prevé que el soborno activo solo pueden cometerlo “particulares” se detectó una deficiencia, en el sentido de que los actos cometidos por funcionarios públicos (en relación con otros funcionarios públicos) no están abarcados adecuadamente. Teniendo también en cuenta que otros tipos penales (como el tráfico de influencias o el abuso de autoridad) no ofrecían una solución satisfactoria, se formularon recomendaciones para que los Estados partes interesados modificaran su legislación a fin de reglamentar todos los casos de soborno activo por funcionarios públicos. Se encontró una deficiencia aún más grave en el caso contrario, observado en otro país, en el que no quedaba claro si las disposiciones sobre soborno podían utilizarse para penalizar el soborno activo cometido por particulares, lo que negaba por completo el sentido de la tipificación de los delitos de soborno.

A diferencia de lo que ocurre con el soborno activo, la tipificación del delito de soborno pasivo en el sector público presupone naturalmente que el autor es un funcionario público, según se define en el artículo 2, apartado a). Es interesante que en al menos nueve Estados partes la disposición correspondiente (y a menudo también la disposición correspondiente

sobre soborno activo) sea aplicable también a quien prevea ser nombrado, vaya a ser nombrado dentro de poco o tenga perspectivas de ser nombrado empleado público (por ejemplo, porque se le haya elegido o designado como tal aunque aún no ocupe su cargo) o a los candidatos a la función pública que hagan creer a otros que ya se encargan de esas tareas, de modo que se amplía el alcance del delito más allá de los requisitos mínimos de la Convención y se introduce un enfoque novedoso que constituye una buena práctica según algunos de los exámenes pertinentes. Cabe observar que, en algunos de esos casos, el receptor del soborno tiene que llegar a ser funcionario público después a fin de que se le considere responsable de la conducta en cuestión. Por último, en un Estado parte, las disposiciones sobre soborno también abarcan explícitamente a antiguos funcionarios públicos, en la medida en que se conceda o se ofrezca un regalo, una promesa o un servicio en respuesta a un servicio que el antiguo funcionario realizó u omitió realizar en la ejecución de sus funciones o en relación con ese servicio.

### *Conducta delictiva básica*

Las estructuras y la terminología utilizadas para establecer y describir la conducta ilícita básica al tipificar los delitos de soborno varían mucho de un Estado parte a otro. En cuanto a los métodos adoptados, la mayoría de los Estados partes, incluidos todos los países arraigados en el sistema de tradición romanista, o con una filiación por leve que sea a ese sistema, suelen seguir un patrón similar al adoptado en el artículo 15 de la Convención y facilitan descripciones de la conducta ilícita que tienen la finalidad de ser restrictivas y concisas. Por ejemplo, en un caso, la legislación pertinente y el artículo 15 son casi idénticos, lo que los examinadores consideraron una buena práctica.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La ley de un Estado parte contiene las siguientes disposiciones sobre los delitos de soborno activo y pasivo:

El funcionario público que solicite o acepte para sí mismo o un tercero una promesa o un regalo para realizar o abstenerse de realizar algunas de las actividades de su cargo será sancionado con pena de prisión por un período no superior a 10 años y una multa equivalente al doble del valor de lo que reciba o le sea prometido, a condición de que no sea inferior a [...]. La disposición del presente artículo se aplicará aunque la actividad prevista en el párrafo anterior no esté incluida en las actividades del cargo del receptor, pero este la asuma o estime así. Igualmente, la disposición del presente artículo se aplicará aunque el receptor tenga intención de no realizar la actividad o de abstenerse de realizarla.

La persona que ofrezca a un funcionario público —sin que este acepte su ofrecimiento— una promesa o una donación para realizar o abstenerse de realizar un acto en incumplimiento de las obligaciones de su cargo será sancionada con pena de prisión durante un período no superior a 5 años y una multa no superior a [...], o una u otra de ambas penas. Si la realización o la abstención de realizar tal acto fuera lícita, se impondrá una pena de prisión por un período no superior a 3 años y una multa no superior a [...], o una u otra de ambas penas.

En cambio, algunos países que se inclinan hacia una tradición jurídica de *common law* aplican definiciones que son más analíticas y exhaustivas.

### Ejemplo de la aplicación

La ley de un Estado parte contiene las siguientes disposiciones básicas sobre el soborno activo y el soborno pasivo:

- 1) Una persona es culpable de un delito si:
  - a) La persona deshonestamente:
    - i) Proporciona un beneficio a otra persona; o
    - ii) Hace que se proporcione un beneficio a otra persona; u
    - iii) Ofrece proporcionar, o promete proporcionar, un beneficio a otra persona; o
    - iv) Da lugar a que se haga a otra persona un ofrecimiento de proporcionar un beneficio o una promesa de proporcionar un beneficio; y
  - b) La persona lo hace con la intención de influir en un funcionario público (que puede ser la otra persona) en el ejercicio de las funciones del funcionario en calidad de funcionario público; y
  - c) El funcionario público es un funcionario público [...]; y
  - d) Las funciones son funciones en calidad de funcionario público [...].

#### **Pena**

Persona natural: 10 años de prisión y/o 10.000 unidades de multa.

Persona jurídica: 100.000 unidades de multa, o el triple del valor del beneficio obtenido de la conducta; o el 10% de la cifra de negocios anual de la persona jurídica durante el período de 12 meses en el que se cometió el delito si el tribunal no puede determinar el valor del beneficio obtenido.

- 2) Si se enjuicia un delito en relación con el párrafo 1), no es necesario demostrar que el acusado sabía:
  - a) Que el funcionario era un funcionario público [...]; o
  - b) Que las funciones eran funciones en calidad de funcionario público [...].
- 3) Un funcionario público [...] es culpable de un delito si:
  - a) El funcionario deshonestamente:
    - i) Solicita un beneficio para sí mismo u otra persona; o
    - ii) Recibe u obtiene un beneficio para sí mismo u otra persona; o
    - iii) Acepta recibir u obtener un beneficio para sí mismo u otra persona; y
  - b) El funcionario lo hace con la intención:
    - i) De que se influya en el ejercicio de las funciones del funcionario en calidad de funcionario público [...]; o
    - ii) De inducir, fomentar o sostener la creencia de que se influirá en el ejercicio de las funciones del funcionario en calidad de funcionario público [...].

#### **Pena**

Persona natural: 10 años de prisión y/o 10.000 unidades de multa.

### Ejemplo de la aplicación (*continuación*)

Persona jurídica: 100.000 unidades de multa, o el triple del valor del beneficio obtenido de la conducta; o el 10% de la cifra de negocios anual de la persona jurídica durante el período de 12 meses en el que se cometió el delito si el tribunal no puede determinar el valor del beneficio obtenido.

Cabe observar que, al parecer, el primer modelo está considerablemente más extendido y es el que siguen en principio varios países que tienen un sistema de *common law*, mientras que en varios otros Estados partes parecen existir delitos coincidentes y, en ocasiones, cada uno de ellos adopta un concepto diferente u observa un modelo distinto. En tales casos se recomendó por regla general que se considerase la unificación de las leyes relativas a la corrupción, lo que garantizaría la homogeneidad en la aplicación de las normas relativas a los delitos de soborno, eliminaría las dudas sobre su alcance y reduciría el riesgo de investigaciones por duplicado y conflictos de jurisdicción.

Es interesante que en algunos de los países de *common law* antes mencionados los artículos pertinentes del código penal (y, en general, todos los delitos tipificados en dicho código) se complementan con lo que se denominan “explicaciones” o “ilustraciones” de su aplicación en la práctica. Se trata de una característica poco usual que se podría adoptar, por ejemplo, en el informe explicativo de una ley, lo que se señaló como buena práctica, pues se estimó que era útil para aclarar el alcance de los delitos. Algunos países del Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico siguen una práctica similar. Esos países utilizan notas como comentario integral que acompaña al texto de algunas disposiciones de sus leyes penales.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte, el delito de soborno pasivo se complementa con explicaciones de sus elementos integrantes, como las siguientes:

Motivo o recompensa por realizar un acto: La persona que reciba una gratificación como motivo para hacer algo que no tiene intención de hacer, o como recompensa por hacer lo que no ha hecho, está comprendida en esta definición.

Más importancia reviste el hecho de que el delito va acompañado en el caso de que se trata de ilustraciones que aclaran con más detalle su ámbito de aplicación, como las siguientes:

- a) A, funcionario, obtiene de Z, banquero, un puesto en el banco de Z para el hermano de A como recompensa a A por decidir una causa a favor de Z. En este caso, A ha cometido el delito definido en el presente artículo.
- b) A, empleado público, induce a Z a creer erróneamente que la influencia de A en el Gobierno ha servido para obtener un título para Z y, por lo tanto, induce a Z a entregar a A dinero como recompensa por ese servicio. A ha cometido el delito definido en el presente artículo.

Ambos métodos de exponer la conducta delictiva mencionada pueden ser igualmente eficaces para cumplir las obligaciones emanadas de la Convención. Sin embargo, en un

número importante de casos parece que faltan por completo algunos de los elementos básicos de la conducta delictiva que figura en esas disposiciones (la promesa, el ofrecimiento o la concesión en lo que respecta al soborno activo; la solicitud o aceptación en lo que respecta al soborno pasivo). En particular, si bien es cierto que los elementos de “concesión” y “aceptación” raras veces plantean problemas, en un gran número de Estados partes no se contempla expresamente la promesa de un beneficio indebido (es decir, comprometerse a proporcionar o presentar la posibilidad de un beneficio de esa índole) o se contempla indirectamente —mediante interpretaciones doctrinales o de jurisprudencia— como preparativo o tentativa de cometer un delito, o en el marco de conceptos conexos (o intercambiables desde un punto de vista lingüístico), como el “ofrecimiento” de un soborno. Además, varios Estados han adoptado un enfoque “basado en la conducta”, en virtud del cual solamente se considera delito el intercambio real y no se contempla expresamente un ofrecimiento de soborno, aunque en la mayoría de esos casos el acto de ofrecimiento podía dar lugar a enjuiciamiento como tentativa o “intento fallido” de cometer el delito o “preparación” para su comisión. Por último, existen jurisdicciones en que el elemento de “solicitud” tampoco figura en la descripción del delito.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, se formularon numerosas recomendaciones en el sentido de que se procediera a realizar las modificaciones legislativas necesarias o, al menos, a elaborar directrices sobre prácticas judiciales, o de que se hiciera un seguimiento de la forma en que los tribunales interpretan las disposiciones pertinentes en el futuro. También se recomendó a un país que vigilara la coherencia de la aplicación futura y examinara la situación vigente en caso de desviaciones futuras, ya que en la legislación penal pertinente no se preveían los aspectos esenciales del delito de soborno (la promesa, el ofrecimiento o la concesión, indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en provecho de otra persona o entidad), aunque sí se incluían en directrices jurídicamente vinculantes que, al parecer, se aplicaban correctamente en la jurisprudencia.

Al evaluar la legislación nacional en lo que respecta a la redacción de las disposiciones aplicables se debería tener en cuenta el artículo 30, párrafo 9, de la Convención, en el que figura el principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a la Convención queda reservada al derecho interno de los Estados partes. Así pues, tal vez sea posible incluir algunos actos conexos mediante las disposiciones de la parte general del código penal nacional, por ejemplo, en relación con la preparación con miras a cometer un delito o la tentativa de cometer un delito, aunque quizás haya que estudiar más a fondo si ese enfoque puede sustituir a la plena tipificación como delito<sup>16</sup>. Además, se ha de ser consciente de que la utilización de disposiciones generales de esa clase plantea el peligro de que se apliquen sanciones considerablemente inferiores y el problema de que se apliquen sentencias dispares por transgresiones comparables. He ahí el motivo de que, en general, se considere mejor práctica la tipificación autónoma de las diferentes formas de conducta corrupta básica. Dicho lo anterior, las disposiciones sobre tentativa y preparación que se utilicen deben estar delimitadas claramente y no incluir limitaciones (por ejemplo, a reserva de la condición de que del acto se derive un peligro público) o formular excepciones (por ejemplo, en el caso de delitos de menor gravedad) que restrinjan la responsabilidad penal como se prevé en la Convención.

Los Estados partes deben velar ante todo por que ni en el caso del soborno activo ni en el del soborno pasivo se exija, ni en la legislación ni en la práctica, demostrar la existencia de un acuerdo corrupto entre el sobornador y el sobornado. El delito activo debe considerarse autónomo y no supeditado al acuerdo de la parte pasiva, de forma que el mero ofrecimiento

---

<sup>16</sup>Véase también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 197.

o concesión del beneficio indebido baste para atribuir responsabilidad penal al sobornador; la intención delictiva y la culpa del funcionario en cuanto sobornado no hacen al caso. Lo contrario también es cierto, ya que, de no ser así, determinar la culpa del autor del soborno pasivo, en particular si esa persona solicitó el soborno, prejuzgaría la del sobornador. Además, exigir la demostración de un acuerdo corrupto implícito fijaría la norma probatoria en un nivel irrazonablemente alto, dado que esos acuerdos raras veces se formalizan de forma tangible. Teóricamente, la única situación en que sería importante demostrar un acuerdo es cuando se enjuicia a un funcionario por haber hecho un trato (aceptar una solicitud o un ofrecimiento) pero el soborno aún no ha cambiado de manos. Sin embargo, en la práctica estas situaciones son bastante inhabituales porque los actos relacionados con la corrupción son por naturaleza clandestinos y difíciles de investigar. Cuando los casos se llevan a los tribunales, normalmente el beneficio indebido ya ha cambiado de manos.

A pesar de la opinión contraria de algunos examinadores, parece que la autonomía necesaria entre los delitos de soborno activo y pasivo existe incluso en casos en que el soborno activo solo se penaliza indirectamente por referencia al delito de soborno pasivo, en la medida en que no presupone la prueba de la conducta relativa a este último (es decir, que el soborno se acepte finalmente). El hecho de que la legislación pertinente resulte adecuada depende en gran medida de la formulación de las disposiciones en cuestión y de la forma en que se interpreten, y debe evaluarse cuidadosamente caso por caso. Por otro lado, la autonomía exigida no existiría al parecer en casos como los mencionados anteriormente, a saber, el de los Estados partes que sancionan el soborno activo solo como acto de participación (“incitación”) en el delito de soborno pasivo. En la medida en que la sanción de la incitación al soborno pasivo dependería de que se cometiera realmente el delito de soborno pasivo, es decir, de que el funcionario público aceptase, obtuviese, acordase aceptar o intentase obtener un beneficio indebido, el mero ofrecimiento de un soborno, sin que el funcionario se mostrara de acuerdo, quedaría fuera del alcance del derecho penal. A ese respecto, los Estados partes afectados no llegarían a cumplir los requisitos de la Convención.

Sin embargo, cabría señalar que en una de esas jurisdicciones concretas que dieron origen al presente comentario parece que la ley permite un criterio diferente. Los expertos gubernamentales que realizaron el examen no formularon observaciones sobre la práctica en cuestión. No obstante, la definición nacional de incitación incluye una explicación con arreglo a la cual “para que constituya el delito de incitación, no es necesario que el acto a que se ha incitado se cometa o que se cause el efecto necesario para constituir el delito”. Es decir, la ley sanciona no solo los actos participativos “habituales”, sino también la mera incitación (tentativa de instigación) de un delito, práctica que se ha observado también en otras jurisdicciones (véase la sección F, subsección 2). Según esta interpretación de la legislación nacional, no es necesario ningún acuerdo entre sobornadores y receptores ilícitos y las disposiciones nacionales son suficientes a los efectos de la Convención.

#### **Logros y buenas prácticas**

Un Estado, además de penalizar la conducta prevista en la Convención, ha integrado en el delito de soborno un concepto de “supervisión”, que atañe a los supervisores (tanto en la administración pública como en la empresa privada en cuyo beneficio redunda el soborno que se ofrece) que no impidan la comisión de delitos por las personas supervisadas.

### *Soborno indirecto*

En numerosos casos se constataron lagunas en cuanto a la penalización del soborno indirecto con participación de intermediarios. Debe quedar claro que, con arreglo a la Convención, no es necesario que el sobornador entregue el beneficio indebido directamente al funcionario público. Análogamente, la promesa de un beneficio de esa índole no tiene que guardar relación con un regalo o un servicio que ha de prestar el autor en persona. También puede entrañar un entendimiento de que, si el funcionario público realiza o deja de realizar un determinado acto, recibirá algo de un tercero o a través de él.

En cuanto a los métodos utilizados para cumplir esos requisitos, la mayoría de los países prevén expresamente la ejecución de la conducta prohibida a través de un intermediario, mientras que otros sostienen que abarcan el soborno indirecto mediante las disposiciones sobre participación o la definición de autores (quienes realizan el hecho por sí solos o por medio de otro del que se sirven como instrumento) en la parte general de su código penal. En varios Estados que carecen de disposiciones explícitas también se hizo referencia a las labores preparatorias de la legislación pertinente, o a decisiones o resoluciones de sus tribunales supremos que proporcionaban orientación sobre esta cuestión e indicaban que el soborno también podía ser cometido indirectamente por conducto de un intermediario. Esos argumentos fueron mayormente aceptados como válidos y se consideró que los países en cuestión cumplían la disposición objeto de examen, en la medida en que esas referencias generales eliminaban todos los obstáculos para enjuiciar delitos de soborno con participación de intermediarios. En cambio, en un país en cuya legislación no se distingue entre los actos de soborno cometidos directa o indirectamente, aunque ambos actos están claramente definidos en relación con el delito de tráfico de influencias, se recomendó supervisar la aplicación de las disposiciones sobre soborno para garantizar que los casos de soborno indirecto quedasen comprendidos igualmente en el futuro.

En un caso poco habitual, el código penal de un Estado parte tipifica específicamente como delito autónomo la conducta de un intermediario en los casos en que se le entrega un soborno y no lo transmite al destinatario. Se consideró que la disposición sobre este delito adicional era anticuada y redundante. Se recomendó, por lo tanto, que el Estado parte en cuestión se replantease la utilidad de mantenerla y estudiase la posibilidad de incluir en las disposiciones sobre soborno, de forma expresa, la frase “directa o indirectamente”. Lo mismo se recomendó a otro Estado que prevé el castigo de los intermediarios en una disposición independiente. No obstante, al parecer esas prácticas legislativas pueden abarcar perfectamente el soborno indirecto y no pueden rechazarse de plano, como lo confirmó el ejemplo de otros Estados partes en que la existencia de disposiciones independientes o delitos autónomos sobre “intermediación en el soborno” se consideraba compatible con los requisitos de la Convención, o incluso una buena práctica y una medida que facilitaba la lucha contra la corrupción.

### *Alcance del beneficio indebido*

En la Convención, el término “beneficio” ha sido concebido para que se aplique con la mayor amplitud posible y que abarque también casos en que se ofrecen bienes incorpóreos o beneficios no pecuniarios (por ejemplo, puestos y títulos honoríficos, trato preferente o favores sexuales), en la medida en que creen o puedan crear en el receptor el sentido de una obligación frente al proveedor. En muchos casos, los Estados partes utilizan términos similares o comparables sumados a definiciones amplias o que permiten interpretaciones amplias (como “toda gratificación”, “todo regalo o contraprestación” o “regalo o cualquier otra ganancia”), que reflejan el espíritu de la Convención e incluso se han calificado como buena práctica.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, la ley sobre el soborno contenía una definición muy amplia del concepto de “beneficio indebido”, que se definía como “regalos o cualquier otra ganancia”, en el sentido de dinero, todo tipo de objeto (con independencia de su valor), y un derecho o servicio que no entrañara la exigencia de retribución u otra contraprestación, que indujeran o pudieran inducir en su destinatario a considerar que había contraído una obligación respecto de quien los ofreciera. Se señaló que incluso el dinero o los objetos de cuantía o valor mínimos podían considerarse regalos y, como tales, eran elementos constitutivos del delito.

En otro Estado parte se establecía la siguiente definición: “Se considerará una promesa o donación todo beneficio —obtenido por el receptor o la persona por él nombrada con ese fin o conocida y aceptada por él— de cualquier descripción o clase, sea o no de carácter pecuniario”.

Sin embargo, este requisito ha planteado un problema en un número considerable de Estados partes. En algunos de esos casos, la disposición sobre el soborno de funcionarios públicos nacionales exige el pago de dinero en efectivo o la transferencia de bienes, o bien un elemento de beneficio económico o material, lo que se interpretó que abarcaba únicamente dinero y beneficios sujetos a alguna forma de valoración pecuniaria y no cualquier otro beneficio indebido. Se observó un problema similar en los Estados que siguen un enfoque “basado en el valor” en su jurisprudencia nacional; en esos casos, el soborno solo se sanciona cuando entraña beneficios materiales, como dinero, valores, bienes materiales, servicios relacionados con bienes que aunque normalmente exigen un pago se ofrecen gratuitamente, y privilegios relacionados con bienes. En otros países no estaba claro si la frase “todo objeto de valor” contenida en la legislación nacional incluye bienes incorpóreos y abarca adecuadamente, por lo tanto, los beneficios indebidos, o si la jurisprudencia podría interpretar que los términos “regalo” y “beneficio” o “recompensa” excluyen los beneficios no cuantificables. Por último, entre otros ejemplos de ambigüedades figuran el de un Estado parte en que se utiliza terminología mezclada y otro en que el sentido de “soborno” utilizado en la tipificación del delito de soborno de funcionarios públicos no está claro y existe incertidumbre acerca de si se corresponde con el término “beneficio ilícito” utilizado en el delito de soborno de empleados del sector privado. En todos los casos citados se formularon recomendaciones para ampliar el alcance de las disposiciones aplicables o asegurar que la legislación nacional se interpretase de manera que incluyera los beneficios de carácter no material. La jurisprudencia ambivalente o imprecisa no se considera satisfactoria. Los Estados partes deberían procurar establecer certidumbre, claridad y uniformidad en las definiciones contenidas en las normas relativas a los delitos de soborno y resolver posibles problemas de incoherencia en la forma en que se interpretan internamente esas definiciones, en lo que atañe tanto a la legislación como a la aplicación de las leyes penales.

El hecho de que los beneficios implicados en una transacción corrupta superen un valor monetario determinado constituye una circunstancia agravante en algunas jurisdicciones, aunque no pueda considerarse siempre como indicación válida de la gravedad del delito. Por otro lado, la legislación de un Estado parte contiene una exención *de minimis* al penalizar solo los beneficios que no sean meramente menores. En otro país, la legislación contiene una limitación específica en el caso de todos los actos de soborno que se encuentren por debajo de una determinada cantidad límite; en ese caso solo se sanciona al autor si el acto causa “consecuencias graves” o se trata de infracciones repetidas. Aunque esas disposiciones



posiblemente tengan por objeto excluir los beneficios socialmente “adecuados”, como se examina a continuación, cabe abordarlas con cautela ya que dejan margen para considerar justificables y aceptables todos los ofrecimientos de pequeños beneficios, con independencia de su motivación. Una cosa es prohibir todos los beneficios por encima de un determinado límite, dejando cierta flexibilidad para los regalos que no lo superen, y otra muy distinta permitir todos los beneficios por debajo de un determinado límite, exigiendo el cumplimiento de otras condiciones para que sean punibles.

### *Beneficios socialmente “adecuados”*

En relativamente pocas jurisdicciones se hace referencia explícita al carácter indebido de los beneficios que se ofrecen, o se utilizan expresiones similares para describirlos (“injustificados”, “ilícitos”, “ilegales”, “sin derecho”, etc.). La mayoría de los Estados partes no utilizan ningún atributo de ese tipo. No obstante, en muchos casos se confirmó durante el examen que, al margen de que en la ley no figure el término “indebido”, los regalos genuinos de poco valor o simbólicos están exentos de responsabilidad penal.

Si bien es cierto que en un Estado se planteó la propuesta de eliminar esa exención y prohibir la aceptación de cualquier regalo o muestra de agradecimiento, a fin de evitar problemas de interpretación sobre valores y cantidades aceptables, y que en la legislación de otro Estado efectivamente se prohíbe que un funcionario público reciba regalos por desempeñar sus funciones oficiales y se desestiman las pruebas de que gratificaciones de ese tipo sean costumbre en una profesión, oficio, vocación o dedicación o en ocasiones sociales, debe considerarse que la distinción explícita o implícita entre regalos auténticos y beneficios indebidos está en conformidad con la Convención. Su aplicación en la práctica puede facilitarse mediante reglas y directrices administrativas claras sobre los objetos que puede recibir un funcionario público sin incumplir sus funciones o menoscabar la autoridad de su cargo, mediante un sistema diseñado para que los funcionarios públicos dejen constancia de los regalos que reciban, así como mediante instrucciones claras sobre los factores que deben tener en cuenta los fiscales al determinar, caso por caso, si un regalo entraña sanción y si una acusación penal es oportuna o no. A este respecto, las distinciones legales inflexibles basadas en el valor monetario del regalo deben tratarse con cautela, por una parte, porque podrían ser sobrepasadas fácilmente por las realidades sociales en constante evolución acerca del valor que se consideraría apropiado en un caso concreto, y, por otra, porque podrían tener el efecto indeseable de que los regalos que entrañen beneficios relativamente pequeños para el empleado público, pero sean entregados por actos oficiales que deben considerarse ciertamente reprobables, quedarían, por definición, fuera del alcance de las disposiciones penales.

#### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado parte, los funcionarios públicos pueden recibir un regalo de poco valor de una persona que esté agradecida por el trato que ha recibido o que espera recibir. No existen disposiciones generales que rijan la recepción de regalos, aunque se ha recomendado prohibir todos los regalos por un valor superior a un cierto límite (aproximadamente 200 dólares de los Estados Unidos).

En otro Estado parte, la ley utiliza el término “indebido” y amplía su significado, aclarando que no se refiere a beneficios que están permitidos de conformidad con los reglamentos sobre el desempeño de funciones oficiales, o a beneficios insignificantes

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

que son una práctica social común y que no representan un riesgo de dependencia o de influencia inaceptable respecto del funcionario público en cuestión. Cabe citar como ejemplos los regalos de Navidad, como calendarios o plumas estilográficas, o una invitación para ir al circo. Sin embargo, el “límite de tolerancia” en esa jurisdicción concreta es bajo: cinco invitaciones a una comida y el ofrecimiento de varias bebidas se consideran beneficios que no son aceptables socialmente. Igualmente, el hecho de que un conductor ofrezca una suma insignificante de dinero a un policía para que este se abstenga de registrar una infracción de tráfico que haya cometido se considera inaceptable, ya que con ello se pretende alentar al funcionario público a adoptar una conducta que supone un incumplimiento de sus funciones.

Las disposiciones sobre soborno de otro país incluyen el calificativo “indebido”, aunque no en relación con los beneficios ofrecidos por realizar o abstenerse de realizar un acto oficial en incumplimiento de los deberes del funcionario, puesto que esos beneficios nunca se considerarían socialmente “adecuados”.

Cuando el soborno tenga por objeto influir en la actividad de un funcionario público sin que suponga incumplimiento del deber correspondiente, no se consideran “indebidos” los siguientes beneficios:

- a) Los beneficios cuya aceptación esté permitida expresamente por la ley, o que se otorguen en el marco de actos a los que se asista por interés oficial u objetivo;
- b) Los beneficios con fines benéficos, en cuyo uso el funcionario no ejerza ninguna influencia;
- c) Si no existen leyes en el sentido del apartado a), beneficios de escaso valor concedidos con arreglo a las costumbres locales, a menos que el acto se cometa a escala profesional.

Por último, un Estado parte ofrece la siguiente definición de “regalo informal”:

La hospitalidad convencional en una escala modesta o el regalo no solicitado de escaso valor ofrecidos a una persona en reconocimiento o agradecimiento de sus servicios, o como gesto de buena voluntad, incluido todo regalo estacional poco costoso ofrecido por entidades públicas o privadas o por particulares al personal o a los asociados en ocasiones festivas u otras ocasiones especiales, que no esté en forma alguna relacionado con el cumplimiento de las funciones oficiales de una persona de manera que constituya delito.

Asimismo, debe quedar claro que la excepción de los beneficios socialmente “adecuados” no debe preverse en una norma explícita enunciada de forma tan general que pueda dar lugar a un vacío que justifique casos graves de corrupción.

### *Beneficios para terceros*

Con arreglo al artículo 15, los Estados partes están obligados a prohibir la entrega de un regalo, concesión u otro beneficio a una persona o entidad distinta del funcionario público, como un familiar o una organización política, o que redunden en provecho de esas personas o entidades. El tercero también puede incurrir en responsabilidad penal por su participación, por ejemplo, como cómplice, en la comisión del delito.

### Logros y buenas prácticas

En las disposiciones sobre soborno de un Estado parte se prevé de manera independiente el castigo de todo tercero que obtenga un beneficio indebido como resultado del soborno del infractor principal, lo que se consideró un instrumento útil para detener esa conducta.

No obstante, en un considerable número de países existen lagunas en relación con la inclusión de beneficios para terceros: en algunas jurisdicciones, las disposiciones por las que se tipifica como delito el soborno con la finalidad específica de lograr que se realicen actos no contrarios a las responsabilidades de los funcionarios públicos nacionales no comprenden todos los casos de beneficios indebidos percibidos por terceros. En varios otros casos no estaba claro si la frase “en provecho propio o de cualquier otra persona” también incluía a todas las demás entidades, como se prevé en la Convención, y especialmente a los partidos políticos. Por último, y sobre todo, en aproximadamente un tercio de los Estados partes se describe la conducta de soborno activo o pasivo sin especificarse si la gratificación es para el propio agente o para otra persona o entidad. En algunos de esos casos, especialmente cuando existe el respaldo de la jurisprudencia nacional pertinente o de los trabajos preparatorios de la legislación pertinente, podría argumentarse que los beneficios para terceros están incluidos automáticamente o cumplen la misma función que los beneficios indebidos en provecho personal, ya que no se menciona la finalidad del soborno. No obstante, especialmente en los casos en que no hay respaldo de dicho argumento, se recomendó que se eliminara todo motivo de ambigüedad y se armonizaran todas las disposiciones pertinentes a fin de garantizar su aplicación sistemática.

Se constató esa necesidad, por ejemplo, cuando en la descripción del delito de soborno no está presente el elemento de un tercero beneficiario pero se prevé en otras partes de la legislación (por ejemplo, en la descripción del delito de tráfico de influencias), así como cuando existe una referencia específica a un tercero beneficiario en la disposición sobre soborno pasivo, pero no en la relativa al soborno activo. Con respecto a este último caso, las autoridades nacionales de un Estado argumentaron, en virtud de una teoría de disposiciones equivalentes, que cabía considerar que las disposiciones sobre el delito de soborno activo también contenían implícitamente el elemento de terceros beneficiarios. No obstante, aparte del importante aspecto de que la jurisprudencia presentada no estaba enteramente clara sobre ese particular, el razonamiento de las autoridades parecía permitir, por analogía, la aplicación en un caso de soborno activo de otra disposición sobre la forma pasiva de tal soborno, en detrimento del acusado, lo que parecía ser problemático desde un punto de vista jurídico (*nulla poena sine lege*). Además, esa interpretación podría no ser suficiente en casos de procesos paralelos por soborno tanto activo como pasivo en los que se cierra el proceso penal por soborno pasivo (por cualquier motivo, como el fallecimiento del acusado) pero el proceso penal por soborno activo continúa.

Se aconseja prudencia en cuanto a la distinción entre soborno indirecto (que implica el soborno realizado a través de intermediarios) y los beneficios percibidos por terceros (que implican los beneficios indebidos ofrecidos en provecho de otra persona o entidad). Los examinadores observaron que, en ocasiones, la diferencia no estaba clara, lo que daba lugar a confusión e incertidumbre acerca de las normas aplicables.

### *Acción u omisión del receptor*

La Convención exige explícitamente que la conducta prohibida incluya los actos destinados a obtener no solo las acciones, sino también las omisiones del funcionario público de que se

trate. La mayoría de los Estados partes han seguido esta norma al incluir expresamente los casos en que el funcionario se abstiene de actuar o al adoptar frases (por ejemplo, “cómo se comporta el funcionario público en el cargo” y “con intención de influir en un funcionario público”) que pueden interpretarse claramente en el mismo sentido. Solo en casos aislados no se hace referencia a la abstención de actuar por parte de los funcionarios públicos. En un Estado, las disposiciones sobre el soborno activo abarcan únicamente la abstención de actuar, y no la actuación, de un funcionario público.

De conformidad con la Convención, la comisión del delito de soborno no debe depender de que la acción u omisión del funcionario público se haya materializado de la forma prevista. Debería ser suficiente el mero ofrecimiento, promesa, aceptación de la promesa, recepción, etc., de los beneficios. De hecho, la mayoría de los Estados partes, cuando no todos, se han adherido a ese principio. Es interesante que en un Estado parte la ley prevé una pena más elevada para el funcionario público si este procede a realizar la acción planeada. No obstante, en el mismo Estado, la disposición sobre el delito de soborno activo no hace referencia general a una acción u omisión del receptor, sino que se limita solamente a los casos en que una persona ofrece un soborno por el que “se solicita una injusticia, se compra un voto, o se trata de lograr o asegurar mediante corrupción el resultado de cualquier pretensión”.

#### *Pagos ex post facto*

En varias jurisdicciones es delito conceder o aceptar un beneficio indebido, incluso si ese hecho se produce después de que el funcionario público haya realizado (u omitido realizar) un acto, como recompensa o muestra de gratitud (recompensas sucesivas o soborno *a posteriori*). Esta norma va más allá de los requisitos del artículo 15, que se refiere a los sobornos ofrecidos como aliciente para futuras acciones u omisiones del receptor (“con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar”), y puede facilitar el enjuiciamiento en los casos de reincidencia o cuando se ha acordado que el pago del soborno se efectúe tras la realización o no realización de un acto oficial y a la fiscalía le resulte difícil demostrar la existencia de tal acuerdo previo. Además, se señaló como buena práctica el hecho de que en algunos países se considere específicamente delito que los funcionarios públicos reciban una recompensa por el desempeño de su labor.

Siguiendo la misma línea, las leyes de dos Estados del Grupo de los Estados de África no sancionan los sobornos *ex post facto* en sí mismos, sino que los utilizan para establecer una presunción refutable, en el sentido de que consideran la aceptación o el ofrecimiento de una contraprestación valiosa por razón de una acción oficial realizada previamente como prueba de que ya se ha producido un acto de corrupción.

#### *En el ejercicio de funciones oficiales*

La Convención se refiere a acciones u omisiones del receptor “en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La mayoría de los Estados partes utilizan los mismos términos, o términos que se estimaron equivalentes, como “en relación con sus funciones”, “con respecto a las responsabilidades de su cargo” o “inherentes a sus funciones oficiales”. Además, en algunos casos, la ley contiene delitos especiales o disposiciones distintas (a menudo con penas más duras) que se ocupan de situaciones específicas, como el soborno destinado a ayudar o impedir que otra persona realice transacciones comerciales con el Estado, el soborno en relación con la promoción, administración, ejecución u obtención de un contrato con un órgano público o el soborno que afecte a la integridad de sistemas públicos comerciales de apuestas en relación con deportes y otros eventos y concursos. Una posible limitación concierne a los países de

*common law* que basan la tipificación de sus delitos de soborno en la relación entre el autor de la infracción y el agente e incluyen acciones u omisiones en relación con los asuntos o negocios del autor de la infracción. Esa redacción no se consideró plenamente satisfactoria a los efectos de la Convención, aunque sus consecuencias concretas en la práctica siguen siendo poco claras y tal vez justifiquen un examen más a fondo.

El artículo 15 no se extiende al ofrecimiento o aceptación de beneficios para la realización por el receptor de un acto ajeno al marco general de actividades oficiales, en calidad distinta de la de funcionario público (por ejemplo, pronunciar un dictamen a título privado). En realidad, pocos países (por no decir ninguno) parecen haber penalizado ese comportamiento. Igualmente, la Convención no obliga a los Estados partes a incluir en sus disposiciones sobre soborno los beneficios concebidos para inducir a un funcionario a realizar un acto distinto de los comprendidos en el alcance de sus responsabilidades oficiales, pero que tiene, no obstante, la oportunidad de realizar como consecuencia de sus funciones oficiales. En un caso se expresó una opinión diferente y se planteó la cuestión de si la no penalización del soborno por esos actos está en plena conformidad con el artículo 15, considerando que ese artículo exige la penalización de los actos del funcionario público, si los comete “en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, al margen de que estén comprendidos o no en el ámbito de competencia del funcionario público. Sin embargo, la Convención no se refiere en general a las transacciones corruptas que tienen lugar mientras el funcionario ejerce sus funciones, sino a sobornos dirigidos a acciones u omisiones del funcionario en el ejercicio de sus funciones concretas, es decir, acciones u omisiones que corresponden a la competencia del funcionario o su mandato legal.

Con independencia de ello, es sumamente útil a fin de facilitar un enjuiciamiento satisfactorio y eficaz elaborar jurisprudencia coherente acerca de si es necesario que las actuaciones de un funcionario público entren en el ámbito de sus funciones y facultades o si basta que esas funciones le hayan permitido realizar el acto deseado. Además, en aquellos casos en que la ley nacional parecía incluir esta última situación, o medidas que se hubieran propuesto a esos efectos, se señaló a menudo que ello podía considerarse un logro o una buena práctica a efectos de la Convención. Corrobora esa opinión el hecho de que se pueda considerar que parte del comportamiento objetable está comprendido en el marco de los requisitos facultativos del artículo 18 de la Convención.

#### **Logros y buenas prácticas**

En el código penal de un Estado se penaliza el soborno activo y pasivo en relación con la acción u omisión legal o ilegal de un funcionario público en el ámbito de su autoridad. Sin embargo, las autoridades nacionales informaron de que en el nuevo código penal se penalizaban explícitamente los actos y las omisiones que ocurrían no solo dentro sino también fuera del ámbito de autoridad de los funcionarios públicos. Se estimó que eso contribuía a asegurar el cumplimiento del artículo 15 de la Convención.

En la jurisprudencia de otro país se ha establecido una presunción de hecho según la cual, cuando un funcionario público recibe un beneficio de una persona con la que mantiene una relación profesional o un vínculo oficial, se considera que ese beneficio se concede por un acto relacionado con su función como funcionario público.

Por otra parte, debe quedar claro que la legislación que solamente se ocupe de pagos para inducir a realizar actos ajenos a las responsabilidades de un funcionario no basta a efectos

de la Convención. En el ejemplo atípico de un Estado parte, la concesión de un beneficio o el pago de dinero a un funcionario público por realizar actos que están comprendidos en sus responsabilidades oficiales no se consideran soborno; actualmente, la fiscalía desestima esos casos. Esa práctica elude el comportamiento previsto en el artículo 15 de la Convención y se dirige a un grupo totalmente diferente de casos, pasando completamente por alto el sentido de la tipificación de los delitos de soborno. Se recomendó, por lo tanto, que se añadieran a la legislación pertinente los actos de pago o percepción de un soborno para influir en el ejercicio de una función oficial.

En un gran número de Estados partes, en su mayoría de tradición romanista, se establecía una distinción, en algunos casos de forma más explícita que en otros, entre una gratificación (para acelerar o facilitar un procedimiento administrativo que por lo demás fuera lícito —de ahí también el término de uso común “pagos con fines de facilitación”, que no está incluido en la Convención) y un soborno en sentido estricto (cuya finalidad prevista sea inducir al funcionario a que actúe en incumplimiento de su deber u obligación), y se sancionaba la aceptación o concesión de este último con una pena más grave. Algunos expertos gubernamentales expresaron reservas respecto de esa distinción e incluso formularon recomendaciones para que se aboliera o para armonizar las sanciones aplicables, puesto que en la Convención no se prevé tal distinción. En cambio, en la mayoría de los exámenes no se planteó esa cuestión e incluso en dos casos se consideró que era un problema que en la legislación nacional no se aludiera expresamente a los actos contrarios a los deberes del funcionario (además de los actos realizados en el ejercicio de esas funciones) o que en el nuevo código penal, a diferencia del anterior, no se distinguiera entre la recepción de un soborno y la percepción de un beneficio indebido. De hecho, considerar que un soborno concebido para inducir al incumplimiento del deber constituye una circunstancia agravante es un rasgo relativamente común del sistema de derecho penal de los países de tradición jurídica romanista, y cabe considerar que está en conformidad con los requisitos de la Convención, siempre que no suponga de alguna forma una especie de aprobación de los denominados “pagos con fines de facilitación”.

Otra cosa es que la ley nacional abarque únicamente los sobornos y deje los “pagos con fines de facilitación” fuera del ámbito de la responsabilidad penal, o que las disposiciones sobre los sobornos destinados a obtener la realización de actos que no sean contrarios a las obligaciones de los funcionarios públicos carezcan de alcance (por ejemplo, por no incluir los beneficios otorgados a favor de terceros o los actos realizados por determinadas categorías de funcionarios públicos, como los parlamentarios o miembros de consejos municipales). También es otra cosa que el delito incluya otros requisitos objetivos, por ejemplo, causar perjuicio a los intereses del Estado y la sociedad o a los derechos e intereses de los ciudadanos o actuar, abstenerse de actuar o demorarse en actuar “indebidamente” en el cumplimiento de sus funciones oficiales, lo que puede limitar su aplicación en caso de que no exista incumplimiento del deber. En esos casos, el Estado parte evidentemente está lejos de cumplir los requisitos de la Convención.

### *Corrupción de inversión*

Algunos Estados partes van más allá de los requisitos mínimos de la Convención e incluyen también (a menudo con penas más leves) las llamadas prácticas de corrupción “de inversión”, que entrañan el ofrecimiento o la aceptación de beneficios otorgados en virtud de la posición del funcionario público, sin un vínculo directo con una acción u omisión concreta en el ejercicio ilícito de las funciones oficiales del receptor. Esos beneficios —aunque exceden de los meros regalos de cortesía y otros beneficios socialmente “adecuados”— no están concebidos para obtener un favor determinado en ese momento concreto, sino que se ofrecen a fin de

establecer, mantener o mejorar una relación entre las partes en la transacción, en previsión de situaciones futuras en que pueda necesitarse un favor. Se ha señalado que la tipificación como delito de esa conducta es una buena práctica.

### Logros y buenas prácticas

En un caso, la ley va más allá de lo que exige la Convención, e incluso comprende la solicitud o aceptación de un beneficio que no suponga que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. Basta con que el comportamiento del funcionario pueda socavar la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de las acciones de las autoridades.

En otro Estado, la ley penaliza el ofrecimiento de toda gratificación a cualquier funcionario público en el plazo de un año previo (o posterior) a cualquier relación con el departamento de ese funcionario público, lo que se consideró una medida que facilitaba el enjuiciamiento de los delitos de corrupción.

### *Inmunidades y factores atenuantes para los denunciantes*

En un número considerable de Estados partes, especialmente del Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, se prevé la posibilidad de otorgar inmunidad procesal a las personas que practican el soborno (tanto activo como pasivo) que denuncien voluntariamente la presentación del soborno en la primera oportunidad que tengan después o antes de que las autoridades reciban información al respecto de otras fuentes, o que confiesen el delito antes de que se incoen actuaciones penales contra ellas (en tres de esos casos existe la posibilidad de devolución total o parcial de los bienes implicados en la comisión del delito). En cierto número de Estados partes se dispone explícitamente que la notificación o confesión de un acto de soborno será un factor atenuante si se produce después de que se haya incoado una actuación penal contra el denunciante y antes del final del proceso. Por último, en otros Estados la ley prevé específicamente la mitigación de la pena a condición de que el autor de un delito de corrupción colabore en el acopio de pruebas decisivas para la identificación y captura de las demás personas responsables, por no mencionar las normas generales en materia de condenas que mitigan la responsabilidad penal de las personas cooperadoras, que son comunes en la legislación de la mayoría de los Estados partes.

Aunque la Convención no excluye la concesión de esos incentivos para facilitar la cooperación con las autoridades encargadas de aplicar la ley —al contrario, las alienta en el artículo 37, párrafos 2 y 3—, algunos examinadores, especialmente en los primeros exámenes, han expresado reservas en relación con las prácticas de inmunidad total y han formulado recomendaciones para asegurar que se impongan sanciones apropiadas en todos los casos de soborno. Por ejemplo, en un caso se consideró que la medida de clemencia examinada estimulaba a las personas a cometer actos de soborno activo, pese a que: *a)* su aplicación no era obligatoria, sino que tenía que atenerse a un procedimiento específico en cada caso, era objeto de un atento escrutinio por los fiscales supervisores y podía ser impugnada en los tribunales; y *b)* había contribuido notablemente al número de casos de soborno pasivo llevados ante la justicia.

En cambio, otros examinadores expresaron una opinión fundamentalmente diferente. Señalaron como buena práctica la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a los

denunciantes e indicaron que las investigaciones sobre sobornos se habían simplificado y se habían logrado importantes resultados gracias a las disposiciones pertinentes. También observaron que, en la mayoría de los casos, los acusados cooperaban con las autoridades investigadoras y las ayudaban a detectar el delito porque obraba en su interés que se les exonerara de responsabilidad penal.

Habida cuenta de la disparidad de las opiniones citadas, la cuestión merece un examen más a fondo a la luz de los fines del artículo 37, párrafos 2 y 3. Según el consenso que parece existir en los exámenes más recientes, y tal como se examina con mayor profundidad en las secciones pertinentes, los legisladores deben estudiar la posibilidad de permitir, en principio, que las autoridades nacionales competentes ofrezcan a las personas que cooperen alguna forma de incentivo en los casos apropiados. En esa circunstancia, puede quedar a su discreción decidir, no de forma automática, sino según cada caso y ponderando debidamente todos los factores pertinentes, si la naturaleza, la importancia, la eficacia y el efecto de la contribución brindada por una persona a la investigación de un caso de corrupción justificarían exonerarla de enjuiciamiento o reconocer circunstancias atenuantes a su favor. Estos factores deben tenerse en cuenta al evaluar las disposiciones (como las relativas a las “confesiones espontáneas”) que puedan aplicarse automáticamente y no exijan que se evalúe el grado de cooperación del autor, sobre la base del tipo de consideraciones descritas en el artículo 37.

#### *Inmunidades para las víctimas de extorsión*

Unos pocos Estados partes, también pertenecientes en su mayoría al Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, conceden inmunidad procesal asimismo a las personas que cometen soborno activo bajo amenaza, inducción, coacción, coerción, violencia o intimidación por parte de un funcionario público a fin de evitar consecuencias perjudiciales con respecto a sus derechos e intereses legítimos. En dos casos al menos se prevé además que se devuelva a la víctima percibida el dinero o los bienes utilizados para el soborno.

Aunque no se formularon observaciones sobre esta práctica en los exámenes, su utilización y posibles límites (por ejemplo, cuando las circunstancias eximentes están planteadas en términos tan amplios que pueda considerarse que incluyen casos de simple solicitud por el funcionario público) también merecen más atención. De hecho, la importancia de aclarar esta cuestión se pone de manifiesto en el caso de dos países del Grupo de los Estados de América Latina en los que el delito de soborno activo solamente incluye el acto de dar o prometer voluntariamente, sin petición o solicitud previa del funcionario público. Al contrario que las excepciones relativas a la extorsión ya mencionadas, esta práctica se consideró insatisfactoria a los fines de la Convención, por lo que se recomendó que se modificara la legislación pertinente y que se tipificara como delito el soborno activo solicitado.

#### *Mens rea*

La cuestión de *mens rea* fue objeto de un análisis limitado y solo se planteó en un número reducido de exámenes. Ello es indicio de que en la inmensa mayoría de los casos parecen cumplirse los requisitos subjetivos de la Convención. Los actos cometidos intencionalmente son punibles como delitos, para lo que se debe establecer un nexo subjetivo claro entre la promesa, el ofrecimiento, la concesión, etc., del beneficio y la influencia en la conducta del receptor<sup>17</sup>. El elemento de intencionalidad en la comisión del delito no suele mencionarse explícitamente en las disposiciones sobre soborno, pero puede sobreentenderse en las

<sup>17</sup>Véase *ibíd.*, párr. 198.



disposiciones de la parte general del código penal aplicable. Es interesante que, en algunos casos, en las disposiciones sobre soborno pasivo de los Estados objeto de examen se menciona expresamente que se aplican independientemente de la intención del funcionario público de realizar o abstenerse de realizar el acto en el ejercicio de sus funciones.

Además, en unas cuantas jurisdicciones, los requisitos subjetivos para actos de soborno pasivo son, al parecer, incluso menos estrictos que los indicados en la Convención. Normalmente, el funcionario público debe tener conocimiento tanto del hecho de que se ofrece un beneficio como del carácter indebido de ese beneficio. Sin embargo, un Estado parte ha penalizado también los actos de negligencia, al incluir casos en los que el funcionario público acepta un beneficio ilícito sabiendo o sospechando razonablemente que ese beneficio se ofrece a fin de inducirle a actuar o a abstenerse de actuar, o como consecuencia de algo que ha hecho o se ha abstenido de hacer, en la ejecución de sus funciones. Se interpreta que eso significa que el funcionario público también podrá ser sancionado si se determina que debería haber comprendido que recibía un beneficio con una finalidad concreta. De esa forma pueden adoptarse medidas penales en caso de “ingenuidad dolosa” o tal vez inocencia ficticia por parte del funcionario público. Otro Estado va incluso más allá al dejar claro que no influye en absoluto que el autor sepa o crea que la solicitud, el acuerdo o la aceptación del beneficio ilícito son impropios. El Estado parte en cuestión adopta el criterio estricto de que los empleados públicos deben saber lo que se espera de ellos.

Varios Estados partes, ajustándose a una antigua tradición en las jurisdicciones de *common law*, prescriben en la descripción de los delitos de soborno que el autor actúe “corruptamente”. Ese término funciona como una especie de elemento subjetivo de dolo (“intención corrupta”) y se supone que desempeña un papel limitador para restringir las combinaciones de hechos que pueden dar lugar a un fallo condenatorio, incluida la exención de beneficios socialmente “adecuados”. La determinación de este elemento de intencionalidad en un caso concreto podrá facilitarse por la existencia de una presunción refutable de culpa después de que la fiscalía haya establecido los elementos objetivos esenciales del delito, como se explica más adelante en la sección F, subsección 3. Sin embargo, el significado exacto del término “corruptamente”, e incluso su necesidad, siguen siendo polémicos, y su interpretación difiere según la jurisdicción de que se trate. En consecuencia, se han planteado preocupaciones en la mayoría de los casos sobre la forma en que se emplea al aplicar la correspondiente legislación.

### *Eficacia*

Aunque se constató en tan solo unos pocos exámenes que las disposiciones nacionales correspondientes al artículo 15 se habían aplicado satisfactoriamente en la práctica, y algunos países declararon que no habían evaluado la eficacia de las disposiciones por las que se tipificaba como delito el soborno de funcionarios públicos nacionales, la gran mayoría de los Estados partes presentaron datos estadísticos o incluso ejemplos concretos de la aplicación de legislación sobre los delitos de soborno de funcionarios públicos nacionales, lo que demuestra la aplicación sistemática de las disposiciones pertinentes y refleja su papel tradicional y su posición establecida en el derecho penal nacional.

### *Problemas*

En relación con la aplicación del artículo 15, los problemas más comunes se refieren a las categorías de funcionarios públicos comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas sobre el delito de soborno, incluida su aplicación a los parlamentarios; la tipificación como delito de la promesa de un beneficio indebido, además de su ofrecimiento o intercambio; la

tipificación como delito del soborno indirecto; el alcance del beneficio indebido, en particular por lo que se refiere a beneficios no materiales; y la aplicación del delito de soborno a los beneficios concedidos a terceras personas y entidades. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar que los sujetos del delito de soborno incluyan todas las categorías de personas enumeradas en el artículo 2 de la Convención; definir más claramente los elementos de los artículos de la Convención, en particular para que abarquen todas las modalidades de comisión de un delito, así como los terceros beneficiarios y los actos indirectos; y ampliar, cuando sea necesario, los objetos del delito, en particular en lo que respecta a los beneficios no materiales. También deben hacer que se ajusten a los requisitos de la Convención las excepciones o circunstancias eximentes relativas a inmunidades, los actos no consumados y los actos cometidos con autoridad legítima o justificación razonable.

En cuanto a la aplicación práctica del delito de soborno, en algunas jurisdicciones se plantearon problemas sobre el acopio, la consolidación y la accesibilidad de datos estadísticos relativos a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos pertinentes, incluidas las condenas y multas impuestas, lo que guarda relación con la necesidad de establecer sistemas más amplios de planificación de casos, que no solo facilitarían una mejor gestión de casos concretos, sino que contribuirían también a determinar obstáculos que causan retrasos e impiden que se realicen progresos en el enjuiciamiento por esos delitos. Por ejemplo, en un Estado, la autoridad nacional de lucha contra la corrupción fue elogiada por haber supervisado sistemáticamente durante varios años los casos de corrupción que había presentado para su enjuiciamiento, con lo que se determinó que el número de casos asumidos por el ministerio público era muy escaso.

Aparte de lo anterior, los principales problemas que señalaron algunos países consisten en la falta de profesionales especializados (investigadores, fiscales y magistrados) y los recursos limitados de que se dispone para aplicar las disposiciones sobre soborno. Las investigaciones sobre soborno se consideran especialmente difíciles debido al carácter clandestino del delito y a las dificultades para obtener testimonios u otras pruebas de una de las partes implicadas. Por lo tanto, se informó de la necesidad de fortalecer la “práctica racional y buena” de utilizar técnicas especiales de investigación para superar esos obstáculos, como operaciones encubiertas y entregas vigiladas, como se menciona en el artículo 50 de la Convención.

## **2. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16)**

A diferencia de la situación con respecto al soborno de funcionarios públicos nacionales, son relativamente pocos los Estados partes que han introducido el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas o han adoptado medidas para tipificar dicho delito, lo que guarda relación principalmente con el carácter novedoso de esos tipos penales concretos, que aparecieron por primera vez en las leyes penales nacionales en 1977 y solo se aplican a nivel internacional desde 1996. De los Estados partes que han adoptado medidas específicas para penalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros, muchos ya habían contraído obligaciones en virtud de instrumentos internacionales anteriores en los que figuraba dicho requisito (en particular, la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales) y ya han sido objeto de exámenes de evaluación mutuos sobre la aplicación de esos instrumentos (por ejemplo, por el Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, el Grupo

de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos y la Red Anticorrupción para Europa Oriental y Asia Central de la OCDE). En cambio, los Estados partes que contrajeron por primera vez la obligación de proceder a su tipificación como delito en virtud de la Convención contra la Corrupción no han realizado aún, por regla general, todos los ajustes necesarios. Además, como se menciona a continuación, algunos han tipificado como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros, pero no el soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.

La conducta mencionada no se ha tipificado como delito, o se ha penalizado en un grado muy limitado (por ejemplo, en relación con los funcionarios de una organización regional concreta), en más de un tercio de los Estados, casi todos ellos del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de África, aunque en aproximadamente 12 de esos Estados se estaba tramitando legislación a tal efecto. A nivel regional, no existe ningún instrumento multilateral contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros para la región de Asia y el Pacífico, y en África, el mecanismo de seguimiento de la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción no incluye evaluaciones.

El cumplimiento de la obligación de tipificación como delito de conformidad con el artículo 16 exige la ampliación consciente e irrefragable del alcance de la protección del derecho penal nacional, que se refleje claramente en las disposiciones aplicables de lucha contra la corrupción o en la jurisprudencia nacional. Ese requisito se aplica no solo a los países en que la redacción de las disposiciones sobre los delitos pertinentes no deja margen para dudar de que el soborno debe estar destinado a un funcionario público nacional, sino también a los países cuyas definiciones de funcionario público, aunque no hagan referencia a la identidad nacional de la administración pública afectada, nunca han sido utilizadas en relación con el soborno de funcionarios públicos extranjeros. En tales casos, la inclusión de intereses soberanos extranjeros o supraindividuales en el ámbito protector de los delitos de soborno muy probablemente no se correspondería con el historial legislativo o los objetivos declarados de las disposiciones respectivas. Por lo tanto, la afirmación de algunos países de que cabría interpretar que las definiciones generales de “empleado público” o “funcionario público”, que figuraban en las disposiciones sobre los delitos tradicionales de soborno, incluían a los funcionarios públicos extranjeros y los funcionarios de organizaciones internacionales públicas no podía aceptarse en ese sentido, dada la inexistencia de jurisprudencia que la apoyara.

Una afirmación más válida de que el soborno de funcionarios públicos extranjeros está previsto en el derecho nacional es la que formulan los Estados partes con sistemas de *common law* en los que las disposiciones vigentes sobre soborno se refieren en términos más generales a un “agente” o a “cualquier persona” como receptor del soborno, y están concebidas específicamente como medidas contra las prácticas anticompetitivas o el quebrantamiento de la confianza entre los agentes y sus poderdantes. En tres casos de Estados con disposiciones que podrían aplicarse en su momento en casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros, los expertos examinadores rechazaron las respectivas afirmaciones de las autoridades gubernamentales y consideraron que esas disposiciones planteaban problemas de incertidumbre jurídica o falta de claridad porque no incluían un nexo claro con las funciones de los funcionarios públicos extranjeros; por lo tanto, se formularon recomendaciones para asegurar una legislación más concreta y específica a ese respecto. Esos países están incluidos entre los Estados mencionados que no han penalizado la conducta pertinente, que representan más de un tercio de los Estados partes. No obstante, en vista del principio que figura en el artículo 30,

párrafo 9, de la Convención, y teniendo en cuenta que en al menos tantos Estados con legislación similar los expertos examinadores tenían al parecer una opinión diferente sobre el asunto, las disposiciones de este tipo podrían en definitiva considerarse adecuadas a los efectos de la Convención, en la medida en que en sus criterios de protección no implican limitaciones (por ejemplo, consecuencias perjudiciales para el mercado interno) y el Estado en cuestión ha manifestado su disposición a aplicarlos en el sentido del artículo 16, en teoría mediante ejemplos de investigaciones y enjuiciamientos.

Por lo que se refiere al método de tipificación como delito, algunos de los Estados partes que cumplen esa disposición han tipificado delitos distintos y autónomos que solo contemplan el soborno de funcionarios y empleados públicos extranjeros, mientras que los demás han optado por aplicar el principio de equiparar a los funcionarios públicos nacionales con los extranjeros y enjuiciar todos esos casos en el marco de un delito común de soborno. Por regla general, la legislación de los países que han penalizado el soborno de funcionarios públicos internacionales como delito distinto tiene un elevado nivel y, en su mayor parte, está en conformidad con los requisitos de la Convención. En los Estados partes que han optado por el método de equiparación es más probable que la penalización del soborno de funcionarios públicos extranjeros vaya acompañada de los mismos problemas y ramificaciones que la penalización de los delitos de soborno de funcionarios públicos nacionales, por ejemplo, con respecto a la promesa de beneficios indebidos, beneficios incorpóreos, terceros beneficiarios o inmunidades, sobornos por acciones u omisiones que no constituyen un incumplimiento de las obligaciones del funcionario y factores atenuantes para los denunciantes o las víctimas de extorsión. Sin embargo, en ese grupo de países la penalización tiende a rebasar los requisitos del artículo 16.

Además de las dificultades señaladas, se plantearon varios problemas especiales en relación con el alcance de los delitos de soborno de funcionarios públicos extranjeros, que se enuncian a continuación.

#### *Penalización del soborno pasivo*

De los países que han tipificado como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros, un número considerable (más de una cuarta parte) lo ha hecho solamente con respecto al soborno activo. Entre ellos figura al menos un país en el que se observó la necesidad de una ley explícita y más directa que se ocupase de la conducta correspondiente. En uno de los casos en los que no existía el delito de soborno pasivo se estimó que se cumplía el requisito de penalizar la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros mediante las disposiciones “normales” sobre soborno pasivo en combinación con las normas internas de los países a los que pertenecieran los funcionarios. Sin embargo, ese criterio no puede darse por válido ya que, como se ha señalado antes, la Convención supone claramente una ampliación de los intereses protegidos por el derecho penal nacional que va más allá de las disposiciones internas vigentes y llega a incluir el soborno pasivo de los funcionarios de organizaciones internacionales públicas. La falta de aplicación de las medidas correspondientes por un Estado parte no se subsana con las disposiciones internas de otras jurisdicciones que sancionen el soborno de sus propios funcionarios. Si bien es cierto que los elementos básicos de la conducta delictiva a que hace referencia el artículo 16, párrafo 2, ya quedan abarcados en el artículo 15, apartado b), eso solo justifica la decisión de otorgar un carácter no obligatorio a la disposición en cuestión<sup>18</sup>. Ello no supone que no exista la necesidad de considerar la posibilidad de tipificar como delito el soborno pasivo de funcionarios extranjeros y, en particular, de funcionarios de

<sup>18</sup>Véase la nota de la Secretaría titulada “La cuestión del soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas” (CAC/COSP/2006/8), párr. 7.

organizaciones internacionales, de la que no se ocupa en absoluto la disposición obligatoria del artículo 15<sup>19</sup>.

Algunos países han aducido que, precisamente por el carácter no obligatorio del artículo 16, párrafo 2, han considerado y optado por no introducir el delito en cuestión por factores de política y jurisdiccionales, ya que creen que existe un nexo limitado con su propio territorio y que el país del funcionario de que se trate estaría en mejores condiciones de enjuiciarlo (por el delito de soborno pasivo de funcionarios nacionales). Es decir, consideran apropiado que los Estados partes persigan la conducta de sus funcionarios en sus propias jurisdicciones, que es probablemente el lugar donde se halla la mayoría de las pruebas. Como alternativa, uno de esos países ha declarado que comparte de buen grado las pruebas y la información de casos de soborno con el país de ciudadanía del funcionario público extranjero para su posible investigación y enjuiciamiento en dicho país, mientras que otros dos Estados han aclarado que pueden enjuiciar, y lo han hecho en repetidas ocasiones, a funcionarios extranjeros corruptos por otros delitos, como abuso de confianza y blanqueo de dinero, sobre la base del soborno como delito determinante. En todos los casos mencionados se consideraron satisfactorias las respuestas facilitadas.

#### *Categorías de funcionarios comprendidas*

Una de las principales cuestiones que fueron objeto de un minucioso estudio en los exámenes de los países fue si los Estados partes definen los términos “funcionario público extranjero” y “funcionario de una organización internacional pública” de conformidad con el artículo 2, apartados *b)* y *c)*, de la Convención, con inclusión, entre otros, de los funcionarios de países que no son Estados partes, parlamentarios extranjeros y personas que ejercen una función pública para un organismo público o una empresa pública de un país extranjero. Algunos países han establecido definiciones autónomas amplias del término “funcionario público extranjero” (adoptando así el método legislativo recomendado sistemáticamente por otros organismos de vigilancia, como el Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE), mientras que en otros no había aparentemente necesidad de una definición explícita, sin que ello redundara en detrimento de las finalidades de la Convención. Así pues, en algunos casos la ley establece implícitamente un nexo con el concepto concurrente de funcionario público nacional, definido en sentido amplio, mientras que otros Estados partes tampoco ofrecen una definición independiente, sino que disponen en sus normas sobre los delitos de soborno que los beneficios estén destinados a una persona que desempeña una función pública, que ocupa un cargo de autoridad pública o cumple una misión de servicio público, o un mandato electoral en un Estado extranjero o en una organización internacional pública.

De hecho, cabe considerar aceptable vincular la definición de funcionario público extranjero a la de funcionario público nacional, en la medida en que esta última abarca evidentemente a todas las categorías de personas comprendidas en el artículo 2, apartados *b)* y *c)*, incluidas las personas que ejercen una función pública para empresas controladas por el Estado. En cambio, la experiencia de otros mecanismos de vigilancia ha demostrado que la vinculación de manera estricta del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros a la definición de funcionario público extranjero en su propia jurisdicción plantea cuestiones de cumplimiento de los requisitos de penalización, dado que, entre otras razones, puede resultar difícil obtener pruebas de la definición conforme a la ley en el país del funcionario público extranjero. Por consiguiente, los Estados partes cuya jurisprudencia nacional tiende a ir en

<sup>19</sup>Véase la nota de la Secretaría titulada “Aplicación de la resolución 1/7 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2008/7), párr. 4.

esta dirección deben considerar la posibilidad de revisar su política y establecer definiciones específicas para los conceptos de “funcionario público extranjero” y “funcionario de una organización internacional pública”.

### Ejemplos de la aplicación

La ley de un Estado dispone meramente que las personas que sean titulares de “facultades apropiadas” en instituciones estatales extranjeras, organizaciones internacionales públicas o instituciones internacionales judiciales, incluidos los candidatos oficiales a tales puestos, se considerarán equivalentes a funcionarios públicos en el sentido del código penal. Esta formulación amplia se utiliza para expandir el círculo de personas comprendidas en la lista de funcionarios públicos en el marco de las distintas leyes de los Estados extranjeros a fin de no restringir el ámbito de la penalización aplicable. En consecuencia, las facultades que pueda ostentar una persona en una institución estatal extranjera, una organización internacional pública o una institución judicial internacional se evaluarían según cada caso (teniendo en cuenta las diferencias de las leyes de los Estados extranjeros sobre las relaciones de la función pública, etc.), procurando establecer si la persona ostenta facultades apropiadas que permitan sacar la conclusión de que es un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública en el sentido de la Convención. Los expertos examinadores, pese a sus preocupaciones iniciales, se dieron por satisfechos de que ese enfoque no crea ningún obstáculo a la aplicación eficaz de la penalización del soborno de funcionarios públicos extranjeros.

En otro país, el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre soborno se extiende a todas las personas que desempeñan funciones públicas en un Estado extranjero o una organización internacional. La definición de “persona que desempeña funciones públicas” incluye a las personas cuyos derechos y obligaciones en el ámbito de la actividad pública están definidos o reconocidos por la legislación nacional o un acuerdo internacional vinculante. Se destacó como buena práctica ese vínculo con las “funciones públicas” de las personas en cuestión, determinadas internamente.

Otra medida que se consideró igualmente un logro fue la introducción, en otro país, de una definición muy amplia de “funcionario público extranjero”, que abarca a los funcionarios designados tanto por ley como por usanza extranjera y, en particular, a toda persona a la que correspondan o que desempeñe las funciones de un nombramiento, cargo o puesto creado en virtud de usanzas o convenciones de un país extranjero o una parte de ese país.

Por último, un cuarto país ha optado por una enumeración exhaustiva de las personas que se consideran funcionarios públicos extranjeros. Se trata de las siguientes:

- a) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Gobierno extranjero (a todos los niveles, desde el central hasta el local), ya sea nombrada o elegida;
- b) Toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero y esté comprendida en cualquiera de los siguientes apartados:
  - i) Toda persona que se ocupe de asuntos públicos delegados por un Gobierno extranjero;

- ii) Toda persona que ocupe un cargo en una organización pública u organismo público establecido por cualquier ley y reglamentos subordinados para realizar tareas públicas específicas;
  - iii) Todo ejecutivo o empleado de una empresa en la que un Gobierno extranjero haya invertido más del 50% de su capital desembolsado o ejerza el control efectivo de todos los aspectos de su gestión, como la adopción de decisiones sobre operaciones comerciales importantes y el nombramiento o destitución de ejecutivos; quedan excluidas de esas disposiciones las empresas que se dediquen a una actividad comercial en condiciones de competencia en pie de igualdad con entidades comerciales privadas de carácter general sin que tengan concedido ningún privilegio, como subvenciones discriminatorias;
- c) Toda persona que actúe para una organización internacional pública.

Pese a que la mayoría de los países cumplen los principios que se han mencionado, en varios casos se descubrieron lagunas en la legislación pertinente: en algunos Estados partes la legislación no es aplicable a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas (con la excepción, en un caso, de los funcionarios de las Naciones Unidas que ejercen sus funciones en el territorio del país interesado) o se aplica solamente a las personas que ejercen una actividad remunerada. En al menos otros dos Estados, del Grupo de los Estados de Europa Oriental, se consideró que el ámbito de la definición de los funcionarios extranjeros comprendidos era menos amplio que el de la definición del artículo 2, apartado c), de la Convención, puesto que se limitaba a los funcionarios extranjeros de organizaciones o asambleas internacionales públicas de las que el Estado parte en cuestión era miembro y de los tribunales internacionales cuya jurisdicción reconocía. Cabe señalar, no obstante, que esas mismas restricciones en otros Estados no se consideraron incompatibles con la Convención.

Además, en dos Estados partes, la definición de “funcionario extranjero” no incluye expresamente a personas que ejercen funciones públicas para una empresa pública, lo que deja margen para la incertidumbre. En una de esas jurisdicciones, los miembros de parlamentos extranjeros y los miembros de asambleas internacionales están comprendidos solamente en la medida en que el soborno esté destinado a inducir un acto en relación con un voto parlamentario y no otros actos en el ejercicio de las funciones de su mandato. Esto queda lejos de los requisitos de la Convención, que no establece diferencias entre los miembros de parlamentos extranjeros y otros funcionarios públicos extranjeros. De conformidad con el artículo 2, apartado b), el término “funcionario público extranjero” incluye a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido.

#### *“Pagos con fines de facilitación”*

Una cuestión que reviste especial interés en relación con el soborno de funcionarios públicos extranjeros es el alcance de la obligación de penalizar los llamados “pagos con fines de facilitación”, es decir, los beneficios indebidos que se ofrecen para acelerar u obtener la realización de acciones gubernamentales habituales por funcionarios, partidos políticos o representantes de partidos extranjeros que no suponen incumplimiento de sus deberes. La mayoría de los países incluyen esos pagos en los delitos pertinentes, en la medida en que supongan (de una forma u otra) influir en la conducta oficial del receptor, pero en al menos ocho Estados partes,

en su mayoría del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados, las leyes sobre el soborno de funcionarios públicos extranjeros o los trabajos preparatorios pertinentes contienen una clara excepción relativa a las “gratificaciones en forma de obsequio”, los “pagos con fines de facilitación” o los beneficios para inducir a la realización de acciones que no son contrarias a las responsabilidades de los funcionarios y no son discrecionales. En cambio, las principales leyes sobre el soborno de funcionarios públicos nacionales de los países en cuestión no contienen ninguna excepción de esa clase.

Al parecer, esa excepción se basa en la referencia que figura en el artículo 16 (y en las disposiciones correspondientes de otros instrumentos internacionales) en el sentido de que el soborno se ofrezca para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio “indebido”. Siguiendo ese ejemplo, en dos de los Estados partes mencionados, la ley excluye los sobornos concedidos para obtener o mantener beneficios comerciales que “corresponden legítimamente al receptor” de ese beneficio. En un caso se dispone además que al determinar si un beneficio comercial no corresponde legítimamente se debe desestimar: “a) el hecho de que el beneficio comercial sea habitual, o se considere habitual, en la situación concreta; b) el valor del beneficio comercial; y c) la tolerancia oficial del beneficio comercial”. Por último, e incluso con mayor importancia, en la ley de un Estado, además de preverse el elemento exculpativo de actuar “con autoridad lícita o excusa razonable”, se consideran apropiados los pagos realizados en el curso de las operaciones ordinarias para agilizar el desempeño de un funcionario público extranjero en relación con cualquier acto habitual que forme parte de sus deberes o funciones. La legislación de otros dos países excluye de la aplicación de sus disposiciones sobre los delitos de soborno de funcionarios públicos extranjeros no solo los casos en que el pago a un funcionario esté permitido, o incluso se exija, de conformidad con alguna ley aplicable del país al que pertenezca el funcionario público extranjero, sino también aquellos en que se prometa o conceda una pequeña cantidad de dinero o cualquier otro beneficio a un funcionario público extranjero que realice funciones cotidianas habituales con la intención de alentarle a desempeñar sus funciones de manera justa.

La mayoría de los expertos gubernamentales que llevaron a cabo los exámenes expresaron la opinión de que no debían tolerarse esas prácticas. Pusieron de relieve las similitudes entre los delitos de soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios públicos nacionales y el hecho de que en la Convención no se enumera ninguna excepción relativa a los “pagos con fines de facilitación”. Así, aunque no siempre expresaron directamente reservas sobre la compatibilidad de la legislación nacional con los requisitos de la Convención, formularon recomendaciones para que los Estados partes revisaran sus políticas y enfoques sobre esos pagos, a fin de desalentar su utilización y combatir eficazmente el fenómeno. Habida cuenta de ello, así como de las críticas expresadas por otros mecanismos de evaluación, sobre todo el Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, uno de los países en cuestión aprobó modificaciones por las que se dispone la futura eliminación de la exención de los pagos con fines de facilitación. En otro Estado, el Director de la Acusación Pública dio instrucciones a todos los funcionarios de la policía y el ministerio público para que, como norma absoluta, consideraran “indebidos” los pagos de pequeñas cantidades con fines de facilitación y, por lo tanto, los consideraran también como una forma de soborno penalizado, pese al comentario original que acompaña la legislación pertinente, que permite una interpretación distinta.

De hecho, no sería aceptable una excepción relativa a los sobornos concedidos para obtener o mantener beneficios comerciales que “corresponden legítimamente al receptor” si se interpretara de manera que permitiera a los autores eludir la responsabilidad penal sobre la base del hecho de que tenían derecho al beneficio que habían obtenido mediante el ejercicio de las facultades discrecionales de un funcionario público. En ese caso, los sobornadores simplemente



argumentarían, por ejemplo, que eran el licitador mejor calificado en el caso de una contratación pública, o que habían cumplido todos los criterios relativos a licencias o permisos comerciales lucrativos para construir fábricas o establecer concesiones mineras o de petróleo y gas.

No obstante, cabe subrayar que en una nota interpretativa sobre el artículo 16, párrafo 1, de la Convención se dispone que “[u]na ley en la que se definiera el delito en términos de pagos para ‘inducir al funcionario a incumplir sus funciones’ podría satisfacer la norma establecida en cada uno de estos párrafos, siempre que quede entendido que cada funcionario público tiene el deber de ejercer su criterio o arbitrio imparcialmente y que se trata de una definición ‘autónoma’ que no requiere prueba de la ley o de los reglamentos del país del funcionario o de la organización internacional pertinente”<sup>20</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, y en la medida en que la legislación nacional y su interpretación por los tribunales cumplan las condiciones establecidas en esa nota interpretativa, especialmente la obligación de penalizar los sobornos ofrecidos de forma que puedan influir en el ejercicio de las facultades discrecionales de un funcionario público extranjero en detrimento de otra persona, debería considerarse que los Estados partes están en conformidad con la Convención. El asunto merece un examen más a fondo a fin de aclarar plenamente el papel del término “indebido” en el texto del artículo 16.

Ese examen no es necesario en relación con las limitaciones del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros que, aunque posiblemente también estén destinadas a excluir los pagos con fines de facilitación, no se basan en referencias al carácter habitual de los actos previstos del funcionario público o en el hecho de que esos actos no sean contrarios a los deberes de los funcionarios, sino simplemente en el valor monetario del beneficio ofrecido. Así, en un país cuya sanción se limita a los casos que entrañan un soborno de “una cantidad relativamente grande”, se consideró que la ley era claramente insuficiente para los fines de la Convención.

#### *Relación con la realización de transacciones comerciales internacionales*

Tal como se prevé en la Convención, el delito de soborno activo de funcionarios públicos internacionales está vinculado a la realización de transacciones comerciales internacionales, que incluye, según una nota interpretativa, la prestación de asistencia internacional<sup>21</sup>. Aunque el asunto de los “pagos con fines de facilitación”, como se analiza anteriormente, sigue siendo controvertido, los expertos gubernamentales —en la medida en que mencionan la cuestión— parecen aprobar por unanimidad en principio, e incluso considerar un logro y una buena práctica, la decisión de algunos Estados partes de no limitar el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros a las actividades relativas a la realización de una transacción comercial internacional, con lo que exceden de los requisitos mínimos del artículo 16, párrafo 1, de la Convención.

#### **Logros y buenas prácticas**

En un número considerable de Estados partes, la ley sobre el soborno de funcionarios públicos extranjeros abarca otras conductas no comprendidas en los requisitos mínimos establecidos en la Convención e incluye también los casos en que el soborno no tiene por objeto obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

<sup>20</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 16, secc. C, párr. 1 b) (pág. 189).

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 1 c) (pág. 189).

### *Inmunidades para los denunciantes*

Un asunto que reviste especial interés es el hecho de que algunos Estados, especialmente los que equiparan a los funcionarios públicos extranjeros con los nacionales, también aplican las disposiciones sobre inmunidad aplicables a las personas que voluntariamente denuncian el ofrecimiento de sobornos antes de que los órganos de investigación los detecten (analizadas más arriba en la subsección 1) a los casos de soborno activo de funcionarios públicos extranjeros. En un Estado se sostuvo que, como el propósito del artículo 16 no es propiamente el enjuiciamiento de funcionarios extranjeros, sino hacer cumplir en general las disposiciones sobre el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros, no está claro si las disposiciones nacionales que aplican medidas de clemencia para los denunciantes facilitan la erradicación del soborno de funcionarios públicos extranjeros o si debe estimarse que no son aplicables en esos casos. Cabe observar que esa posición la comparten también otros mecanismos internacionales de vigilancia y, en particular, el Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, que ha señalado que esa táctica podría redundar en detrimento de la lucha eficaz contra el ofrecimiento de sobornos a funcionarios públicos extranjeros por parte de los ofertantes. El Grupo de Trabajo cree que el eximente de “arrepentimiento efectivo” no es útil en los casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros, ya que el funcionario público extranjero se encuentra normalmente en una jurisdicción totalmente diferente, e incluso si la jurisdicción del sobornador ha aplicado el artículo 16, párrafo 2, sobre el soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros, las dificultades prácticas para hacer cumplir las normas sobre este delito son enormes. En consecuencia, cuando un miembro del Grupo de Trabajo aplique el eximente de “arrepentimiento efectivo” al soborno de funcionarios públicos extranjeros, se recomienda derogarlo o restringir los criterios para su aplicación de forma que no pueda constituir un obstáculo al cumplimiento efectivo de las disposiciones sobre el delito de ofrecimiento de sobornos a funcionarios públicos extranjeros.

Por otro lado, cabría sostener que nada de lo dispuesto en la Convención prohíbe otorgar inmunidad a los denunciantes. En cambio, existe una obligación clara, posiblemente preponderante con arreglo al artículo 37, párrafo 1, de adoptar medidas apropiadas para alentar a las personas que hayan participado en la comisión de un delito relacionado con la corrupción, incluido el soborno de funcionarios públicos extranjeros, a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar dicho producto. El artículo 37, párrafo 3, en particular alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de conceder inmunidad a esas personas que prestan cooperación. También pueden existir razones importantes de política para implantar una medida de ese tipo: permitir la investigación de delitos que de lo contrario pasarían desapercibidos; facilitar el enjuiciamiento de funcionarios públicos extranjeros corruptos, ya sea por el Estado al que pertenecen dichos funcionarios, o incluso (si el Estado extranjero no está dispuesto a enjuiciar) por el Estado que ha concedido la inmunidad (si ha tipificado un delito equivalente al que abarca el artículo 16, párrafo 2, de la Convención); permitir el enjuiciamiento de funcionarios corruptos de organizaciones internacionales públicas y facilitar las respuestas apropiadas de esas entidades; y despejar el camino para la adopción de medidas complementarias, incluidas la recuperación del producto de la transacción corrupta, la aplicación de sanciones a las personas jurídicas implicadas en esas transacciones, la iniciación de actuaciones para la anulación de contratos o la revocación de concesiones y la indemnización de las entidades o personas que hayan sufrido perjuicios a consecuencia del delito. Además, como se examina en el capítulo III, sección A, subsección 2, más adelante, la aplicación de disposiciones sobre inmunidad entraña a menudo (como de hecho debe hacerlo) un elemento importante de discreción procesal y judicial, incluida la evaluación del

grado en que las confesiones orales o escritas del delincuente son voluntarias y representan un relato completo y verdadero del acto, antes de que se adopten decisiones relativas al trato preferencial de ese delincuente.

Habida cuenta de lo anterior, el asunto justifica un examen más a fondo, a fin de determinar el grado en que las medidas de concesión de inmunidad a los autores del soborno activo de funcionarios públicos extranjeros que informen a las autoridades de sus actos son compatibles con la Convención. En esencia, se debe considerar que los mismos principios mencionados anteriormente y en el capítulo III, sección A, subsección 2, más adelante, en relación con la aplicación automática de las disposiciones relativas a la inmunidad, se aplican también en esos casos.

### *Eficacia*

En la mayoría de los exámenes de Estados partes que cuentan con la legislación necesaria se observó que a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley les constaban pocas denuncias de soborno de funcionarios públicos extranjeros, o a veces ninguna, debido a las dificultades para detectar el delito y a que solo llegaba al sistema de justicia penal un pequeño número de casos de ese tipo. Aunque algunos Estados partes han confirmado la existencia de investigaciones y enjuiciamientos de sobornos de funcionarios públicos extranjeros y han proporcionado parcialmente estadísticas o ejemplos concretos, solo se citaron unos pocos casos en que se habían pronunciado fallos firmes y dictado fallos condenatorios: la mayoría de los Estados partes informaron de uno a tres fallos condenatorios cada uno. Aun cuando se notificó un número relativamente elevado de estos fallos, no estaba claro cuántos eran firmes y de cuántos casos se trataba. En un solo caso se demostró un nivel importante de aplicación de la ley, que fue objeto de elogio. Cabe destacar que ese Estado parte ha subrayado que las autoridades competentes consideran muy grave el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros y otorgan prioridad a su persecución.

### *Problemas*

El principal problema en la aplicación del artículo 16 es que en muchos Estados no existe en absoluto un delito que sancione el soborno de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas. El problema afecta sobre todo a los países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de África, en los que hasta ahora no se ha considerado particularmente prioritario tipificar dicho delito. Cabe señalar que la no penalización del “ofrecimiento” de sobornos a funcionarios públicos extranjeros también crea obstáculos para la persecución efectiva del delito por los Estados partes que sí lo han penalizado, ya que puede impedirles aplicar la jurisdicción extraterritorial y obtener asistencia judicial recíproca cuando se exige la doble incriminación.

El interés relativamente escaso en penalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros se ha visto exacerbado por la renuencia general de los Estados partes a ampliar el alcance de su derecho penal a los funcionarios públicos extranjeros, como lo demuestra el número incluso más bajo de jurisdicciones que han adoptado el tipo penal no obligatorio de soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas. El mejor ejemplo de esta situación es el de un Estado parte que (del mismo modo que otros países) adujo como razón para no incorporar lo dispuesto en el artículo 16 en su ordenamiento jurídico nacional la contradicción que podría existir entre la penalización de la conducta de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas y la inmunidad ofrecida a los funcionarios públicos internacionales en virtud de la

Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas. Sin embargo, debería quedar claro que no existe tal contradicción, ya que las disposiciones del artículo 16 difieren desde el punto de vista jurídico de la cuestión de las inmunidades otorgadas a funcionarios de organizaciones internacionales públicas y no influyen en esas inmunidades ni tienen por objeto influir en ellas<sup>22</sup>.

Aparte de la inexistencia de medidas normativas, los problemas comunes guardan relación con las categorías de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas cuya conducta puede ser considerada delito, y especialmente con la aparente ineficacia de la legislación vigente, que corre el riesgo de devaluarse hasta cumplir una función meramente simbólica. Por consiguiente, los Estados partes deben prestar más atención a la aplicación. Al igual que en el caso de la no penalización, la cuestión de las inmunidades ha hecho su aparición también en este contexto y ha sido invocada por un Estado como factor que ha contribuido al hecho de que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley no hayan investigado y enjuiciado eficazmente casos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. No obstante, esta cuestión (que, en todo caso, concierne únicamente al delito de soborno pasivo) debería representar solo una parte del problema y puede tratarse en la práctica cuando se planteen las alegaciones pertinentes. Como se indica en las notas interpretativas sobre la Convención, los Estados partes han tomado nota de la posible importancia de las inmunidades a este respecto y simplemente han alentado a las organizaciones internacionales públicas a que renuncien a ellas cuando corresponda<sup>23</sup>. Se debería impartir a los ministerios públicos nacionales que se muestren renuentes a aceptar casos de presunta corrupción de funcionarios de organizaciones internacionales o que se abstengan de solicitar una renuncia de inmunidad una orientación clara sobre el alcance y las limitaciones de esos privilegios y sobre los procedimientos que se han de adoptar para resolverlos de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables<sup>24</sup>.

Para determinar los factores que impiden las investigaciones de casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros y elaborar un método más eficaz para ocuparse de ellos, un Estado encargó un estudio sobre la aplicación de las normas relativas al delito nacional pertinente. Una de las principales conclusiones de ese análisis fue que, para lograr mejores resultados en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, los distintos organismos competentes tienen que aumentar su cooperación. Se observó que un enfoque satisfactorio consistía en establecer equipos de investigación multidisciplinarios combinados, formados por investigadores de diferentes organismos con conocimientos especializados sobre investigaciones políticamente delicadas e investigaciones sobre delitos financieros. Se informa de que la actuación de esos equipos ya ha logrado resultados positivos.

---

<sup>22</sup>Véanse también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párrs. 211 y 275; el informe de la Conferencia de los Estados Partes sobre su primer período de sesiones (CAC/COSP/2006/12), párrs. 105 y 107; CAC/COSP/2008/7, párr. 5; y el informe de la Conferencia de los Estados Partes sobre su segundo período de sesiones (CAC/COSP/2008/15), párr. 116.

<sup>23</sup>*Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 16, secc. C, apartado a) (pág. 189). Véanse también CAC/COSP/2006/8, párr. 7; y CAC/COSP/IRG/2013/12, párr. 35.

<sup>24</sup>Véase CAC/COSP/2008/7, párrs. 29 y 62.

## **B. Desviación de bienes, tráfico de influencias, abuso de funciones y enriquecimiento ilícito**

### **1. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17)**

Todos los Estados partes han establecido medidas para tipificar como delito la malversación o peculado y la apropiación indebida de fondos públicos. Aunque no existe un enfoque uniforme en las distintas jurisdicciones, sino una amplia variedad de términos y conceptos en los que se subsume la conducta correspondiente (por ejemplo, “robo”, “malversación”, “peculado”, “conversión”, “apropiación indebida”, “mala gestión”, “abuso doloso de confianza”, “utilización no autorizada de bienes”, “dilapidación de bienes”, “gasto de fondos presupuestarios con fines ilícitos”, etc.), la legislación nacional abarca en principio la sustracción de fondos confiados a un funcionario público en virtud de su puesto, así como, de forma más general, el uso indebido y la mala administración de fondos y recursos públicos para fines distintos de aquellos a los que están destinados, en provecho del propio funcionario o de otra persona o entidad. Así pues, los resultados de los exámenes fueron en su mayoría satisfactorios, pese a la variedad terminológica, la fragmentación de las leyes e incluso las numerosas contradicciones y superposiciones que se observaron entre los elementos fácticos de los tipos penales aplicables. Solo en casos aislados insistieron los examinadores en que se sustituyese la legislación vigente con una disposición específica sobre la malversación o peculado y la apropiación indebida en el sector público.

Existen algunas excepciones notables, en particular de países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, por ejemplo, casos en que la apropiación indebida y la malversación o peculado no están previstas en la legislación, el caso de los Estados partes en que no se tipifica claramente como delito independiente la desviación y el uso ilícito de bienes, y un país que solo utiliza los términos “apropiación indebida” y “conversión”, excluyendo la “malversación” o “peculado” y la “desviación”. Con respecto a este último caso, los examinadores expresaron la opinión de que “desviación” es un término general que abarca algo más que “conversión”, lo que crea la impresión de que la conducta en cuestión no queda abarcada de forma suficiente. No obstante, en otro Estado parte con disposiciones idénticas no se formuló ninguna observación de ese tipo. Asimismo, cabe señalar que, según una nota interpretativa sobre la Convención, podía entenderse que el término “desviación”, tal como se utiliza en el artículo 17, quedaba abarcado por los términos “malversación o peculado” y “apropiación indebida” o era sinónimo de ellos<sup>25</sup>.

En más de un tercio de las jurisdicciones examinadas, la legislación básica que penaliza la conducta en cuestión no establece una diferencia entre los actos cometidos en el sector público y los cometidos en el sector privado. Contiene disposiciones amplias al respecto, que se aplican no solo a los funcionarios públicos, sino a todas las personas a las que se han encomendado bienes ajenos, con inclusión de directores, oficiales, miembros y agentes de empresas. No obstante, en muchos de esos países la malversación o peculado y la apropiación indebida de fondos públicos por funcionarios públicos pueden constituir una circunstancia agravante, mientras que en otras jurisdicciones si los delitos en cuestión son cometidos por funcionarios públicos al parecer se pueden aplicar simultáneamente las disposiciones sobre otros delitos, como el abuso de cargo público o la utilización de un cargo público de mala fe, dando lugar a sanciones más elevadas que en el caso de ciudadanos ordinarios. Por lo general, no se pusieron en tela de juicio esas prácticas, con la excepción de cinco casos en que los

<sup>25</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 17, secc. C, apartado b) (pág. 195).

examinadores se mostraron partidarios de establecer disposiciones especiales que penalizaran los actos de malversación o peculado, apropiación indebida o desviación de bienes por un funcionario público. Sin embargo, en la mayoría de los casos esto no estaba relacionado aparentemente con una objeción fundamental a que se subsumieran los sectores público y privado en una norma común, sino con consideraciones de otro carácter, como la necesidad de asegurar una diferenciación adecuada de las sanciones aplicables o con el hecho de que algunas formas de conducta comprendidas en el artículo 17 no quedaban abarcadas por las disposiciones nacionales de los países en cuestión. Igualmente, en otro caso tampoco se planteó ninguna objeción importante; únicamente se recomendó que la apropiación indebida o la malversación o peculado de bienes confiados a un funcionario público se definieran específicamente como circunstancia agravante en la disposición correspondiente.

Otro aspecto interesante es que a menudo se considera circunstancia agravante si el acto por el que fue apropiado el bien consistió en la falsificación de documentos o la inclusión de anotaciones falsas en registros, libros o expedientes, la distorsión, la supresión o la alteración de cuentas, valores u otros títulos y, en general, cualquier acto destinado a impedir el descubrimiento de la apropiación indebida.

### *Objeto del delito*

Se ha constatado un problema común relativo a las categorías de bienes que constituyen el “objeto material” del delito. El artículo 17 comprende “bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor”, y de conformidad con el artículo 2, apartado *d*), por “bienes” se entenderá “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Además, se entiende que la expresión “activos de cualquier tipo” comprende los fondos y los derechos legales sobre activos<sup>26</sup>. En ese mismo espíritu, muchos Estados partes recurren a definiciones amplias de “bienes” o a jurisprudencia que surte el mismo efecto.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El derecho penal de un Estado parte no prevé una definición específica del término “bienes”. Sin embargo, con arreglo a un antiguo precedente jurídico, el término se interpreta en un sentido muy amplio para que incluya todo interés de valor que sea propiedad de una persona distinto de su propia persona, su vida o su libertad, con inclusión de dinero y de cualquier derecho protegido por la ley y que pueda cuantificarse en dinero, siempre que la ley proporcione al propietario instrumentos jurídicos contra cualquier persona que trate de impedirle utilizar sus bienes.

En al menos nueve Estados partes, los activos inmuebles no están comprendidos en el ámbito de las disposiciones penales correspondientes, ya que una persona solo puede malversar bienes si están en su posesión. Análogamente, en al menos otras seis jurisdicciones, la ley no abarca los objetos intangibles, o bien tipifica como delito la malversación o peculado de todo bien mueble, dinero u objeto de valor o de dinero o títulos y mercancías, documentos oficiales, cartas o registros, pero no incluye al parecer todas las formas de bienes ni ninguna otra cosa de valor en el sentido del artículo 2, apartado *d*), y el artículo 17 de la Convención. En la

<sup>26</sup> *Ibid.*, primera parte, cap. I, art. 2, secc. C, apartado *e*) (pág. 54).

mayoría de esos casos (aunque no en todos) se formularon recomendaciones para modificar la ley de forma que incluyera los activos inmuebles y los activos intangibles en la tipificación del delito de malversación o peculado, de conformidad con las definiciones de la Convención. Sin embargo, dos Estados partes sostuvieron que el funcionario público trataría normalmente de apropiarse indebidamente de los bienes inmuebles, o desviarlos de otra forma, falsificando para ello una escritura de propiedad o introduciendo una anotación falsa en un registro público. Dicha conducta quedaría abarcada suficientemente por los tipos penales relativos a la falsificación o, más probablemente, el fraude; esa afirmación se aceptó como válida. También podrían aplicarse otras disposiciones más generales, como la relativa al abuso de poder.

En el artículo 17 se incluyen como objetos materiales del delito los bienes, fondos, títulos o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a un funcionario público siendo propiedad del Estado o de una persona o entidad privada. Teniendo en cuenta esa disposición, se observaron deficiencias en al menos diez Estados partes en que parece que solo se incluyen los activos o fondos públicos concedidos por el Estado o instituciones estatales para su uso en labores y actividades de interés público, y en otro en que la legislación nacional se refiere únicamente a los bienes, el dinero o los valores que pertenecen específicamente al Estado, a un organismo independiente o a una persona natural, por lo que se excluyen los fondos pertenecientes a una organización privada, como una fundación. Las autoridades declararon que, con arreglo al derecho nacional, la custodia de esos fondos no suele confiarse a funcionarios públicos, sino que normalmente se transfieren directamente a la propiedad del Estado o de una entidad pública. No obstante, se opinó que era necesaria una aclaración de la legislación pertinente para asegurar que incluyera todas las categorías de fondos privados confiados a un funcionario público.

La comisión del delito supone un abuso de confianza por parte del funcionario público al que se han confiado los bienes o cualquier otra cosa de valor. Esto no supone que el funcionario público tenga el mandato específico de gestionar los fondos públicos, como es el caso de un país, sino que se extiende a todo bien que sea encomendado de cualquier forma a un funcionario en virtud de su cargo. Dicho esto, cabe observar que en algunos países la penalización de la malversación o peculado y de la apropiación indebida no se limita a situaciones en que los bienes se han confiado a un funcionario, sino que abarca de forma más general la apropiación de cualquier bien, activo u otras cosas de valor que estén en poder del infractor o hayan llegado a su poder de cualquier forma. Aparte del mencionado abuso de confianza, en el artículo 17 no se prevén limitaciones en cuanto al contexto de la conducta en cuestión. Por lo tanto, se consideró que no cumplía los requisitos de la Convención una disposición nacional que penalizaba la apropiación indebida por parte de empleados públicos únicamente cuando los infractores cometían ese delito al realizar tareas vinculadas a su cargo.

Por último, como en el caso de las disposiciones sobre soborno, existen jurisdicciones en las que, si los bienes correspondientes tienen un valor inferior a un determinado límite, el delito de malversación o peculado se aplica únicamente si el acto tiene consecuencias graves o no se aplica en absoluto si el acto se aborda por vía administrativa. La Convención no prevé explícitamente condiciones y limitaciones de esa índole, y se constató que en algunos países no se cumplían sus requisitos. Sin embargo, es cierto que, según una nota interpretativa, el artículo 17 no requiere el enjuiciamiento de delitos *de minimis*<sup>27</sup>.

### *Beneficios para terceros*

En muchos casos existían limitaciones o discrepancias en relación con la obtención de beneficios para terceros, y se formularon recomendaciones apropiadas. Si bien en algunos

<sup>27</sup> *Ibid.*, primera parte, cap. III, art. 17, secc. C, apartado a) (pág. 195).

países la ausencia de una referencia explícita a la conducta realizada en beneficio de otra persona o entidad no se consideraba motivo de preocupación, en otros casos se estimaba importante disminuir las incertidumbres que pudieran existir. En uno de los Estados partes en cuestión, las autoridades alegaron que el hecho de que no se hiciera referencia explícita a la conducta realizada en beneficio de terceros se debía a la intrascendencia de lo que el autor hiciera con los fondos, ya que se consideraba que los delitos mencionados se habían consumado en el momento en que se habían desviado los fondos. Se aceptó esa explicación a efectos de la aplicación del presente artículo, aunque se señaló que el requisito del beneficio para terceros se mencionaba explícitamente en otros instrumentos de la legislación nacional, lo que sugeriría que el hecho de que estuviera ausente en otras disposiciones no era intrascendente.

### *Mens rea*

La conducta indebida intencional se penaliza en todos los países que han tipificado como delito la malversación o peculado. En un caso, los expertos examinadores expresaron objeciones al hecho de que el elemento de intencionalidad no estuviera presente en el texto de la ley pertinente y subrayaron la importancia de que todos los elementos que requería la Convención figuraran explícitamente en las disposiciones correspondientes. Sin embargo, esto parece ser un tanto exagerado, ya que la predisposición psicológica se aborda de forma implícita, de conformidad con las características generales del sistema penal en cuestión, y es evidente que la conducta intencional está prevista en la jurisprudencia aplicable a esos delitos.

En relación con otro aspecto, en dos Estados partes la ley se ocupa también específicamente de los casos en que el delito es consecuencia de actos de negligencia del funcionario en cuestión, mientras que en otro Estado el propio delito de malversación o peculado puede cometerse por negligencia o por negligencia grave (o “ceguera intencional”). Se observó que la previsión de esta última posibilidad era una buena práctica.

### *Eficacia*

La malversación o peculado es uno de los delitos contra la propiedad más comunes. Numerosos países han facilitado estadísticas o jurisprudencia, a menudo sin diferenciar entre el sector público y el privado, dado el enfoque uniforme que han adoptado muchos de ellos. Solo en casos aislados se puso de relieve un posible problema en la aplicación operacional de las disposiciones nacionales, dado que los Estados partes objeto de examen no facilitaron ningún ejemplo de enjuiciamiento. En un Estado en particular se señaló que la conducta en cuestión se había tipificado como delito recientemente, por lo que las sanciones administrativas seguían siendo el castigo más común para esos delitos.

## **2. Tráfico de influencias (artículo 18)**

En más de dos tercios de los Estados partes se ha tipificado como delito en mayor o menor grado el tráfico de influencias, pese a no ser obligatoria su tipificación, y además en varias jurisdicciones se ha redactado o promulgado legislación al respecto. No obstante, cabe señalar que en un gran número de esos Estados la tipificación aplicable se corresponde solo en parte con la conducta descrita en el artículo 18 o se refiere a desviaciones más o menos graves. Por ejemplo, un país no ha tipificado el delito en todo su territorio, y en más de 12 países únicamente se ha tipificado, por completo o parcialmente, la versión pasiva del delito, y en algunos



de ellos hay legislación pendiente de aprobación para tipificarlo por completo. Asimismo, en algunos países el tráfico activo de influencias podría tratarse como incitación o instigación del tráfico pasivo de influencias, dado que solo este último está tipificado como delito. Al parecer, los tipos penales pertinentes solo se ajustan por completo a los requisitos de la Convención en aproximadamente un tercio de los Estados partes, probablemente en su mayoría pertenecientes al Grupo de los Estados de Europa Oriental.

En algunos países, en su mayoría del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados, se consideró la posibilidad de aprobar legislación relativa a la aplicación, pero finalmente se rechazó. Dicho rechazo se debió a que el concepto de tráfico de influencias era demasiado vago y no se ajustaba al grado de claridad y previsibilidad que exigía el derecho penal o porque los legisladores, teniendo también en cuenta la dificultad de distinguir el tráfico de influencias de otras formas de presión socialmente aceptables (por ejemplo, las actividades de promoción por representantes de grupos de interés), decidieron concentrarse en los actos más peligrosos, especialmente los que socavaban la confianza en la administración pública, la justicia y las autoridades en general, prefiriendo seguir el camino de la prevención y establecer reglas de ética profesional para la conducta correspondiente. En uno de esos países, la renuencia a introducir medidas de derecho penal en esa esfera se atribuía también al hecho de que muchas organizaciones internacionales no gubernamentales participaban activamente en actividades de promoción en su territorio. En algunos de esos países se formularon recomendaciones para que se estudiara nuevamente la posibilidad de promulgar legislación penal apropiada.

En otro conjunto de Estados partes, en su mayoría con sistemas de *common law* y pertenecientes al Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y al Grupo de los Estados de África, el delito parecía tratarse (al menos parcialmente) mediante disposiciones generales amplias sobre soborno o a través de diversas combinaciones con disposiciones especiales sobre las prácticas que entrañaran tráfico de influencias. Sin embargo, se expresaron reservas acerca de esos métodos legislativos. En un caso se alegó que el artículo 18 tenía la finalidad de alentar la creación de un delito autónomo y distinto y que hacía hincapié no tanto en el soborno propiamente dicho, ya fuera directo o indirecto, sino en la influencia personal de que gozaba un funcionario público o cualquier otra persona en virtud de su cargo o condición. Debido a la falta de más información y jurisprudencia, en otros Estados partes era considerable la incertidumbre que seguía existiendo sobre el alcance de la responsabilidad penal, lo que dio lugar a que se formularan recomendaciones para que los Estados respectivos estudiaran la posibilidad de incluir en su legislación nacional disposiciones especiales que tipificaran el tráfico de influencias como delito. La cuestión justifica un examen más atento para determinar si debería alentarse a los Estados partes a modificar sus métodos de penalización para armonizarlos con el concepto autónomo del artículo 18, incluso en los casos en que las disposiciones nacionales generales sobre soborno parecen ocuparse de la conducta en cuestión.

Algunos examinadores han aceptado que el tráfico de influencias podría penalizarse adecuadamente mediante la aplicación conjunta de las disposiciones básicas sobre soborno y las disposiciones sobre participación de la parte general del código penal. Según esa teoría, si un particular promete u ofrece a otro particular (o funcionario público) un beneficio para que ejerza influencia sobre un funcionario público, se calificaría al primer particular como instigador de soborno activo y al segundo (o al funcionario público) como sobornador en el delito de soborno. No obstante, es dudoso que esa interpretación de la legislación nacional sea correcta, ya que presupone que el funcionario público responsable de la acción administrativa prevista intervino de algún modo en el plan corrupto, y pasa por alto el requisito de que debe determinarse la responsabilidad penal aunque dicho funcionario no haya sido

abordado con la finalidad de ejercer influencia sobre él. Por lo tanto, algunos expertos examinadores rechazaron afirmaciones similares de las autoridades gubernamentales y llegaron a la conclusión de que no se podía imponer una condena en relación con todos los casos de tráfico de influencias de conformidad con las disposiciones sobre soborno relativas al soborno activo y pasivo (ya fuese en forma de tentativa o en combinación con las disposiciones sobre participación).

En el examen de otro país con principios jurídicos similares a los citados figura una descripción más exacta de las distintas posibilidades: las disposiciones sobre el delito de soborno y sobre participación pueden aplicarse conjuntamente en algunos casos en que el funcionario público sobre el que se ha de influir toma parte en el trato o lo acepta. Por ejemplo, dependiendo del contenido del acuerdo entre las distintas partes, el tercero podría ser culpable de soborno activo (o de instigar el soborno activo para ejercer influencia sobre un funcionario público); el funcionario público, de soborno pasivo; y el intermediario, de soborno activo (o de incitación o complicidad). Además, cuando la persona que prometa el beneficio convenga con el intermediario en que este soborne a un funcionario directamente, pero el intermediario no lo haga, podría constituir una “tentativa de instigación” de soborno activo, en la medida en que exista ese concepto en el derecho del país en cuestión. De otro modo, no están incluidos los casos en que no esté implicado un funcionario encargado de adoptar decisiones, aunque solo sea indirectamente como destinatario último del beneficio indebido.

Acerca de otro aspecto, en los casos en que existe legislación contra el tráfico de influencias, se constatan algunas desviaciones del ámbito de aplicación de la Convención. La mayoría de los elementos constitutivos básicos del delito son idénticos a los que figuran en el artículo 15 (promesa, ofrecimiento o concesión/solicitud o aceptación, directa o indirectamente, de un beneficio indebido en provecho del receptor o de otra persona). Por lo tanto, en algunos casos los exámenes se concentraron en problemas similares a los observados con respecto a los delitos de soborno, por ejemplo, los relativos a la inclusión de los actos de ofrecimiento o concesión, la solicitud, la conducta indirecta, el alcance de los beneficios indebidos, los terceros beneficiarios, etc., o en logros análogos, como las inmunidades para los denunciantes. Aparte de las cuestiones del tipo citado, se identificaron las esferas de interés que figuran a continuación.

#### *Tráfico de influencias por funcionarios públicos*

Una desviación importante del espíritu de la Convención tiene que ver con el hecho de que algunos Estados partes, especialmente del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, penalizan solamente los actos realizados por funcionarios públicos o con respecto a ellos, es decir, el ofrecimiento o la aceptación de beneficios a fin de que el funcionario público abuse de su influencia sobre otro funcionario público.

Esa conducta constituye sin duda la forma más grave de tráfico de influencias comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención. No es casualidad que algunos países prevean explícitamente su penalización en el contexto de los principales delitos de corrupción, o que, como se menciona anteriormente en el contexto del artículo 15, algunos Estados partes se ocupen parcialmente de la conducta pertinente mediante la inclusión en sus disposiciones sobre soborno de los beneficios concebidos para inducir a un funcionario a realizar cualquier acto en relación con su actividad oficial, distinto de los actos comprendidos en el ámbito de sus competencias oficiales. Cabe estimar que los Estados que no incluyen esos beneficios en sus principales disposiciones sobre los delitos de soborno y al mismo tiempo no consideran a

un funcionario público como posible traficante de influencias a los efectos del delito de tráfico de influencias quedan lejos de cumplir los requisitos de la Convención.

Sin embargo, el artículo 18 no solo se ocupa del tráfico de influencias por parte de funcionarios públicos, sino también de la conducta de los particulares que abusen de su influencia real o supuesta sobre el ejercicio de la administración pública, lo que los expertos gubernamentales que han realizado los exámenes han pasado por alto en ocasiones en los casos en que la variante activa o ambas variantes del delito parecen excluir la hipótesis de una transacción entre particulares. No obstante, dado que la obligación prevista en el artículo 18 es “considerar la posibilidad” de tipificar como delito el tráfico de influencias, se llegó a la conclusión de que, en cualquier caso, una aplicación incompleta se ajustaba a ese nivel de obligación de la Convención.

#### *Tráfico internacional de influencias*

La Convención insta a que los Estados partes tipifiquen como delito el tráfico de influencias destinado a obtener un beneficio indebido de su propia administración o sus autoridades públicas. En algunos Estados partes, la ley va más allá de ese requisito al penalizar también (en menor o mayor medida) el tráfico de influencias con respecto a funcionarios públicos extranjeros e internacionales, miembros elegidos de organizaciones internacionales y miembros del poder judicial internacional.

Aunque en la inmensa mayoría de los casos los expertos gubernamentales no formularon observaciones sobre la cuestión del tráfico internacional de influencias, en ocasiones pusieron de relieve que la penalización de esas prácticas constituía un logro. Además, en un caso relativo a un país en el que la ley ya se ocupaba parcialmente del problema al incluir a funcionarios de organizaciones y tribunales internacionales, se observó que la tipificación como delito del tráfico de influencias en todos los países es un medio importante de mejorar la transparencia e imparcialidad de la adopción de decisiones por las autoridades públicas y eliminar el riesgo de corrupción que pueda derivarse de ello. Por lo general, las personas que tratan de corromper a funcionarios públicos extranjeros utilizan medios sutiles y recurren a intermediarios, lo que dificulta mucho demostrar la intención del funcionario público extranjero de aceptar sobornos, ya que los pagos en dinero no pueden rastrearse en muchas situaciones. Por lo tanto, se señaló a la atención de las autoridades nacionales la importancia de poder utilizar las disposiciones sobre el delito de tráfico de influencias en esas situaciones y se instó a los Estados partes a que estudiaran la posibilidad de ampliarlas para que incluyeran a los funcionarios públicos extranjeros y los miembros de asambleas públicas extranjeras.

#### *Abuso de influencia*

El artículo 18 se refiere al ofrecimiento, solicitud, etc., de beneficios que tienen la finalidad de inducir el abuso de influencia por el traficante de influencias receptor. Es evidente que el delito abarca las situaciones en que la capacidad del receptor de ejercer influencia no es real, por lo que incluye los casos en que se utilizan afirmaciones fraudulentas para inducir el ofrecimiento del beneficio indebido. En más de 12 Estados partes pertenecientes al Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico no parecía estar incluido el abuso de influencia supuesta, por lo que los delitos correspondientes no estaban en plena conformidad con la Convención. En esa situación estaba incluido un caso en que el delito se refería únicamente a los traficantes de influencias que tuvieran una relación de parentesco o una relación personal cercana con un funcionario público, que diera lugar a una intimidad que asegurase el libre acceso a su cargo.

Las autoridades nacionales de cuatro de esos Estados alegaron que los casos relacionados con influencia supuesta podían estar comprendidos en las disposiciones del código penal sobre el fraude. En los exámenes se aceptó parcialmente ese argumento. De hecho, incluso los países que penalizan las afirmaciones fraudulentas como parte del delito de tráfico de influencias aplican simultáneamente en ocasiones las disposiciones relativas al delito de fraude, basándose en que las distintas disposiciones protegen intereses jurídicos diferentes. No obstante, al tratarse de un delito de carácter económico, para que exista fraude se requiere, por regla general, que el acto cause o pueda claramente causar una pérdida económica directa, lo que constituye una condición restrictiva por la que con toda seguridad quedará excluida una serie de situaciones comprendidas en el ámbito del artículo 18, por ejemplo, cuando el beneficio sea de carácter no pecuniario.

Si bien es cierto que tiene que existir un nexo entre la concesión, el ofrecimiento o la promesa y la inducción al funcionario o la persona para que utilice su influencia, el delito activo es autónomo y no depende del acuerdo de la parte pasiva, y viceversa. Además, la tipificación de ese delito no se centra en el abuso de influencia propiamente dicho, sino que se hace extensiva a las situaciones en que solo se alega la influencia pero no se ha ejercido. Por lo tanto, se consideró correctamente que la medida legislativa en cuestión era inadecuada en los Estados partes que penalizan exclusivamente el ejercicio de influencia por un empleado público sobre otro para obtener una decisión favorable.

Sin embargo, otros examinadores han expresado una opinión fundamentalmente diferente: en una jurisdicción en que el delito activo tenía igualmente por objeto el ejercicio de influencia, antes que el tráfico de influencias propiamente dicho —sin mencionar la promesa, la concesión o el ofrecimiento de un beneficio indebido al traficante de influencias—, los examinadores consideraron que la legislación nacional era más amplia que el delito recomendado en la Convención. En consecuencia, se aceptó la afirmación de las autoridades de que la conducta en cuestión estaba abarcada por las normas generales sobre participación (incitación, cooperación necesaria y, en particular, el concepto de tradición jurídica romanista de “autoría mediata” o “comisión indirecta”, que establece como autores de un delito no solo a los que realizan el acto por sí mismos (autor directo), sino a todos aquellos que realizan el acto por medio de otro al que utilizan como instrumento). Según este argumento, el caso previsto en el artículo 18, apartado *a*), de la Convención es en realidad una presunción de autoría mediata, que penaliza en esencia el ejercicio indirecto de influencia ilícita sobre una autoridad o un funcionario público a través de la promesa, el ofrecimiento o la concesión a otra persona (el autor directo), que utiliza su influencia sobre dicha autoridad o dicho funcionario público. Sin embargo, eso no da respuesta a la pregunta de cómo tratar los casos en que no existe un autor directo de influencia ilícita en el sentido mencionado, es decir, cuando la persona que incurre en tráfico de influencias (la persona que tiene real o supuestamente alguna influencia) no es funcionario público y no ejerce realmente su influencia sobre un funcionario público o rechaza la oferta de hacerlo. Como en otros casos en los que se da una diferencia de opinión entre los examinadores, el asunto debe ser objeto de un análisis más detenido, a fin de determinar si el sistema nacional resultaría favorecido, al menos por lo que se refiere a la certidumbre jurídica, si se tipificara el tráfico de influencias como delito principal.

La controversia es menor con respecto a la caracterización como buena práctica de la tipificación en algunos países del Grupo de los Estados de Europa Oriental del delito de tráfico de influencias en los casos en que el receptor utiliza “su posición oficial, profesional o social”, en lugar de los casos normales en que utiliza su influencia real o supuesta o además de esos casos. Se consideró que esa formulación ampliaba el ámbito de aplicación del delito

en comparación con el artículo 18, aunque en los países que contaban con la legislación pertinente no existían casos que demostraran la importancia práctica de esa interpretación.

### *Obtención de un beneficio indebido*

Como ya se ha mencionado, para que se considere que se ha cometido un delito de tráfico de influencias no se exige que se ejerza realmente la influencia. Tampoco se exige que se logren los resultados deseados, a saber, obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido. En vista de ello, las disposiciones nacionales que incorporan elementos adicionales en el tipo penal correspondiente, como “influir con poder”, o exigir al funcionario que “realice o se abstenga de realizar alguna función de su cargo” no se consideran conformes con la Convención.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte se observó que la legislación aplicable sobre tráfico de influencias abarcaba todos los elementos materiales del delito y que, además, ni el traficante de influencias, o el intermediario, ni la persona cuya influencia se pretende conseguir tienen que ser funcionarios públicos. Se daba por entendido que la influencia podía ser real o meramente supuesta y que el beneficio indebido podía redundar en provecho del propio autor o de otra persona. Al parecer, el delito se considera consumado tanto si se logra el resultado previsto como si no, y además se comete otro delito si la persona cuya influencia se pretende obtener realiza efectivamente el acto solicitado por efecto de la influencia indebida.

Tampoco se requiere que el beneficio previsto sea de un tipo concreto o tenga relación con un sector administrativo específico, por lo que se determinó que la legislación que exigía que el tráfico de influencias estuviera relacionado con la obtención de beneficios de una entidad pública, con la promoción, ejecución u obtención de un contrato con un organismo público o con el enjuiciamiento de un caso judicial o administrativo específico, o que se realizara a fin de generar, directa o indirectamente, un beneficio económico, no estaba plenamente en conformidad con la Convención.

En cambio, y siempre que la ley se refiera en principio a cualquier beneficio indebido posible, cabe que las circunstancias específicas que se acaban de mencionar constituyan factores agravantes. En un Estado parte, por ejemplo, si la persona abusa de su influencia sobre un juez o un fiscal a fin de asegurar que este dicte, pronuncie, retrase u omita una resolución o condena relativa a un caso de su competencia, la pena aumenta e incluye la inhabilitación vitalicia para ejercer cargos públicos. Análogamente, otros dos Estados partes con una tradición jurídica común han establecido penas más elevadas para el tráfico de influencias cuya finalidad sea obtener una decisión ilícita que para el tráfico cuya finalidad sea obtener una decisión lícita.

### *Eficacia*

Relativamente pocos Estados presentaron datos estadísticos o ejemplos de casos y condenas por tráfico de influencias, lo que posiblemente refleja que los delitos en cuestión son en

muchos casos nuevos y se carece de jurisprudencia al respecto, lo que impide por ahora que se pueda evaluar su eficacia de forma concluyente.

### *Problemas*

El principal problema relacionado con el artículo 18 parece ser su complejidad inherente y las consiguientes dificultades técnicas y metodológicas con que tropiezan los Estados partes para trasponerlo a su legislación nacional, lo que tal vez explique la falta de disposiciones que penalicen la correspondiente conducta —especialmente en su forma activa— en varios países, incluidos los casos en que se ha estudiado la posibilidad de tipificar como delito el tráfico de influencias pero, finalmente, se ha rechazado. A eso se deben también las serias cuestiones de interpretación que salieron a la luz durante los exámenes y que, en algunos casos, hicieron que los examinadores llegaran a interpretaciones contradictorias de los textos nacionales, por ejemplo, en lo referente a la posible aplicación de las disposiciones generales sobre participación o la idoneidad de las leyes que penalizan exclusivamente el abuso de influencia a fin de obtener una decisión favorable. Otros problemas guardan relación con la penalización del tráfico de influencias por particulares, no solo por los funcionarios públicos que afirman tener influencia sobre sus colegas, y de las situaciones en que la capacidad declarada de ejercer influencia no es real. Una forma de solucionar esos problemas puede ser considerar la posibilidad de tipificar un delito específico, distinto del soborno, que abarque todos los elementos del artículo 18 y, en particular, el abuso intencionado de influencia real o supuesta. De hecho, se señaló como buena práctica que se describieran detalladamente en una disposición independiente las diferentes formas de tráfico ilícito de influencias.

### **3. Abuso de funciones (artículo 19)**

El delito de abuso de funciones, que se describe en la disposición no obligatoria del artículo 19, abarca una amplia variedad de conductas indebidas oficiales y desempeña un papel auxiliar en relación con otros delitos de corrupción más restringidos. Así lo confirmó un Estado parte cuyas autoridades declararon que la ley correspondiente se utiliza en algunos casos como alternativa de una acusación de soborno si no existen pruebas suficientes para demostrar todos los elementos necesarios de este delito concreto. Como se indica en la nota interpretativa sobre el artículo 19, el abuso de funciones “puede abarcar conductas de diversa índole, como la divulgación indebida de información reservada o privilegiada por un funcionario público”<sup>28</sup>.

Casi todos los Estados partes han adoptado medidas para tipificar como delito el abuso de funciones por funcionarios públicos. En un Estado solo se cuenta con sanciones disciplinarias, puesto que la conducta en cuestión está prohibida de conformidad con los reglamentos sobre la función pública. En otros casos se ha preparado legislación para implantar un delito correspondiente o asegurar la aplicación plena de la disposición objeto de examen.

En la mayoría de los Estados partes, la legislación nacional (o, en casos poco frecuentes, el derecho consuetudinario) contiene una disposición penal general en la que se incluyen los principales elementos constitutivos del artículo 19, con títulos como “abuso de poder o autoridad”, “abuso de autoridad y omisión de cumplir funciones oficiales”, “abuso de cargo público”, “abuso doloso de confianza”, “abuso de cargo oficial” o “conducta indebida en un cargo público”, y que se centra en el incumplimiento de las leyes por un funcionario público en el desempeño de sus funciones mediante la realización intencional de un acto o

<sup>28</sup> *Ibid.*, primera parte, cap. III, art. 19, secc. C (pág. 209).

el incumplimiento de sus funciones. Aunque en unos pocos países, en su mayoría del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, no se incluye la abstención de actuar, en otros casos las disposiciones en cuestión van incluso más allá y prescinden por completo de una referencia a un acto o una omisión concretos del funcionario, y abarcan cualquier uso o abuso del cargo o puesto con la finalidad de obtener algún tipo de beneficio.

Aparte de esos delitos de carácter general, los Estados partes se refirieron a una gran variedad de delitos especiales en su legislación, que, a su juicio, guardaban relación con la aplicación del artículo 19, como denegar o retrasar más allá de los plazos legales la concesión de un permiso especial o la tramitación o resolución de un asunto, la existencia de un interés personal en contratos o transacciones en los que participa el funcionario en virtud de su cargo y la omisión de declarar la naturaleza de ese interés, la percepción ilegal de tasas, derechos, impuestos u otros beneficios, el cobro ilícito de salarios, el incumplimiento de limitaciones posteriores al empleo, y la alteración, degradación o destrucción de documentos, datos informáticos y programas informáticos oficiales.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El código penal de un Estado parte tipifica como delito especial las “transacciones incompatibles”, con arreglo a lo cual:

Todo funcionario público que, directa o indirectamente, adquiera un interés en cualquier contrato o transacción en que participe en virtud de sus funciones, a fin de obtener un beneficio en provecho propio o de otra persona o entidad, será sancionado con pena de prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial permanente para ejercer un cargo público. La presente disposición es aplicable a los árbitros, conciliadores, peritos, contadores, custodios, ejecutores, administradores judiciales y liquidadores.

Se considera que la penalización de esta forma especial de abuso de funciones protege los intereses de la comunidad, el prestigio de los funcionarios públicos y, especialmente, la transparencia de la labor administrativa, garantizando así la imparcialidad del servicio público. Por la acción de “adquirir un interés” se entiende procurar un beneficio diferente del establecido por el servicio público, es decir, un beneficio contrario al debido cumplimiento de las funciones oficiales. Esa disposición no exige que se demuestren los daños causados al Estado ni la ganancia personal del autor. Basta el interés del autor para acusarle de abuso de funciones.

Sin embargo, en algunas jurisdicciones no existe una disposición general que abarque las formas básicas de conducta contempladas en la Convención. En muchos Estados partes, especialmente del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, solo se citaron algunos casos concretos de abuso de funciones que estaban comprendidos en las prohibiciones impuestas por el derecho penal aplicable; dichos casos guardaban relación, por ejemplo, con actos de soborno, el uso indebido de información reservada, la vulneración de derechos o intereses privados, la actuación a pesar de un conflicto de intereses, la exigencia de lo que no permite la ley o más de lo permitido o antes de que se deba, la especulación o apuesta sobre la base de acciones o información oficiales, la acción de impedir la ejecución de mandamientos oficiales o la aplicación de leyes estatales, el abuso de la autoridad para forzar a alguien a actuar de determinada manera, la malversación de fondos públicos y la intimidación y agresión. En un caso concreto, las autoridades nacionales alegaron (y los expertos examinadores aceptaron) que la definición de los actos que abarcaba el artículo 19 estaba ya prevista en gran medida en las formas de

soborno que habían de tipificarse como delito punible de conformidad con el artículo 15. Según esa opinión, el abuso de funciones concernía a menudo a formas no consumadas de soborno, por ejemplo, la tentativa de soborno pasivo y la incitación del soborno activo. Además, se sostuvo que, en determinadas circunstancias, la conducta cuestionable estaría comprendida en el ámbito de aplicación de los delitos contra la propiedad, como la malversación o peculado y el robo. Sin embargo, por mucho que esos delitos efectivamente sancionen en cierta medida la conducta expuesta en el artículo 19, siguen teniendo importantes limitaciones y no pueden considerarse totalmente satisfactorios a los efectos de la Convención, que exige una tipificación mucho más amplia que proteja la integridad del servicio público.

Así pues, en la mayoría de los casos se formularon recomendaciones para que los Estados partes antes mencionados estudiaran la posibilidad de reproducir con mayor precisión el tipo penal descrito en el artículo 19 y promulgar legislación que ampliara el ámbito de la penalización del abuso de funciones por funcionarios públicos. Sin embargo, en algunos Estados partes que contaban con catálogos más extensos y aparentemente más completos de delitos especiales comprendidos en la categoría de “abuso de funciones” (soborno, obstrucción de la aplicación de una ley, apropiación indebida, adquisición ilícita de intereses, favoritismo, incumplimiento del deber de secreto, negligencia de actuar en un plazo razonable o negarse a hacerlo, etc.), los examinadores se mostraron razonablemente satisfechos de que la ley nacional estuviera en consonancia con la Convención, pese a que no existiera un delito general que se ajustara al concepto del artículo 19.

#### *Mens rea*

Normalmente, el abuso de la autoridad oficial por funcionarios públicos en perjuicio del interés público solo se clasifica como delito cuando se comete intencionalmente. Ese es el modelo que también promueve el artículo 19. No obstante, en algunos casos la responsabilidad penal se hace extensiva a la conducta temeraria o negligente, por lo que se superan las normas mínimas establecidas en la Convención, lo que algunos equipos de examen consideraron un logro.

#### *Obtención de un beneficio indebido*

En la mayoría de las jurisdicciones, la responsabilidad penal por abuso de funciones presupone que el funcionario público actúe con la finalidad especial de obtener un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona, como lo prevé la Convención, o con el objetivo de causar daño a otra persona. Por lo tanto, son muchas las jurisdicciones en que el funcionario podría ser considerado responsable aunque no hubiera tratado de obtener un beneficio indebido ni ningún otro beneficio. Además, en algunos casos, la ley va incluso más lejos, y se considera penalmente responsable al autor con independencia de que haya actuado con uno de esos fines mencionados, siempre que lo haya hecho arbitrariamente o haya incumplido sus obligaciones oficiales. El hecho de que el delito causara perjuicios a una persona o al sector público o un beneficio indebido podría constituir una circunstancia agravante. Por otra parte, en los casos en que la ley considera que la obtención de un beneficio es un elemento objetivo del delito y no un elemento relativo al propósito del autor, los elementos del artículo 19 no se cumplen plenamente.

#### **Ejemplos de la aplicación**

La legislación de un Estado tipifica dos delitos distintos de abuso del cargo, con requisitos subjetivos diferentes, que en la práctica se complementan. El primero se refiere a toda persona que, siendo empleada de la administración pública, realiza u ordena que



se realice, incurriendo en abuso de la autoridad de su cargo, cualquier acto arbitrario perjudicial para los derechos de otro; y el segundo abarca a todos los funcionarios públicos que utilizan su cargo o puesto en un organismo público para obtener una contraprestación valiosa, ya sea en provecho propio o de cualquier otra persona.

Otro Estado parte parece ir mucho más lejos e incluye (también en dos delitos distintos de abuso del cargo) a cualquier funcionario público que, en el cumplimiento de sus funciones, realice actos ilegales o arbitrarios, actos de acoso o abuso contra las personas o daños a bienes; utilice medios ilícitos o innecesarios para el cumplimiento de la función o la realización del servicio o permita que un tercero lo realice; o simplemente omita, evite o retrase ilegalmente cualquier acto propio de sus funciones.

El sentido de “beneficio indebido” corresponde al de la expresión en la forma en que está aceptada en otros delitos de corrupción previstos en la Convención e incluye los beneficios intangibles y no pecuniarios. En algunos casos se utilizan en la legislación nacional términos como “ingresos o ganancias”, que no parecen incluir los beneficios no materiales.

La desviación más importante del texto de la Convención se observa en un número considerable de Estados en los que es necesario que se produzca un cierto daño, menoscabo o perjuicio (a menudo “importante” o “sustancial”) de los derechos o intereses jurídicos de una persona natural o jurídica, una sociedad, o del Estado, para que el abuso de funciones sea considerado delito. Además, en uno de esos Estados, la aplicación de los delitos pertinentes está sujeta a un límite, de manera que los abusos que impliquen cuantías inferiores a una determinada suma de dinero no se tipifican como delito, sino que se resuelven por vía administrativa. Se aconseja prudencia en relación con esa condición previa de causar perjuicio o pérdidas a alguien. La mayoría de los equipos de examen, aunque no todos, formularon recomendaciones para la eliminación de requisitos restrictivos de esa índole. Sin embargo, en dos ejemplos, los examinadores parecieron hacer caso omiso del requisito previo incluido en las disposiciones nacionales de que el acto arbitrario del funcionario público fuera perjudicial para los intereses o menoscabara los derechos de otra persona. Consideraron, en cambio, que la inexistencia del requisito de una finalidad de obtener un beneficio indebido ampliaba el ámbito de aplicación del artículo 19, o aceptaron el argumento de las autoridades nacionales de que la infracción de las leyes casi siempre causará daño al Estado (el orden jurídico). Por lo tanto, llegaron a la conclusión de que las leyes en cuestión estaban en conformidad con la Convención, lo que no parece estar justificado, en la medida en que no se ofrece ninguna explicación para desestimar el efecto restrictivo de los requisitos adicionales antes mencionados. En cambio, en un Estado con disposiciones similares, se llegó a la misma conclusión solo después de tener en cuenta la jurisprudencia pertinente, lo que permitía considerar que todos los actos arbitrarios de un funcionario público causan alguna forma de perjuicio a un ciudadano, ya sea un daño financiero o la pérdida de su derecho a una decisión informada.

### *Beneficiarios*

En varios casos, los actos concebidos para obtener un beneficio indebido para terceros o para personas jurídicas quedan fuera del ámbito de la ley o sigue existiendo incertidumbre acerca de su alcance. En un Estado, por ejemplo, se estimó que el término “con finalidades interesadas” era demasiado restringido en comparación con el significado de los términos empleados en el artículo 19.

Se observó una desviación menos frecuente, pero más grave, en otro país en el que es posible cometer el delito en beneficio de otra persona, pero no de otra entidad o, lo que resulta

sorprendente, en beneficio propio del funcionario. Aunque en la práctica alguna parte de la conducta en cuestión podría castigarse con arreglo a otros delitos de corrupción existentes, se recomendó que se ampliara la penalización del abuso de funciones de conformidad con los requisitos de la Convención.

### *Eficacia*

Como se señala en un examen, las disposiciones sobre el abuso de funciones guardan relación con uno de los delitos más comunes en el ejercicio de funciones oficiales. Cabe destacar que en un país del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados los delitos en cuestión se cometen con regularidad, y cada año se denuncian unos 30 casos y entre 40 y 50 delitos. Sin embargo, a pesar de ello, relativamente pocos Estados presentaron estadísticas o información sobre jurisprudencia que guardara relación con la cuestión.

### *Problemas*

Al parecer, el principal problema es que se reconozca la importancia de tipificar un delito general que sea suficientemente amplio para incluir todos los tipos de conducta previstos en la Convención. Igualmente, es necesario subsanar la frecuente restricción que supone vincular la tipificación del delito al requisito objetivo de que haya causado daños a una persona o al Estado.

## **4. Enriquecimiento ilícito (artículo 20)**

En la mayoría de los Estados partes no se ha aplicado la disposición no obligatoria relativa al delito de enriquecimiento ilícito, aunque en varios casos hay legislación pendiente de aprobación. Los países pertenecientes al Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe parecen estar más dispuestos a aprobar legislación para penalizar ese delito, mientras que los Estados partes del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados son los más renuentes a hacerlo, prueba de lo cual es que ninguno ha reconocido aún el concepto de enriquecimiento ilícito. Cabe destacar que en dos Estados del Grupo de los Estados de Europa Oriental que penalizan esa conducta los examinadores lo consideraron digno de mención y lo clasificaron en el rubro de logros y buenas prácticas. En algunos casos en que se había incluido un delito de esa índole en la legislación nacional había sido consecuencia de la aplicación de instrumentos regionales de lucha contra la corrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Se comprobó que, en al menos dos Estados que tenían una legislación prácticamente idéntica, las disposiciones por las que se penalizaba el enriquecimiento ilícito no funcionaban independientemente, sino como resultado surgido en el curso de investigaciones contra funcionarios públicos corruptos. Es decir, solamente podían adoptarse medidas para perseguir el enriquecimiento ilícito cuando se estuviera realizando una investigación sobre otro delito de corrupción. Si en el curso de esa investigación existían motivos razonables para creer que un funcionario público poseía bienes que excedían de sus emolumentos presentes o anteriores, se le pedía que explicara ese exceso o, de lo contrario, se le consideraría culpable de un delito distinto del de la investigación principal. Los examinadores de uno de esos Estados se percataron de las limitaciones de ese sistema y expresaron la opinión de que el país en cuestión debería estudiar la posibilidad de eliminar ese requisito de investigación previa, que parece restringir el ámbito de aplicación del delito previsto en el artículo 20.

Cabe señalar que muchos Estados partes han estudiado la posibilidad de tipificar un delito de enriquecimiento ilícito y se han esforzado por evaluar si ello sería compatible con su ordenamiento jurídico nacional, pero han llegado a la conclusión de que no sería apropiado o tuvieron serias dudas sobre la vulneración de los principios fundamentales de la justicia que se percibe que entrañaría, así como sobre las limitaciones constitucionales relativas sobre todo al derecho de ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario según la ley<sup>29</sup>. Se invoca la presunción de inocencia porque el delito de enriquecimiento ilícito depende de la presunción de que la riqueza acumulada ha sido adquirida corruptamente si no se demuestra lo contrario. En muchas jurisdicciones no se considera que esta inversión percibida de la carga de la prueba en una causa penal, que debería en realidad describirse como una presunción refutable, sea compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional. Es más, se opina que podría dar lugar a un riesgo importante de condenar a inocentes cuando simplemente no se dé crédito a su explicación. Por eso, las autoridades de algunos de esos países han dejado absolutamente claro que no existen planes de tipificar un delito de esa clase en un futuro texto revisado del código penal. Un Estado incluso formuló una reserva al artículo 20 cuando ratificó la Convención, y en otra jurisdicción, aunque en un principio se penalizó la ganancia ilícita, luego se anuló al considerarse inconstitucional.

Dado el carácter facultativo del requisito de penalización y la amplia discreción de que gozan los Estados partes en cuanto a su aplicación, los examinadores han aceptado en general esos argumentos y considerado que los países en cuestión han cumplido la obligación prevista en el artículo 20 de considerar la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito<sup>30</sup>. Al mismo tiempo, han elogiado a los países que continúan estudiando otras novedades legislativas alternativas dirigidas a exigir responsabilidad a quienes no expliquen un aumento considerable e injustificado de su patrimonio. Solamente en unos casos insistieron, pese a esas explicaciones, en que los Estados partes examinaran con más atención la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito; en uno de ellos, los examinadores trataron de invalidar los argumentos de las autoridades sobre la presunción de inocencia y llegaron incluso a expresar la opinión de que, si existían impedimentos constitucionales a la penalización del enriquecimiento ilícito, se debía modificar la constitución o, como mínimo, adoptar disposiciones para el decomiso de activos. Asimismo, en los casos en que no se adujo una razón convincente para no aplicar las medidas, pese a las insuficiencias del marco jurídico nacional, se invitó a los Estados partes afectados a que estudiaran la posibilidad de evaluar de nuevo la procedencia de penalizar ese delito concreto.

En los casos en que no se ha tipificado como delito el enriquecimiento ilícito, se busca un efecto similar, en cierta medida, mediante la prohibición de que los funcionarios públicos acepten obsequios que se les ofrezca en su calidad de empleado público, con disposiciones penales sobre el blanqueo de dinero y la ocultación, tal como prevén los artículos 23 y 24 de la Convención, por medio de la inversión parcial de la carga de la prueba en el contexto de los activos pertenecientes a personas que participaron en una organización delictiva o la apoyaron, o a personas extranjeras políticamente expuestas procedentes de países con altos niveles de corrupción, así como a través de disposiciones especiales sobre la falta de justificación de

<sup>29</sup>Véanse los informes del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su tercer período de sesiones, celebrada en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2012 (CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1), párr. 31, y sobre la continuación de su quinto período de sesiones, celebrada en Viena del 13 al 15 de octubre de 2014 (CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1), párr. 26. Sobre las cuestiones relacionadas con la penalización del enriquecimiento ilícito, véase Lindy Muzila y otros, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, serie Stolen Asset Recovery (StAR) (Washington, D.C., Banco Mundial, 2012).

<sup>30</sup>Véase también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 297.

sus recursos por personas asociadas con delincuentes o víctimas de la delincuencia. Además, en un juicio se pueden presentar pruebas de riqueza no justificada, y a menudo se presentan, como pruebas indirectas en apoyo de otros cargos de soborno en el sector público, malversación o peculado, o blanqueo de dinero —de hecho, algunos países de tradición jurídica de *common law* del Grupo de los Estados de África y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico han incluido en sus leyes contra la corrupción o el blanqueo de dinero disposiciones con ese efecto. Asimismo, es muy importante (y más eficaz) el hecho de que varios Estados persigan el enriquecimiento ilícito mediante requisitos de declaración de activos e ingresos, así como procedimientos ampliados de decomiso penal y de decomiso sin que medie una condena. Aunque todas esas soluciones no cumplen directamente los objetivos para los que se estableció el artículo 20, las correspondientes al último grupo (la declaración de activos e ingresos, los procedimientos ampliados de decomiso penal y de decomiso sin que medie una condena) parecen constituir alternativas viables que merecen un examen más atento y se analizan brevemente más adelante.

### *Incremento del patrimonio*

El principal elemento del delito es el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público en comparación con los ingresos lícitos que pueda justificar razonablemente, es decir, el hecho de que se compruebe que posee recursos financieros o bienes desproporcionados a sus fuentes de ingresos o su patrimonio actuales o anteriores, o, como se expresa de manera más general en varias leyes nacionales, que mantenga un nivel de vida superior a lo que correspondería a sus ingresos presentes o pasados. No es necesario establecer, como elemento del enriquecimiento ilícito, que el funcionario público en cuestión cometió abuso de funciones u otros actos prohibidos. Si la legislación nacional exige ese requisito, debería considerarse una restricción que altera la naturaleza y restringe el ámbito del delito. Además, se observaron limitaciones menos importantes en un Estado en que debía probarse que el aumento del patrimonio se produjo “en virtud del empleo, cargo o función de una persona en el servicio público”, así como en dos Estados en que solo se incluía la acumulación o adquisición de bienes obtenidos ilícitamente que superasen un cierto límite (por ejemplo, una cantidad determinada o un porcentaje específico de los ingresos lícitos).

Normalmente, incumbe al fiscal demostrar que ha habido enriquecimiento no justificado, es decir, que el acusado posee bienes de dudoso origen, y que los ingresos del acusado no eran suficientes para adquirir los bienes en cuestión. Una vez que se hayan reunido pruebas suficientes de que el acusado posee un patrimonio mayor que el que pueden justificar su sueldo y otros ingresos lícitos, corresponde al acusado demostrar que ese patrimonio fue adquirido legalmente. Lo anterior respalda la teoría de que el delito de enriquecimiento ilícito no debe considerarse un delito de omisión, sino un delito “activo”, centrado en el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público que este no puede justificar razonablemente en relación con sus ingresos lícitos.

En cuanto al plazo en el que tiene trascendencia un incremento del patrimonio, en la mayoría de los casos la ley abarca todo el plazo posterior al momento en que una persona adquiere la condición de funcionario público. Sin embargo, en algunos casos se especifica que el plazo en que puede considerarse que la situación financiera de una persona es susceptible de verificación finaliza algunos años (por ejemplo, dos o cinco) después de abandonar el cargo, y en otro al parecer solo están comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre el delito los incrementos de patrimonio ocurridos durante el mandato del funcionario público.

### *Categorías de personas abarcadas*

El artículo 20 tiene por objeto abarcar el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, sin ninguna otra especificación en cuanto a las personas comprendidas en su ámbito. Las legislaciones nacionales en las que se penalizan los delitos correspondientes suelen ser más precisas en relación con las categorías de personas cuyo patrimonio está sujeto a examen.

Cabe señalar en primer lugar que no todos los países limitan la aplicación de las disposiciones pertinentes a los funcionarios públicos que posean patrimonios desproporcionados. En al menos 12 Estados partes, las disposiciones aplicables parecen referirse también a ciertos particulares (por ejemplo, las personas a las que se exige una declaración jurada de patrimonio o las que han obtenido algún lucro por contratos celebrados con entidades públicas), o incluso a todos los particulares cuando existen motivos suficientes y razonables para creer que han obtenido la propiedad de bienes muebles o inmuebles por medios deshonestos y sus bienes no guarden proporción con sus fuentes conocidas de ingresos. Además, la legislación de un Estado incluye un delito específico que sanciona el enriquecimiento ilícito de los empleados bancarios. Por lo general, se juzgaron favorablemente esas disposiciones y se consideró que sería útil que los Estados que carecieran de ellas sopesasen la posibilidad de ampliar su legislación para investigar el enriquecimiento ilícito en el sector privado.

Por lo que se refiere a los funcionarios públicos, el delito de enriquecimiento ilícito no se limita por regla general a las personas que siguen desempeñando funciones oficiales, sino que incluye también a las que prestaron servicio con anterioridad en calidad de funcionarios públicos. Además, algunos Estados partes también han penalizado el encubrimiento del enriquecimiento ilícito o han hecho constar que toda persona que ayude a un funcionario público a eludir su responsabilidad haciéndose pasar por el legítimo propietario de los bienes cuestionables también deberá justificar el origen de un incremento significativo de su propio patrimonio. Por lo tanto, se sanciona a los testaferros y demás personas que traten de ayudar al funcionario público corrupto, aunque se señaló que los Estados partes deberían velar por que ello no se usara para evitar castigar el delito más grave de blanqueo de dinero.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El derecho penal de un Estado parte dispone que:

Toda persona que no pueda demostrar el origen lícito de un incremento significativo de su patrimonio, a su nombre o a nombre de un tercero con fines de ocultación, obtenido después de asumir el cargo y hasta 2 años después de abandonarlo, será sancionado con pena de prisión de 2 a 6 años, con una multa del 50% al 100% del enriquecimiento ilícito y con la inhabilitación absoluta y permanente para ocupar un cargo. El enriquecimiento ilícito incluye la cancelación de deudas y la extinción de obligaciones. El tercero que oculte el enriquecimiento ilícito será penalizado con la misma sanción que la impuesta al infractor.

### *Presunción refutable de culpa*

Como se hace patente en la mayoría de las leyes nacionales por las que se tipifica como delito el enriquecimiento ilícito, la carga de la prueba de la procedencia legítima de los fondos o

bienes en cuestión la tiene la persona investigada. Si no presenta una justificación satisfactoria al tribunal de cómo pudo mantener un nivel de vida de esa clase o cómo se hizo con el control de esos recursos financieros o bienes, se considerará que es culpable del delito. Por lo tanto, parece que se establece una presunción refutable de culpa: cuando se haya hecho la acusación sobre el incremento desproporcionado del patrimonio, el acusado podrá presentar una justificación razonable o creíble para evitar la sanción<sup>31</sup>. Esa presunción se afirma explícitamente en algunas jurisdicciones.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte, la ley deja bien sentado que si se demuestra durante el juicio que el acusado en nombre propio o cualquier otra persona en nombre de él ha obtenido la propiedad o se halla en posesión de bienes muebles o inmuebles que no se corresponden con las fuentes conocidas de sus ingresos, el tribunal presumirá que el acusado es culpable de los cargos y si la persona no refuta esa presunción ante el tribunal, la sanción impuesta en función de esa presunción no será ilegal.

En cuanto a la presunción de inocencia, cabe mencionar que las autoridades de un Estado parte defienden la legitimidad de la inversión de la carga de la prueba, como se ha expuesto anteriormente, alegando que nadie es sancionado en función de una presunción, sino sobre la base del hecho cierto y demostrado de que el patrimonio del funcionario público se incrementó durante su mandato en relación con sus ingresos legítimos, de una forma que no puede justificar razonablemente. Las particularidades de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito están justificadas por el hecho de que, aunque la igualdad de trato de todos los ciudadanos está garantizada, los funcionarios públicos tienen mayores responsabilidades debido a sus funciones.

Algunos Estados partes especifican que la inversión de la carga de la prueba guarda relación no solo con el patrimonio que esté estrictamente en posesión del funcionario público, sino también con el patrimonio de las personas que tengan una relación cercana con él y que quepa presumir que están bajo el control del acusado. Además, en algunos casos los delitos previstos incluyen explícitamente el patrimonio de familiares o personas a cargo de un funcionario público.

#### **Ejemplos de la aplicación**

En dos Estados partes con disposiciones idénticas, cuando un tribunal se da por satisfecho en un procedimiento por enriquecimiento ilícito de que, teniendo en cuenta la cercanía de su relación con el acusado y otras circunstancias pertinentes, existen motivos para creer que una persona guarda recursos pecuniarios o bienes en fideicomiso para el acusado o en su nombre, o ha adquirido esos recursos o bienes del acusado como regalo o préstamo sin contraprestación adecuada, se considerará, hasta que se demuestre lo contrario, que esos recursos o bienes han estado bajo el control o en posesión del acusado.

<sup>31</sup> *Ibid.*

En otro Estado, la posesión de bienes desproporcionados con las fuentes conocidas de ingresos de un funcionario público o cualquiera de sus familiares a cargo, de los que no pueda ofrecer una justificación razonable, constituye el delito de conducta indebida delictiva. En la disposición pertinente se incluye una explicación del término “familiares a cargo”, por la que se entiende su cónyuge, hijos e hijastros, padres y hermanos menores que residan con el funcionario y que dependan totalmente de él.

Excepcionalmente, en una jurisdicción se establece otra presunción de culpa relativa al enriquecimiento ilícito en los casos en que un funcionario público no autoriza a las autoridades competentes a investigar sus depósitos o transacciones. Se estimó que esto vulneraba el derecho a no autoinculparse y, en consecuencia, se formuló una recomendación para eliminar dicha presunción.

#### *Utilización de declaraciones de activos e ingresos en lugar de disposiciones sobre el enriquecimiento ilícito*

En muchas jurisdicciones en las que no se había penalizado el enriquecimiento ilícito se alegó, y se aceptó parcialmente, que se podía lograr un efecto similar, aunque no totalmente equivalente, mediante un sistema de control estricto y operativo de los ingresos y activos de los funcionarios públicos (por ejemplo, haciendo constar públicamente su sueldo y los impuestos que pagaban); de esa forma se facilitaba la recopilación de información y se respaldaban la vigilancia y la investigación. Más eficaz aún es un requisito legal de obligado cumplimiento de que los funcionarios públicos presenten declaraciones de activos e ingresos propios, así como de sus cónyuges e hijos a cargo (habitualmente antes de ocupar el cargo y luego todos los años). Cabe la posibilidad de que se pida a las personas obligadas a presentar una declaración que justifiquen los incrementos de patrimonio expuestos en sus declaraciones. No presentar la declaración y declarar información falsa constituye, según la jurisdicción, una infracción disciplinaria, administrativa o incluso penal. Ese sistema está en conformidad con la obligación de los Estados partes de formular políticas que promuevan la transparencia y la obligación de rendir cuentas, como se estipula en el artículo 5, párrafo 1, de la Convención. De hecho, un Estado parte declaró que su ley de divulgación de información financiera fue aprobada, después de acalorados debates en el parlamento, específicamente en el contexto de la aplicación de ese artículo concreto.

#### **Logros y buenas prácticas**

Un Estado parte indicó que tenía un régimen de declaración de patrimonio por el que todos los funcionarios públicos estaban obligados a declarar todas sus fuentes de ingresos en un formulario establecido. Se analizan y verifican las declaraciones y se mantiene un historial de cada funcionario público. Aunque no se hacen públicas las declaraciones, la constitución nacional dispone que todas las declaraciones se pongan a disposición de los ciudadanos para su inspección en los términos y las condiciones que prescriba la asamblea nacional. Se aclaró que, en la práctica, los ciudadanos podían tener acceso a las declaraciones previo pago de una tasa al organismo competente.

**Logros y buenas prácticas (continuación)**

Otro país va incluso más lejos y ha establecido en general el carácter público de todas las declaraciones fiscales. Los pormenores de los ingresos anuales, el patrimonio y las declaraciones fiscales de los contribuyentes pueden consultarse en línea. Asimismo, otras medidas, como las normas de contabilidad y auditoría y las relativas a la libertad de información, contribuyen a prevenir el enriquecimiento ilícito y dificultan que se oculten posibles intentos de acumular ganancias ilícitas. El equipo de examen consideró positiva esa cultura de rendición de cuentas y transparencia.

La introducción de ese sistema también ha resultado útil para facilitar la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito en los países que lo han penalizado. El delito previsto en el artículo 20 de la Convención puede funcionar en paralelo con los delitos de omisión de presentar una declaración de patrimonio o de presentación de una declaración falsa. Además, puede incoarse una causa de enriquecimiento ilícito sobre la base de los datos recopilados después de verificar las declaraciones de activos y pasivos de las personas obligadas a declarar. A veces, la presentación de una descripción o declaración formal de los bienes puede incluso constituir una condición previa estricta para realizar tales investigaciones. No es casualidad que en muchos ordenamientos jurídicos todas esas cuestiones se aborden en el contexto de la misma ley penal especial sobre divulgación del patrimonio, conforme a la cual las personas que puedan ser consideradas penalmente responsables de enriquecimiento ilícito están obligadas también a presentar un informe de divulgación de datos financieros.

Teniendo en cuenta el carácter no obligatorio del artículo 20, se reconoció la utilidad de esa solución alternativa y se formularon recomendaciones a los Estados partes para que estudiaran la posibilidad de establecer sistemas de declaración del patrimonio (y no solo de declaración de intereses), al menos para los funcionarios de alta categoría y los parlamentarios, y para que, en general, adoptaran medidas para mejorar la eficacia de los sistemas existentes, redujeran las deficiencias operacionales y previeran sanciones más eficaces para hacer frente a las declaraciones incorrectas. Por ejemplo, se observó que, en la práctica, en varios Estados partes se cumplimentaban y presentaban formularios de declaración del patrimonio y los ingresos, pero no se verificaban, ya que no existía un proceso de verificación o se carecía del personal adecuado. Por lo tanto, se recomendó que los países objeto de examen se plantearan unificar y racionalizar la tramitación de las declaraciones de ingresos y patrimonio, de forma que una institución específica con los materiales y recursos humanos adecuados se encargara de la tarea de verificar la información recibida, lo que podría efectuarse mediante un sistema de verificaciones puntuales de declaraciones específicas (por ejemplo, concentradas en las categorías de funcionarios públicos que planteasen mayores riesgos) o mediante la rotación anual de los organismos públicos en los que se concentrase el proceso de verificación. También podría estudiarse la posibilidad de introducir sistemas electrónicos de declaración del patrimonio y aumentar el acceso del público a las declaraciones de ingresos y patrimonio de determinadas categorías de funcionarios a fin de que los ciudadanos pudieran formular observaciones sobre su veracidad. En un caso específico se recomendó que se introdujeran sanciones más estrictas por falsificar o facilitar deliberadamente información errónea en una declaración de patrimonio e ingresos, como el decomiso de los bienes no declarados. Por último, en algunos Estados partes se recomendó que se ampliaran los reglamentos sobre declaraciones de patrimonio para que comprendieran más categorías de funcionarios públicos, o incluso todas ellas, no solo los titulares de los cargos políticos y judiciales más altos,



mientras que en otro caso se recomendó incluir a los familiares de las personas obligadas a presentar tales declaraciones<sup>32</sup>.

*Utilización de poderes ampliados de decomiso o de decomiso sin condena en lugar de disposiciones sobre enriquecimiento ilícito*

Algunos países han utilizado otros métodos para lograr un efecto similar al contemplado en el artículo 20, que están relacionados con el régimen de decomiso previsto en el artículo 31, aunque debe dejarse sentado que los principios de decomiso y enriquecimiento ilícito son conceptualmente diferentes y tienen objetivos fundamentalmente distintos, como lo demuestra también el hecho de que se prevean en disposiciones separadas de la Convención (concretamente, el artículo 20 y el artículo 31, párrafo 7). En primer lugar, en un contexto más general, la adquisición de ganancias ilícitas como resultado de actos delictivos relacionados con la corrupción puede dar lugar a la imposición de sanciones materiales, como la incautación y el decomiso del producto del delito o de los bienes derivados del hecho delictivo o utilizados para su comisión. Algunos Estados partes han desarrollado ese concepto e introducido legislación de conformidad con la cual el patrimonio no justificado puede ser embargado y decomisado: *a*) sin que el tribunal penal tenga que demostrar que se derivó del delito concreto por el que se condenó a su propietario (poderes ampliados de decomiso); o *b*) en actuaciones civiles (decomiso civil sin condena). Estas dos posibilidades se explican más a fondo a continuación.

Con arreglo a los poderes ampliados de decomiso, si un tribunal declara a una persona culpable de un delito grave, el tribunal penal (o en algunos casos un tribunal civil que entienda en una demanda interpuesta por el fiscal) podrá ordenar, en los casos previstos por la ley, el decomiso de una parte del patrimonio del delincuente, o de su totalidad, si ese patrimonio pertenece al infractor en el momento de dictar el fallo y si la naturaleza del delito, los ingresos legítimos, la diferencia entre la situación financiera y el nivel de vida de la persona, u otros hechos dan motivo para presumir que la persona ha adquirido el patrimonio a través de otras actividades ilícitas. La decisión de aplicar el decomiso ampliado se adopta sobre la base de pruebas de que los bienes tuvieron su origen en actividades delictivas, si no se demuestra lo contrario. Es decir, el decomiso no se aplica a los bienes cuya adquisición con fondos lícitamente recibidos se haya demostrado.

El decomiso sin que medie condena procede en principio de la tradición jurídica del *common law*, pero también ha sido adoptado en los últimos años por algunos países de tradición romanista. Mientras que en el caso del decomiso ampliado ha de existir condena al menos por un delito, con el decomiso sin que medie condena no se acusa a nadie de una conducta delictiva. Cuando existan motivos razonables para sospechar que el patrimonio total de una persona es superior al valor del patrimonio adquirido lícitamente, un tribunal civil o las autoridades que realicen las investigaciones financieras preliminares antes de remitir el caso al tribunal pueden obligar a la persona a que demuestre que su patrimonio no se deriva de un delito. En las actuaciones civiles de esta índole, la norma probatoria es menos estricta que la ausencia de toda duda razonable. Si las autoridades determinan —sobre la base de un cálculo de probabilidades y la preponderancia de las pruebas— que el patrimonio se derivó de actividades delictivas y la persona implicada no puede demostrar su procedencia lícita, el tribunal

<sup>32</sup>Véase el informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su tercer período de sesiones (CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1), párr. 31, en el que se indica la importancia de incluir a funcionarios clave, como los parlamentarios y los magistrados, y de que existan mecanismos eficaces de seguimiento. Sobre la elaboración de sistemas eficaces de declaración de ingresos y patrimonio de funcionarios públicos, véanse Banco Mundial y UNODC, *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*, serie Stolen Asset Recovery (StAR) (Washington, D.C., Banco Mundial, 2012); y Ruxandra Burdescu y otros, *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-Offs*, serie Stolen Asset Recovery (StAR) (Washington, D.C., Banco Mundial, 2012).

podrá decretar el decomiso de los activos u ordenar que pague una proporción del patrimonio que corresponda a su valor.

Se acogió con beneplácito este enfoque innovador para abordar las preocupaciones sobre el patrimonio no justificado y el enriquecimiento ilícito fuera del ámbito del sistema de justicia penal. Cabe destacar que, en un caso en que las disposiciones pertinentes se combinaban con un elevado grado de protección otorgado al acusado, se observó que la eficacia de esas medidas sería interesante para futuros exámenes como alternativa importante para hacer frente al problema del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, los Estados partes deberían velar por que los procedimientos aplicables sean eficaces. Por ello, en un caso en que el decomiso resultaba prácticamente imposible debido a un requisito mínimo de demostrar que el valor de los bienes no justificados equivalía al menos a 1.500 veces el salario mínimo, se recomendó que se eliminara el obstáculo que constituía ese límite.

### *Medidas procesales*

Aun en los casos en que no se han adoptado leyes penales generales o medidas punitivas equivalentes para hacer frente al enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, existen medidas procesales prácticas que pueden adoptarse para ocuparse eficazmente de esa conducta. Por ejemplo, en un caso se puso de relieve como buena práctica que fomentaba los objetivos de la Convención un mecanismo detallado que facilitaba la investigación de presuntos casos de patrimonio ilícito.

#### **Logros y buenas prácticas**

En un Estado parte, el Director de la Acusación Pública puede solicitar a un juez que dicte una orden de investigación sobre la base de pruebas de que determinada persona: *a)* mantiene un nivel de vida superior a lo que correspondería a sus fuentes de ingresos o a sus bienes presentes o pasados conocidos; o *b)* controla o posee recursos financieros o bienes en una cuantía desproporcionada con sus fuentes de ingresos o su patrimonio presente o pasado conocidos; y *c)* mantiene dicho nivel de vida mediante la realización de actividades corruptas o ilícitas; y *d)* esa investigación puede descubrir información pertinente sobre actividades ilícitas. Seguidamente, el Director puede citar al sospechoso o a cualquier otra persona indicada en la orden de investigación para que responda a preguntas o aporte pruebas. La información puede utilizarse para incautarse de bienes o decomisarlos, o para continuar la investigación penal. Si bien ese procedimiento aún no se ha aplicado en la práctica, se están elaborando directrices para facilitar su debida aplicación.

### *Eficacia*

Incluso en los Estados que reconocen el concepto de enriquecimiento ilícito, las disposiciones pertinentes en ocasiones siguen siendo objeto de debate en círculos académicos y judiciales. Por ejemplo, en un Estado parte se pidió recientemente al tribunal supremo que se pronunciase sobre la constitucionalidad de las disposiciones sobre el delito de enriquecimiento ilícito, y las autoridades declararon que habían tratado de orientar su aplicación e interpretar sus términos de un modo que respetase los derechos de las personas y de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional. Esa controversia en curso puede explicar

hasta cierto punto la aplicación limitada de esas disposiciones. Algunos Estados partes reconocieron que las disposiciones correspondientes no se habían aplicado nunca en la práctica o expresaron preocupaciones relativas al respeto del principio de legalidad en los futuros casos en que se aplicara. Relativamente pocos Estados partes facilitaron estadísticas o comunicaron logros, o al menos informaron de casos pendientes de juicio, en el momento de realizarse los exámenes.

La aplicación limitada de las disposiciones sobre ese delito en la práctica también parece ser, en parte, resultado de deficiencias operacionales y obstáculos procesales. Por ejemplo, un Estado parte se refirió a los impedimentos con que se había tropezado para formular acusaciones debido a las dificultades para realizar perfiles financieros, analizar el capital líquido y localizar e incautarse de activos. En otro Estado solo se puede enjuiciar a una persona por enriquecimiento ilícito si existe un informe previo del tribunal superior de cuentas. Se instó, por lo tanto, a ese Estado parte a que estudiara la posibilidad de permitir que el ministerio público iniciara investigaciones a partir de sus propias pruebas sin necesidad de que se emitiera con anterioridad tal informe. Análogamente, en otro caso se indicó que la legislación vigente sobre el enriquecimiento ilícito no daba resultados satisfactorios debido a una tramitación prejudicial engorrosa de los delitos pertinentes, en la que el órgano encargado de la verificación de las declaraciones de patrimonio no tenía facultades para solicitar directamente información bancaria de un funcionario a las entidades financieras y bancarias, sino que debía obtener antes la orden correspondiente del pleno del tribunal supremo de justicia. Se recomendó, por lo tanto, que se modificase la legislación aplicable.

### *Problemas*

Además de las deficiencias operacionales que daban lugar a pocos casos de aplicación práctica, los problemas más importantes para la aplicación del artículo 20 guardan relación con las razones que se han citado para no tipificar como delito el enriquecimiento ilícito a nivel nacional, en particular las limitaciones constitucionales y equivalentes relativas al principio de la presunción de inocencia y la carga de la prueba en casos penales. Otros problemas detectados guardan relación con las deficiencias de los sistemas de declaración del patrimonio y los ingresos y con la aplicación y posible superposición de leyes vigentes, como la legislación tributaria y la legislación contra el blanqueo de dinero, a casos de enriquecimiento ilícito.

## **C. Delitos en el sector privado**

### **1. El soborno en el sector privado (artículo 21)**

El artículo 21 de la Convención es una disposición de carácter no obligatorio que destaca la importancia de exigir integridad y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales<sup>33</sup>. También aborda la creciente tendencia a externalizar o privatizar determinados sectores de actividad —como los servicios públicos y los servicios básicos— que tradicionalmente han estado a cargo de los Estados o de organismos públicos, así como la utilización de alianzas entre los sectores público y privado. En esas circunstancias, puede resultar bastante difícil hacerse una idea de quién es funcionario o empleado de un organismo público. Por ello, es importante que el trato dado al sector privado y al sector público en las políticas de lucha contra la corrupción no sea demasiado diferente.

<sup>33</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 298.

En el momento en que se efectuaron los exámenes, casi dos tercios de los Estados partes habían adoptado medidas para tipificar como delito el soborno en el sector privado, en parte en virtud de instrumentos regionales anteriores, como el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. En un Estado parte de estructura federal, pese a no existir una ley de ámbito federal sobre el soborno comercial, los actos de soborno en el sector privado se habían perseguido eficazmente con arreglo a otras leyes conexas, y además estaban penalizados en medida considerable a nivel de los estados. En otros casos solo estaba tipificado el soborno activo, pero también había países con la situación inversa (en que solo estaba penalizado el soborno pasivo); en estos casos, los actos de soborno activo podían ser enjuiciados como participación en el delito cometido por el receptor del soborno. Además, en algunos casos los actos de soborno pasivo en el sector privado podían cumplir los requisitos para ser juzgados como delitos generales de abuso de confianza o adquisición de bienes por medios ilícitos. En varios países se habían adoptado leyes que penalizaban el soborno en el sector privado, y en el caso de otro Estado parte se señaló la necesidad de promulgar una legislación de ese tipo con carácter prioritario.

Los grupos regionales en que es menos probable que los miembros hayan tipificado el delito de soborno en el sector privado son el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe. En algunas jurisdicciones de tradición jurídica romanista del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, los países examinados argumentaron que la conducta en cuestión podía perseguirse como un tipo de comportamiento fraudulento de conformidad con las disposiciones pertinentes de sus respectivos códigos penales (o analizaron esa posibilidad). No obstante, esa posibilidad debería considerarse con reservas, ya que es poco probable que los delitos de fraude aplicables, que por regla general incluyen los elementos restrictivos del engaño y la pérdida económica, puedan abarcar las situaciones previstas en el artículo 21. Lo mismo ocurre con los delitos relacionados con la divulgación de secretos o información referentes a la labor de un empleador del sector privado.

En cuanto al método de tipificación como delito, muchos países han optado por utilizar las mismas disposiciones que se aplican al soborno de funcionarios públicos, sin establecer ninguna distinción esencial entre el soborno en el sector público y en el sector privado. Ese enfoque se consideró una buena práctica y una contribución a la lucha contra la corrupción, principalmente porque reducía la posibilidad de aprovechar resquicios legales al determinar las disposiciones aplicables, por ejemplo, a las entidades del sector privado que prestaran un servicio público o a las alianzas entre el sector público y el sector privado.

Los elementos básicos de los delitos de carácter facultativo de soborno activo y pasivo son idénticos a los que figuran en el artículo 15 (la promesa, el ofrecimiento o la concesión, y la solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en provecho del receptor o de otra persona). Los delitos abarcan los beneficios tangibles e intangibles, ya sean pecuniarios o no pecuniarios, así como los casos en que no se llegue a ofrecer ningún regalo u otro beneficio. En ocasiones, las leyes nacionales presentan problemas similares a los observados en el marco del artículo 15, por ejemplo, en relación con los elementos de promesa y ofrecimiento, solicitud, soborno indirecto, beneficios para terceros o el alcance del beneficio indebido; sin embargo, esos problemas parecen darse con menos frecuencia y causar menos obstáculos que en el caso del artículo 15. Además, a veces la legislación nacional va más lejos que la Convención en aspectos como los que se describieron en relación con el artículo 15, y abarcan, por ejemplo, los pagos *a posteriori* o los casos en que no puede establecerse una conexión clara entre el beneficio ilícito y un acto u omisión del receptor.

### *Categorías de personas incluidas*

En el artículo 21 se considera como un posible receptor ilícito a toda persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, con independencia de su cargo. Por lo tanto, el artículo se aplica a los directivos y a los empleados de todos los niveles jerárquicos de las entidades del sector privado, así como a los agentes y consultores de empresas, los profesionales y los empresarios unipersonales, e incluso a las personas jurídicas o fundaciones sin ánimo de lucro, y las organizaciones de voluntariado y deportivas (naturalmente, en la medida en que se dediquen a actividades económicas, financieras o comerciales). En más de 12 Estados partes que tienen disposiciones penales contra el soborno en el sector privado, en su mayoría del Grupo de los Estados de Europa Oriental, se observaron problemas en relación con las categorías de personas incluidas. En esas jurisdicciones, la legislación nacional se aplica a una serie incompleta de personas jurídicas (por ejemplo, solo a las sociedades o instituciones financieras), regula la conducta de solo algunas categorías de personas susceptibles de recibir sobornos (por ejemplo, los corredores, intermediarios, fideicomisarios y abogados), o utiliza definiciones más restrictivas de las personas interesadas (por ejemplo, las que administran empresas de terceros o dirigen entidades jurídicas de derecho privado, actúan en nombre de tales entidades o de otras personas físicas, y desempeñan funciones administrativas, de supervisión o de gerencia, o funciones relacionadas con la organización de movimientos de activos), incluyendo principalmente a las personas que ocupan altos cargos de gestión. En consecuencia, se consideró necesario formular recomendaciones para lograr la aplicación plena del artículo 21.

En otra jurisdicción se ha adoptado un planteamiento diferente, con arreglo al cual toda persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella es susceptible de cometer delito de soborno, aun cuando la función o actividad desempeñada por esa persona no tenga relación con el país o se realice fuera de este, por lo que quedan comprendidos todos los empleados del sector privado, con independencia del país en que estén empleados, la nacionalidad de su empleador o los efectos de sus actos en la competencia interna o en la marcha de las actividades en el Estado de que se trate. Este enfoque favorece la consecución de los objetivos de la Convención. Del mismo modo, en otro Estado, el término empleado para describir a un posible receptor de sobornos se interpreta de forma tal que incluye a cualquier persona que realice una tarea al servicio de una persona física o una persona jurídica, con independencia de que esa persona conste o no en plantilla o tenga un contrato laboral. Basta que se haya encomendado a esa persona la realización de una tarea, remunerada o no, al servicio de la persona jurídica.

El hecho de emplear el término “agente” y de basar el delito de soborno en el sector privado en la relación entre el agente y el autor —concepto que, como ya se ha mencionado, está relativamente extendido entre los países que aplican el *common law*— ha dado lugar a una polémica acerca de si cabe considerarlo adecuado para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21. Es cierto que en la mayoría de los casos los expertos examinadores expresaron reservas en relación con ese método, sobre todo debido a una aparente incertidumbre con respecto a su aplicación a los directores y al personal de la administración superior (si se aplica solo a ellos o si, por el contrario, los excluye) y recomendaron que los Estados en cuestión estudiaran la posibilidad de ampliar el alcance de la penalización para incluir las transacciones fuera de ese contexto y englobar todas las conductas previstas en el artículo 21 de la Convención. No obstante, se confirmó que en al menos tres Estados que tienen disposiciones prácticamente idénticas, por “agente”, tal como se define en las jurisdicciones basadas en el *common law*, se entiende toda persona empleada por otra o que actúe en nombre de otra, incluidos los directores generales y los directores de entidades jurídicas, lo que lleva a concluir que en esos países el artículo 21 se aplica plenamente. En uno de ellos, la amplia

definición del término “agente” se destacó incluso como una buena práctica. Por lo tanto, el tema merece un examen más a fondo, en vista del considerable número de países afectados y del carácter no obligatorio del artículo.

### *Incumplimiento de funciones*

En cuanto a la conducta de la persona sobornada, el artículo 21 se interpreta en principio en el sentido de que se refiere a un delito de abuso de confianza, que contempla los casos en que se induce a los receptores ilícitos a actuar o a abstenerse de actuar faltando al deber inherente a sus funciones, y como un medio de salvaguardar principalmente la relación de confianza entre el empleador y el empleado. Efectivamente, la mayoría de los Estados han adoptado este criterio para delimitar el ámbito de sus delitos o aplican normas en gran medida equivalentes, como la ocultación del beneficio ilícito al empleador o mandante en incumplimiento de los requisitos de la buena fe, o la falta de conocimiento, autorización o consentimiento de la persona responsable de las actividades del empleado. Entre esos Estados figuran varios países de tradición jurídica basada en el *common law*, donde el delito de soborno en el sector privado engloba toda transacción por la que de forma corrupta se ofrezca o se prometa a un agente (es decir, una persona empleada por otra o que actúe en su nombre) un regalo o contraprestación, que este acepte, como incentivo o recompensa por realizar o abstenerse de realizar, o haber realizado o haberse abstenido de realizar, cualquier acto en relación con los asuntos o actividades de su mandante, o por favorecer o desfavorecer a cualquier persona en relación con los asuntos o negocios de su mandante. Tal como se interpreta en este caso, la expresión “de forma corrupta” indica que la transacción ha de tener lugar de manera encubierta, en contravención de las obligaciones del agente.

Dado que las obligaciones de la persona que recibe el soborno se definen, en su mayor parte, por referencia a las instrucciones y el asentimiento de su empleador, esos criterios alternativos también deberían considerarse, en su mayor parte, en consonancia con el espíritu de la Convención. Dicho esto, cabe señalar que los expertos encargados del examen recomendaron en general que esos criterios se eliminasen, o acogieron favorablemente la existencia de planes legislativos encaminados a sustituirlos y a centrar la atención en la conducta contraria a las obligaciones del receptor, con objeto de ajustar mejor las disposiciones nacionales al texto del artículo 21.

### **Ejemplos de la aplicación**

Los códigos penales de dos Estados partes contienen disposiciones especiales idénticas sobre el soborno en el sector privado que se aplican a toda conducta que implique a personas que, sin ser funcionarios públicos, desempeñen o realicen, en el ámbito de sus actividades profesionales o sociales, una función directiva o cualquier ocupación para cualquier persona, ya sea física o jurídica, o cualquier otra entidad, a fin de conseguir la realización o no realización de cualquier acto en el marco de su ocupación o función, o facilitado por su ocupación o función, en incumplimiento de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales.

En otro Estado, el elemento central de la tipificación como delito del soborno en el sector privado no es el incumplimiento de funciones propiamente dicho, sino la ocultación al empleador del regalo o la promesa, en contra de los requisitos de la buena fe. El factor decisivo es si el empleado tiene la obligación de declarar el regalo o la promesa conforme a criterios objetivos, que deben determinarse y evaluarse desde un punto de vista externo.

Ello supone también que si el empleado tiene alguna duda acerca de si debe o no declarar un regalo concreto, está obligado a informar de ello a su empleador, o al menos a consultarle. Solo están exentos de esta obligación los beneficios que puedan considerarse regalos habituales en la actividad comercial sobre la base de normas sociales objetivas, incluidas las prácticas comerciales reconocidas. Esto significa que los regalos que deben notificarse son de por sí, en general, cuestionables o, en todo caso, están destinados a influir más allá de lo normal. El autor de un acto de corrupción activa en el sector privado queda sujeto a sanción incluso si el empleado receptor, en contra de lo esperado, informa del regalo a su empleador.

Aparte de esto, en algunos casos los Estados partes han adoptado disposiciones complementarias para situaciones específicas en que el empleado corrupto no cumpla sus obligaciones para con su empleador, como los actos de soborno destinados a conseguir la retirada o la no convocatoria de una licitación para adjudicar un contrato, el soborno de quienes participen en competiciones deportivas o espectáculos profesionales y comerciales u organicen tales competiciones o espectáculos, o los sobornos destinados a obtener un préstamo, un anticipo, una garantía o cualquier otra facilidad de crédito de un director, gerente, oficial o empleado de un banco.

En los casos en que la legislación nacional no exige que haya incumplimiento de funciones como elemento constitutivo del delito, como suele ocurrir, por ejemplo, cuando los Estados partes utilizan la misma definición de soborno en el sector público y en el sector privado, ese tipo de disposiciones van más allá de lo que exige la Convención y otorgan, de hecho, un peso igual, o incluso mayor, a la protección de la libre competencia. Lo mismo puede afirmarse respecto de las leyes que exigen que el beneficio ilícito se conceda con objeto de que los empleados realicen o se abstengan de realizar algún acto en favor de los intereses del sobornador, en la medida en que está claro que ninguna incitación al incumplimiento de funciones quedará fuera del ámbito de una disposición de ese tipo. Por el contrario, la legislación nacional que se refiere a determinados tipos de efectos del acto realizado (por ejemplo, que exige que la actuación del sobornado cause, o se realice con la intención de causar, un daño o un perjuicio a las personas por él representadas; que constituya un acto de competencia desleal o un acto inadmisibles de favoritismo en beneficio de un comprador o un receptor de mercancías o servicios o de otra prestación; que distorsione la libre competencia; o que altere el sistema de producción del país) añade otro elemento constitutivo a la descripción del delito que restringe su ámbito de aplicación, apartándose de las disposiciones de la Convención.

*En el curso de actividades económicas, financieras o comerciales*

En algunos países, la ley establece que el soborno en el sector privado constituye delito únicamente en la medida en que el acto se haya cometido en el curso de actividades económicas o comerciales, ajustándose así al concepto básico del artículo 21. La interpretación amplia otorgada por un Estado a la expresión “actividades comerciales”, que llega a incluir actividades benéficas o el trabajo no remunerado para organizaciones no gubernamentales, se definió como una buena práctica. Esa misma observación debería considerarse aún más pertinente en el caso de la práctica en la mayoría de los Estados partes, que prescinden por completo de un vínculo económico o comercial y aplican delitos más generales, sin referirse en absoluto al carácter de las actividades concernidas.

Por otra parte, en algunos países la legislación limita el soborno en el sector privado al incumplimiento de las obligaciones en la compraventa de bienes o la contratación de servicios profesionales, o a la obtención o el mantenimiento de un contrato u otro beneficio. Esta condición puede resultar excesivamente restrictiva, al igual que el requisito, aplicado en otros Estados partes, de que exista una reclamación previa de las partes que tengan derecho a emprender una acción civil, incluidos los competidores y las autoridades estatales, para que se puedan iniciar las actuaciones.

### *Eficacia*

Solo unos pocos países han presentado ejemplos de la aplicación o estadísticas de los enjuiciamientos y las condenas. Varios Estados partes informaron de que no había habido condenas o enjuiciamientos relacionados con el delito mencionado, o comunicaron que en la práctica se denunciaban e investigaban muy pocos casos en que se aplicasen las disposiciones correspondientes. Tan solo en un caso observaron los expertos examinadores que la aplicación de las leyes había sido más estricta en los últimos años, lo que obedecía a la prohibición del soborno en las transacciones comerciales en el extranjero. En contraste, el soborno interno en el sector privado no parecía haber atraído la misma atención que el soborno de funcionarios públicos.

### *Problemas*

En muchos países, una dificultad importante en relación con la aplicación del artículo 21 parece ser la necesidad de superar la clara concentración en la protección del sector público. En varios casos, el soborno en el sector privado se penaliza únicamente si la empresa o sociedad es en parte propiedad del Estado. Como observaron las autoridades nacionales de un país, en diversos sectores se percibe que la penalización generalizada de esa conducta puede tener consecuencias negativas; esto indica la necesidad de iniciar consultas entre todas las partes interesadas (la sociedad civil, la comunidad empresarial, el Gobierno y los legisladores), como un paso hacia la aplicación de la disposición que se examina, y de velar, en particular, por que toda persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella esté incluida entre aquellos que pueden ser objeto de soborno. Es posible que la tipificación del soborno en el sector privado exija un cambio fundamental de actitud, especialmente en los países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, que son los que parecen tener más reservas con respecto a este delito particular.

## **2. Malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22)**

Con la notable excepción de algunos países, todos los Estados partes han adoptado medidas destinadas a penalizar la malversación o peculado en el sector privado, una disposición no obligatoria, aunque muchos de ellos lo han hecho de forma parcial o fragmentada. En tres casos quedaron dudas sobre la pertinencia de la legislación citada y el grado en que se contemplaba la conducta en cuestión, mientras que en otros se comunicó que, cuando se realizaron los exámenes de los países, se estaban estudiando y debatiendo medidas para aplicar el artículo de manera más completa. Además, un Estado parte con estructura federal carecía de una ley federal que prohibiera la malversación o peculado en el sector privado en todas las circunstancias. No obstante, en su lugar podía recurrirse a distintas leyes federales que permitían incluir numerosas situaciones conexas, y la malversación o peculado en perjuicio de una entidad privada estaba penalizada principalmente en virtud de la legislación de los estados.



Como ocurre en el caso de la malversación en el sector público, existe una gran variedad de expresiones y conceptos que se utilizan para declarar la responsabilidad penal por la conducta en cuestión o por algunos aspectos de esta, como, por ejemplo, “fraude por los directivos de una empresa”, “robo”, “hurto”, “apropiación ilícita”, “desviación de bienes”, “incumplimiento de la obligación fiduciaria”, “abuso de poder”, “abuso de confianza” o “abuso de autoridad”. Las observaciones formuladas sobre el artículo 17 fueron parecidas a las formuladas con respecto al artículo 22 en cuanto al grado de armonización de las distintas leyes nacionales con lo dispuesto en la Convención, e incluso a la existencia de numerosas incongruencias y solapamientos entre los elementos fácticos de los delitos aplicables. Si bien en muchos casos había algunos aspectos de la conducta en cuestión que no estaban contemplados, en otros países se estimó que los delitos tipificados (por ejemplo, el “hurto de bienes” en un país) eran demasiado vagos, pues no se especificaba qué actos equivalían a malversación o peculado en el sector privado. Por consiguiente, en varios casos se formularon recomendaciones con miras a que los Estados partes estudiaran la posibilidad de adoptar disposiciones específicas que reprodujeran con más precisión el tipo delictivo descrito en el artículo 22, o a que considerasen la posibilidad de consolidar en una sola disposición la legislación nacional dispersa, con objeto de incrementar el valor operacional de la ley. No obstante, y tal vez a diferencia de la impresión creada por algunos exámenes de países del Grupo de los Estados de África, debe quedar claro que el delito en cuestión tiene un alcance más limitado que el que se tipifica en el artículo 17, dado que prevé la malversación, pero no la “apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes” por un particular, y no define ninguna finalidad específica por parte del autor en el sentido de que el acto se cometa “en beneficio propio o de terceros u otras entidades”.

#### *Categorías de personas incluidas*

Como se señaló en relación con el artículo 17, muchos países no establecen distinción alguna entre el sector privado y el sector público, y aplican los mismos delitos de malversación o peculado o de apropiación indebida a ambos sectores. En uno de esos casos, los delitos generales de malversación o peculado se aplican solo a los particulares que administren fondos o activos del sector público, bienes privados sujetos a administración judicial o que hayan sido embargados preventivamente o incautados, o activos de sociedades privadas con participación del Estado, lo que no satisface las exigencias de la Convención.

Entre los países que cuentan con disposiciones específicas para el sector privado, hay Estados en que los delitos de malversación o peculado parecen limitarse a los directores y funcionarios de sociedades o empresas, a las personas que constituyen o gestionan una sociedad, o a los empleados de determinadas instituciones o entidades (por ejemplo, entidades “financieras”, empresas en que el Estado “tiene participación”, organizaciones no gubernamentales, fundaciones, cooperativas o entidades de la “economía popular y solidaria”). Si bien esas disposiciones deberían englobar la inmensa mayoría de los casos, la Convención se refiere, utilizando los mismos términos que en el artículo 21, a toda persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, lo que incluye a los empleados de categorías inferiores y a las personas que trabajan para profesionales liberales y empresas unipersonales. Por lo tanto, se recomendó a los países en cuestión que consideraran la posibilidad de ampliar el alcance de las disposiciones aplicables o que, al menos, vigilaran la aplicación de las disposiciones relativas a los delitos pertinentes, a fin de evaluar la posible existencia de lagunas y subsanarlas. Dicho esto, cabe señalar que algunos Estados que cumplen con lo dispuesto en la Convención han tipificado también otros delitos para perseguir específicamente la malversación o la apropiación indebida por los directivos, administradores o empleados de una empresa.

### *Objeto del delito*

Algunos problemas ya analizados en relación con el artículo 17 y que también se plantean en este caso son los actos que causan un daño mínimo y la inclusión de todas las formas de bienes, especialmente de bienes inmuebles. Esta última cuestión constituye un problema incluso en los Estados en que la malversación o peculado en el sector privado está tipificada como un delito específico, especialmente en los países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico. Si bien en algunos casos, como ocurrió también con el artículo 17, los examinadores aceptaron que la malversación o peculado de bienes inmuebles podía penalizarse en virtud de las disposiciones generales sobre fraude, falsificación o deslealtad, en otros casos recomendaron que los países interesados considerasen la posibilidad de modificar su legislación y, en particular, que adoptasen las medidas necesarias para hacer extensivas las definiciones existentes sobre los bienes muebles a todo bien, título o fondo privado o a cualquier otra cosa de valor. De igual modo, en un Estado donde la ley pertinente únicamente contemplaba los bienes recibidos en calidad de préstamo o arriendo o en virtud de un contrato, se planteó la necesidad de ajustar más estrechamente la legislación nacional al espíritu de la Convención.

### *Abuso de confianza*

El artículo 22 se refiere a los bienes, fondos o títulos privados o cualquier otra cosa de valor confiados a una persona de una entidad privada por razón de su cargo, lo que engloba el concepto de incumplimiento de obligaciones fiduciarias de confianza y diligencia. Algunos examinadores consideraron necesario que los Estados partes adaptaran su legislación a este elemento distintivo de la malversación o peculado incluyendo sanciones específicas para las personas a las que se hubieran confiado fondos o títulos privados o cualquier otro bien por razón de su cargo. Sin embargo, como ya se indicó en relación con el artículo 17, no cabe excluir que los delitos que no tengan esa referencia y que engloben todos los bienes pertenecientes a otra persona, con independencia de cómo entraran en posesión del autor del delito, se ajusten igualmente a lo dispuesto en la Convención. La práctica de algunos Estados de tener en cuenta la condición exacta en virtud de la cual el infractor recibió los bienes malversados (por ejemplo, en calidad de guardián o custodio judicial) para determinar si se aplicaba una variante agravada del delito se consideró un logro.

#### **Logros y buenas prácticas**

En dos Estados con una tradición jurídica común, las penas por malversación o peculado se endurecen en función del valor de los bienes malversados y en mayor medida si el autor del delito recibe el bien en depósito por imposición legal, por razón de su ocupación, empleo o profesión o en calidad de tutor, fideicomisario o custodio judicial.

### *En el curso de actividades económicas, financieras o comerciales*

Otro aspecto que cabe mencionar con respecto al artículo 22 es que muchas de las disposiciones nacionales que tipifican como delito la malversación en el sector privado tienen un ámbito de aplicación más amplio que el previsto en la Convención, ya que no se limitan a los actos cometidos en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales. Por otra parte, como para subrayar el hecho de que esas actividades constituyen la principal esfera de interés de las disposiciones pertinentes, al menos un país ha tipificado por separado el delito de malversación o peculado en el sector bancario y financiero.

### *Eficacia*

Por último, en lo que se refiere a la penalización práctica del delito, solo unos cuantos países han facilitado datos estadísticos. Sin embargo, ello no debe interpretarse necesariamente como señal de ineficacia, ya que, por ejemplo, en un Estado se observó que la mayoría de los enjuiciamientos por malversación se referían a casos del sector privado. No obstante, en un país donde el enjuiciamiento por malversación o peculado en el sector privado solo era posible tras una denuncia de la víctima si no existían circunstancias agravantes, se recomendó que, para aumentar la eficacia, se estudiase la posibilidad de suprimir esa disposición.

## **D. Blanqueo de dinero y conducta conexa**

### **1. Blanqueo del producto del delito (artículo 23)**

Existe una notable uniformidad entre los Estados partes en la tipificación del blanqueo de dinero, pese al amplio alcance de este delito particular, su complejidad y las numerosas controversias que ha suscitado desde que despertó la atención de la opinión pública internacional. Como pusieron de manifiesto los exámenes efectuados en los países, las disposiciones nacionales contra el blanqueo de dinero se han elaborado en gran parte sobre la base de los principios enunciados en una serie de tratados e instrumentos internacionales, entre los que figuran, aparte de la Convención aquí examinada, que se basa en iniciativas anteriores y supone un adelanto con respecto a ellas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (firmada en Palermo, Italia, en 2000). Las evaluaciones periódicas específicas que llevan a cabo mecanismos como el Grupo de Acción Financiera y otros órganos regionales con funciones similares también desempeñan innegablemente un papel importante en la determinación y armonización del contenido de las leyes pertinentes<sup>34</sup>. Muchos países se han beneficiado de la asistencia técnica prestada por esos grupos especializados y de sus recomendaciones.

En consecuencia, casi todos los Estados partes han adoptado medidas para tipificar el blanqueo de dinero como delito. En la mayoría de los países, incluidos todos los del Grupo de los Estados de África, se han aprobado leyes especiales contra el blanqueo de dinero. Otros países, incluidos casi todos los del Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados, han actuado a nivel del código penal. En un caso inusual de coincidencia de delitos en una ley especial y en el código penal, se propuso que el delito que tenía un sentido más restringido, el del código penal, se eliminara o, al menos, que su texto se armonizara plenamente con el del delito de alcance más amplio.

En algunos casos se comprobó que los legisladores nacionales habían establecido regímenes fuertes, sólidos y robustos para prevenir y detectar el blanqueo de dinero. No obstante, se observaron deficiencias técnicas o incluso lagunas importantes en una serie de reglamentos de aplicación de las leyes, especialmente en lo que respecta a la conducta descrita en el

---

<sup>34</sup>Entre esos órganos figuran el Comité Especial de Expertos sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo del Consejo de Europa, el Grupo de Asia y el Pacífico sobre Blanqueo de Dinero, el Grupo contra el Blanqueo de Dinero de África Oriental y Meridional, el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica contra el Lavado de Activos (GAFILAT, anteriormente GAFISUD), el Grupo Euroasiático contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, el Grupo de Acción Financiera del Caribe, el Grupo Inter gubernamental de Acción contra el Blanqueo de Dinero en África Occidental y el Grupo de Acción Financiera del Oriente Medio y África del Norte.

párrafo 1 *a*) ii) y *b*) i) del artículo 23, así como en partes del párrafo 2 *a*) a *c*). Además, en un gran número de Estados partes no todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención se consideraban delitos determinantes a los efectos del blanqueo de dinero, mientras que en otro Estado el ámbito del delito de blanqueo de dinero se limitaba a las operaciones bancarias y financieras y a otras operaciones económicas, que, aunque se interpretaran de forma amplia, no englobaban todas las esferas en que puede blanquearse el producto del delito. Debido a esas deficiencias, y si bien en algunos casos se observó que se había introducido legislación para aplicar plenamente el artículo, se formularon recomendaciones pertinentes y, por lo menos en un caso, urgentes para que los países en cuestión promulgaran las leyes necesarias. A continuación, se facilita información más específica.

### *Conversión o transferencia*

En primer lugar, el artículo 23, párrafo 1 *a*) i), exige que la conversión o la transferencia de bienes sea delito cuando el acusado sepa que esos bienes son producto de un delito y los convierta o transfiera con uno de los dos objetivos siguientes: *a*) ocultar o disimular su origen ilícito (por ejemplo, para ayudar a impedir su descubrimiento); o *b*) ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. La expresión “conversión o transferencia” comprende los casos en que activos financieros de una forma o tipo se transforman en activos financieros de otra forma o tipo, por ejemplo, utilizando efectivo de origen ilícito para comprar metales preciosos o bienes inmuebles, o mediante la venta de bienes inmuebles adquiridos ilícitamente, así como los casos en que los mismos activos se trasladan de un lugar o un Estado a otro o de una cuenta bancaria a otra<sup>35</sup>. Salvo algunas excepciones notables, por regla general los Estados partes cumplen este requisito fundamental utilizando distintas versiones de disposiciones concebidas para hacer frente a ese tipo de conducta.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte, el blanqueo de dinero se define en términos amplios que incluyen la “formalización legal” (por ejemplo, mediante el uso, adquisición, posesión, conversión, transferencia o cualquier otra acción) de bienes de origen ilícito o simplemente carentes de respaldo documental, a fin de ocultar ese origen ilícito o la falta de documentación que acredite su procedencia, o para ayudar a cualquier persona a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. Al incluir los bienes sin respaldo documental, la responsabilidad se hace extensiva a los bienes sospechosos de proceder de actividades delictivas.

Los actos de conversión o transferencia de bienes con el propósito de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos quedan a veces comprendidos en las disposiciones generales relativas a la complicidad y el encubrimiento de la comisión de un delito. Además, varios Estados prevén todos los casos en que el autor del delito convierte o transfiere bienes, sabiendo o teniendo motivos razonables para creer, o sospechando o teniendo motivos razonables para sospechar, que los bienes son producto del delito, sin exigir el propósito adicional de ocultar su origen ilícito o ayudar a otra persona a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, yendo así más allá de lo establecido en la Convención. En los casos en que los Estados exijan la existencia de un

<sup>35</sup> Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, párr. 231.

propósito adicional o que el acto realizado permita conseguir el resultado correspondiente, deberían asegurarse de no utilizar una redacción que restrinja demasiado el ámbito del delito. Por ejemplo, en un país en que la disposición pertinente se refería a la conducta de una persona que actuara de forma que pudiera obstaculizar o dificultar considerablemente la determinación del origen delictivo de los bienes o activos y su detección, así como la incautación o la resolución de decomiso correspondientes, los expertos encargados del examen señalaron a la atención el requisito restrictivo que exigía que el acto “dificultara considerablemente” la determinación del origen delictivo del producto del delito, y recomendaron que se suprimiera la palabra “considerablemente”.

Durante el examen de un país se desarrolló un debate muy interesante, con repercusiones para la aplicación de la Convención en su totalidad, en relación con el grado en que los Estados partes están obligados a adoptar el texto exacto de la Convención. La legislación interna de ese país solo recogía uno de los dos propósitos citados entre los elementos subjetivos del delito, a saber, hacer que el bien adquiriera la apariencia de proceder de una fuente legítima, es decir, únicamente ocultar su origen ilícito, en lugar de las dos posibilidades enumeradas en el artículo 23, párrafo 1 a) i). Otros países también parecen haber seguido ese modelo.

Las autoridades nacionales argumentaron que esa ley contemplaba adecuadamente la conducta enunciada en el artículo 23, párrafo 1 a) i), sin ajustarse literalmente a la formulación de la Convención. A ese respecto, las autoridades se refirieron al principio de la equivalencia funcional, que permite a un Estado incluir la conducta que debe penalizarse, pero utilizando expresiones que se ajusten mejor a sus tradiciones y su ordenamiento jurídico interno. Este enfoque es compatible con el párrafo 16 de la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, en el que se anima a quienes redacten reformas legislativas a que capten el espíritu y el significado de las disposiciones de la Convención. Teniendo presente lo anterior, las autoridades señalaron, en relación con el fondo del delito de blanqueo de dinero en cuestión, que, por la forma en que estaba redactada la disposición, el propósito con el que se efectuara la conversión o la transferencia era intrascendente, ya que era suficiente que el acto se realizara con la posible consecuencia de que el bien adquiriera apariencia de legalidad. Por lo tanto, siempre que la conversión o la transferencia pudieran entrañar que el bien adquiriera apariencia de legalidad, se habría producido la conducta delictiva, con independencia del propósito con que se hubiera realizado la acción. Por consiguiente, las autoridades estimaron que la ley no solo cumplía lo dispuesto en el artículo 23, párrafo 1 a) i), sino que en efecto penalizaba el blanqueo de dinero incluso de manera más completa que las normas establecidas en la Convención.

Además, el Estado examinado señaló que, en todo caso, la ley que tipificaba la ocultación como delito en su país incluía específicamente la conducta de un individuo que ayudara a otra persona a eludir la investigación de las autoridades o que ayudara al autor o al cómplice a obtener el producto de un delito.

Por otro lado, los examinadores, aun aceptando que las autoridades nacionales habían presentado un argumento válido en relación con el doble propósito previsto en el artículo 23, párrafo 1 a) i), señalaron que en otros mecanismos internacionales que habían evaluado el mismo artículo, a saber, el Grupo de Acción Financiera y los órganos regionales con funciones similares, se había adoptado una interpretación más estricta, que exigía que la legislación nacional incluyera los dos propósitos previstos en ese párrafo o no incluyera ninguno. Además, señalaron que en el párrafo 233 de la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* también se hacía referencia específica al hecho de que la conversión o transferencia debía realizarse con un propósito u otro. Por último, señalaron que las disposiciones internas sobre ocultación, que incluyen el segundo

propósito del delito de conversión o transferencia, corresponden al delito de ocultación o disimulación previsto en el artículo 23, párrafo 1 a) ii), es decir, un delito diferente desde el punto de vista técnico del de conversión o transferencia previsto en el artículo 23, párrafo 1 a) i). Teniendo en cuenta lo anterior, los examinadores llegaron a la conclusión de que la legislación del Estado examinado adolecía de una deficiencia técnica, dado que no mencionaba uno de los dos propósitos del acto de conversión o transferencia constitutivo de delito.

Sin embargo, al margen de esa conclusión, el tema suscita algunas cuestiones interpretativas y metodológicas importantes, ya planteadas en parte en relación con los artículos anteriores, que pueden merecer un análisis más atento, a saber, el grado en que un país está obligado a adoptar el texto y la estructura de la Convención; la aplicación del concepto de la equivalencia funcional; el papel del párrafo 9 del artículo 30; y la medida en que cabe otorgar un valor de fuente autorizada a las evaluaciones e interpretaciones adoptadas por otros mecanismos de examen. Cabe señalar al respecto que en el párrafo 3 j) de los términos de referencia del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se especifica que el Mecanismo “[c]omplementará los mecanismos de examen regionales e internacionales existentes a fin de que la Conferencia pueda, según proceda, cooperar con ellos y evitar la duplicación de esfuerzos”. Ahora bien, eso no excluye necesariamente la adopción de normas y técnicas de interpretación que diverjan de las que observan otros mecanismos de evaluación (por ejemplo, con respecto a las distintas opciones de los Estados partes, o en relación con la posibilidad de utilizar términos equivalentes en lugar de la formulación exacta del texto de la Convención, o la necesidad de introducir disposiciones especiales en lugar de delitos generales omnicomprendivos) cuando ello se considere procedente y más coherente con la naturaleza de la Convención y las prioridades de los Estados partes.

#### *Ocultación o disimulación*

Se observaron algunos problemas más de fondo en lo que respecta a la aplicación del artículo 23, párrafo 1 a) ii), relativo al delito más amplio de ocultación o disimulación de bienes. Por ejemplo, en varios casos, ese elemento concreto del delito de blanqueo de dinero no figuraba en la legislación nacional, y en otro se comprobó que se refería únicamente al producto de la conducta delictiva anterior del propio infractor y (de forma algo peculiar) parecía limitarse exclusivamente a los casos de autoblanqueo. Por esa razón, se recomendó que se modificase la disposición correspondiente y que el ámbito de esa conducta de blanqueo de dinero se hiciese extensivo al producto de los delitos cometidos por otras personas.

En otros casos se estimó que la legislación nacional no era suficientemente específica, ya que se refería únicamente a la ocultación de los bienes mismos y no a la ocultación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el traslado o la propiedad de los bienes o del legítimo derecho a estos, o se refería únicamente a la disimulación del origen y la ubicación, pero no de la verdadera naturaleza, la disposición, el traslado o la propiedad de los bienes.

Por último, en un Estado parte la ley exime de responsabilidad penal cuando el delito de ocultación se comete en favor “del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud”. La exención no se aplica cuando el delito se comete para asegurar el producto o provecho del delito, como suele ser el caso, o cuando se haya actuado con ánimo de lucro. Las autoridades de ese país explicaron que en la práctica esa disposición afectaba solamente a una categoría reducida de personas. Aun así, se consideró una deficiencia que podría socavar la eficacia global del régimen de represión del blanqueo de dinero. En

todo caso, la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* se refiere al entendimiento de que los legisladores nacionales deberían considerar incluidos en el ámbito del delito también los casos de ocultación con otros fines o los casos en que no se hubiera establecido ningún fin<sup>36</sup>.

#### *Adquisición, posesión y utilización*

El artículo 23, párrafo 1 *b*) i), establece como delito de obligada tipificación la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que dichos bienes son producto de un delito. En varias jurisdicciones, en particular en el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, las disposiciones aplicables no incluyen uno o varios de esos actos (especialmente la mera posesión, pero también la adquisición o utilización del producto del delito), o solo los incluyen parcialmente (con ciertas condiciones restrictivas, por ejemplo, que la persona de que se trate actúe con la finalidad de evitar la identificación de su origen, o su incautación o decomiso) o, como máximo, implícitamente, mediante el uso de conceptos afines, como “recepción” o “aplicación”.

Sin embargo, cabe señalar que no todas las condiciones restrictivas respecto de los tipos de conducta ilícita citados se han considerado equivalentes a un incumplimiento de la Convención. No debe olvidarse que el requisito de tipificación como delito que se examina está sujeto a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte en cuestión.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte, la ley dispone, como norma, que una persona que viva en el mismo domicilio que el autor del delito, y que solamente utilice o consuma los bienes obtenidos por este para atender las necesidades corrientes del domicilio común, no podrá ser condenada por blanqueo de dinero. La Convención no prevé esa exención. Sin embargo, las autoridades nacionales explicaron que esa disposición se había incorporado a la ley por consideraciones de equidad, y por lo tanto cumplía los principios fundamentales de la justicia, aclaración que los examinadores consideraron satisfactoria. Si una persona comete un delito, por ejemplo, vende drogas o roba bienes, y utiliza el producto para pagar el alquiler o comprar alimentos, no se considera equitativo sancionar a los que vivan en su domicilio por seguir utilizando la residencia, o por comer los alimentos que se sirvan. Además, en casos menores de esa índole resultaría difícil a menudo demostrar que esa otra persona sabe que el dinero es producto del delito. Se informó de que esa exención se aplicaba de forma restrictiva, en los casos en que las cantidades eran efectivamente pequeñas. En la práctica, una persona puede seguir viviendo en el apartamento y comer los alimentos sin cometer un delito, pero si alguien, por ejemplo, realiza un viaje costoso a un destino exótico, se considerará que ha cometido el delito en cuestión.

#### *Participación y tentativa*

El artículo 23, párrafo 1 *b*) ii), exige que se penalicen, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte, la participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados en dicho artículo, así como la asociación y la confabulación para

<sup>36</sup> *Ibid.*, párr. 237.

cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. La participación y la conducta conexa, así como la tentativa, suelen estar previstas en las disposiciones generales de los respectivos códigos penales nacionales o en leyes generales comparables (por ejemplo, leyes sobre cómplices e instigadores o leyes sobre interpretación), pertinentes también para la aplicación del artículo 27 de la Convención, y, con menos frecuencia, en disposiciones adicionales relacionadas específicamente con el blanqueo de dinero. En algunos casos se facilitó información insuficiente sobre la existencia de disposiciones que contemplaran la participación, la ayuda e incitación o la confabulación; en otros casos, excepcionalmente, la tentativa de blanqueo de dinero no era punible o solo lo era en relación con actos considerados “graves”, aunque, en principio, ese delito quedaría tipificado mediante reformas de la ley pertinente que estaban pendientes de aprobación en el momento del examen.

### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado, el propio acto de blanqueo de dinero se describe en parte como un acto de ayuda e incitación (“quien ayude e incite a preservar el producto del delito para otra persona”), considerándose que la ayuda e incitación incluyen los actos de recoger, almacenar, ocultar, transportar, enviar, transferir, convertir, enajenar, pignorar o hipotecar, o invertir el producto.

A menudo, las penas que se pueden imponer a los cómplices y participantes en actos de blanqueo de dinero son menos duras que las previstas para los autores de esos actos. En un Estado parte, los expertos encargados del examen objetaron esa práctica y recomendaron que se estudiara la posibilidad de modificar las disposiciones pertinentes para ajustarlas en mayor medida a la Convención. Ahora bien, esa recomendación no debería considerarse pertinente para todos los Estados partes que tengan una legislación similar, dado el margen de discreción de que gozan en principio los Estados para formular su régimen sancionador y las características especiales que rigen cada sistema de justicia penal concreto<sup>37</sup>.

En algunos países se ha planteado una cuestión más importante en relación con la penalización de la “confabulación”, un concepto que no forma parte de la tradición jurídica romanista de muchos países y que abarca una fase preparatoria más distante del delito propiamente dicho que la tentativa; además, entraña el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito y, en muchos casos (aunque no en todos), supone que al menos uno de los confabulados realice alguna acción concreta para la ejecución del plan delictivo. Los Estados partes solo están obligados a tipificar como delito los distintos actos de participación y tentativa, incluida la confabulación, con sujeción a los principios básicos de su ordenamiento jurídico. El alcance de esa obligación depende, por lo tanto, de que reconozcan que la confabulación es una conducta que puede estar sujeta a sanciones penales. Sin embargo, al parecer, este principio no siempre se pone en práctica en relación con la aplicación del artículo 23. Por ejemplo, en al menos dos países del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe se observó que el concepto de confabulación no era aplicable a los delitos de blanqueo de dinero, pese a que se reconocía y aplicaba en otras categorías de delitos (por ejemplo, los relacionados con la seguridad del Estado). En cambio, en otros países del Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados se recomendó la penalización de la confabulación con fines de blanqueo de dinero y, en un

<sup>37</sup>Véase también el capítulo II, sección A.



caso, las autoridades declararon que estaban preparando una modificación para ocuparse del asunto, aun cuando la confabulación no parecía ser un concepto familiar en los sistemas jurídicos en cuestión.

En cambio, algunos países de los grupos de Estados mencionados han introducido y aplican el concepto de confabulación específicamente en relación con algunos delitos de blanqueo de dinero, pese a que en esos ordenamientos jurídicos concretos se considera que la utilización de ese concepto no es en absoluto habitual y que esa conducta, por regla general, no se sanciona. Cabe destacar que, en uno de esos casos, la disposición correspondiente se introdujo específicamente con la finalidad de cumplir los requisitos del artículo 23, párrafo 1 b) ii), de la Convención.

### *Producto del delito*

El artículo 23 trata de la conversión, la transferencia, etc., del producto del delito, con independencia de que los bienes de que se trate sean tangibles o intangibles. En lo que respecta al término “bienes”, se plantean cuestiones parecidas a las observadas en relación con los artículos 17 y 22. Por ejemplo, en al menos dos casos, la legislación parecía limitarse a determinados objetos de blanqueo o distinguía entre distintos tipos de bienes; y en otros dos casos, la ley nacional no contenía definiciones claras y coherentes del término “bienes”, pero la cuestión se resolvería en un texto legislativo que estaba pendiente de aprobación. Ahora bien, en conjunto, la legislación de los Estados partes contra el blanqueo de dinero parece contener definiciones más amplias que las correspondientes a otros delitos.

En el artículo 2, apartado e), el término “producto del delito” se define como “los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”. La mayoría de los Estados partes han adoptado definiciones similares o equivalentes.

#### **Ejemplos de la aplicación**

De conformidad con una ley nacional contra el blanqueo de dinero, por “producto del delito” se entiende el dinero u otros bienes que una persona obtenga o derive total o parcialmente, en forma directa o indirecta, de la comisión de un delito contra la ley del Estado, sus territorios o un país extranjero que pueda juzgarse como delito grave.

En otro Estado parte, por “producto de actividades ilícitas” se entiende todo bien o servicio, ventaja, beneficio o recompensa que se derive, reciba o retenga, directa o indirectamente, en el Estado u otro lugar, en relación con cualquier actividad ilícita realizada por cualquier persona o como consecuencia de dicha actividad, e incluye cualquier bien que represente un bien así obtenido.

Por último, según la definición aún más sencilla de una tercera ley contra el blanqueo de dinero, por “producto del delito” se entiende cualquier bien, beneficio o ventaja, dentro o fuera del Estado, que se obtenga o derive directa o indirectamente de una actividad ilegal.

En un Estado parte se planteó una cuestión relativa a la aplicación de la legislación nacional al producto indirecto de un delito, debido a que esta no contenía la palabra “indirectamente”. Las autoridades argumentaron que la formulación general de la ley objeto de examen (“cosas o bienes derivados de un delito” y “productos o beneficios del delito”) era suficiente

para englobar el producto indirecto y se remitieron a la jurisprudencia en la materia. No obstante, se aconsejó una vez más al Estado parte en cuestión que observara la interpretación más estricta de otros mecanismos tales como el Grupo de Acción Financiera y que adoptara una formulación más claramente coherente con el artículo 2, apartado e).

### *Delitos determinantes*

Existen cuatro métodos diferentes para establecer los delitos determinantes del blanqueo de dinero, algunos de los cuales son insuficientes para cumplir los requisitos de la Convención. Más de un tercio de los Estados partes han adoptado un “enfoque universal” que no limita la aplicación del delito de blanqueo de dinero a delitos determinantes concretos ni a ciertas categorías de delitos determinantes. En otras palabras, el delito de blanqueo de dinero es aplicable a todos los delitos tipificados en la ley nacional pertinente y que generen alguna clase de producto, incluidos los delitos de corrupción establecidos de conformidad con la Convención. Lógicamente, este método es el que mejor sirve a los fines del artículo 23, párrafo 2 a) y b), por cuanto aplica las disposiciones sobre blanqueo de dinero al espectro más extenso posible de delitos determinantes e incluye como mínimo una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la Convención, siempre que los Estados partes hayan cumplido plenamente sus obligaciones en materia de penalización (lo que no ocurre en todos los casos, por ejemplo, con respecto al soborno de funcionarios públicos extranjeros, el soborno en el sector privado o la malversación o peculado).

#### **Ejemplos de la aplicación**

Es interesante señalar que la legislación de tres Estados partes del Grupo de los Estados de Europa Oriental parece ir incluso más allá del enfoque universal y abarca todos los tipos de infracciones, no solo los delitos, sino también las infracciones administrativas, con independencia de su gravedad. Algunos examinadores consideraron que esta era una buena práctica.

En los casos en que los Estados partes no habían cumplido plenamente sus obligaciones en materia de penalización, reduciendo así el alcance del delito de blanqueo de dinero, se formularon las recomendaciones oportunas sobre la tipificación de los delitos pertinentes. Sorprendentemente, en un Estado se formuló esa recomendación también en relación con el fraude fiscal, que en determinadas circunstancias no está penalizado y no constituye un delito determinante.

Otros países siguen un criterio basado en umbrales para definir los delitos determinantes a los efectos del blanqueo de dinero, es decir, aplican la ley solamente a los “delitos graves”, las “acciones ilícitas socialmente peligrosas” o los “delitos muy graves”, definidos como tales cuando están sujetos a penas superiores a un umbral concreto. Los umbrales aplicables difieren en función de las características del ordenamiento jurídico de que se trate. Si bien existen casos en que el umbral establecido (por ejemplo, una pena de al menos 6 o 12 meses o incluso de 3 o 4 años de cárcel) parece adecuado para englobar los delitos previstos en la Convención, en algunas jurisdicciones es demasiado elevado (por ejemplo, una pena de 5 años de cárcel), lo que llevó a recomendar la adopción de nuevas leyes a fin de ampliar la categoría de los delitos determinantes, reduciendo el umbral aplicable (por ejemplo, de 5 años a un año) o incluso aumentando las penas aplicables.

Un tercer grupo de Estados partes no define los delitos determinantes de blanqueo de dinero con arreglo a la gravedad de la pena aplicable, sino que utiliza una lista exhaustiva en la que se enumeran los delitos que se consideran esenciales. También en este caso se comprobó que las leyes nacionales no eran siempre suficientes y se formularon recomendaciones para que los Estados partes ampliaran la lista e incluyeran al menos todos los delitos de tipificación obligatoria con arreglo a la Convención y, en un caso, para que se estudiara la posibilidad de incluir los delitos relativos al soborno y la malversación o peculado en el sector privado, sin dejar de reconocer el carácter facultativo de esas disposiciones. Un factor que debería tenerse en cuenta al evaluar la utilidad de este tipo de enfoque es la mayor o menor facilidad con que la lista pertinente puede modificarse para incluir las formas delictivas nuevas y emergentes (por ejemplo, mediante una ley, un decreto o una decisión ministerial). Un caso interesante es el de un Estado parte que parece haber previsto los delitos establecidos en la Convención (o al menos los de tipificación obligatoria) incorporando en la lista, por definición, todos los delitos enunciados en los tratados internacionales a los que el Estado se ha adherido, incluida, naturalmente, la Convención contra la Corrupción.

Por último, algunos países —los más pequeños— adoptan un sistema mixto que combina una lista más o menos amplia de delitos específicos con un umbral aplicable a todos los delitos que no figuren en la lista. Una vez más, en algunos casos se consideró dudoso que estuvieran incluidos todos los delitos relacionados con la corrupción, mientras que en otros dos se estimó categóricamente que el umbral era demasiado alto o que la lista estaba incompleta, por lo que algunos delitos, como el tráfico de influencias o el soborno en el sector privado, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la disposición nacional. Se formularon recomendaciones para subsanar esa situación.

Con respecto al trato de los delitos determinantes propiamente dichos, una nota interpretativa sobre la Convención aclara que los “delitos de blanqueo de dinero tipificados con arreglo a este artículo son delitos independientes y autónomos y no es necesaria una condena anterior por el delito determinante para establecer la naturaleza o el origen ilícitos de los activos blanqueados. La naturaleza y el origen ilícitos de los activos y, de conformidad con el artículo 28, el conocimiento, la intención o el propósito requeridos podrán determinarse durante el curso del juicio por blanqueo de dinero e inferirse de circunstancias fácticas objetivas”<sup>38</sup>. La mayoría de los Estados examinados han confirmado que así ocurre en sus jurisdicciones y que esa es la práctica que observan sus tribunales.

### Logros y buenas prácticas

El hecho de que en un Estado, para pronunciar una declaración de culpabilidad por blanqueo de dinero, sea suficiente determinar la naturaleza delictiva del producto del delito, sin necesidad de establecer el delito determinante, se consideró un elemento positivo que favorecía el enjuiciamiento de los casos de blanqueo de dinero.

Asimismo, el tribunal supremo de otro Estado ha determinado que no es necesario demostrar que los fondos o bienes sean producto de un delito concreto, sino que es suficiente establecer que los objetos tienen que haberse derivado de una actividad delictiva. En consecuencia, en un caso la declaración de culpabilidad por blanqueo de dinero

<sup>38</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 23, secc. C (pág. 243).

**Logros y buenas prácticas (continuación)**

se confirmó sobre la base de la conclusión de que la existencia y el origen del dinero tenían que permanecer ocultos y, por lo tanto, la posibilidad de que el dinero se hubiera obtenido legalmente era tan improbable que cabía suponer que se había derivado de una actividad ilegal. El tribunal también aclaró que no es necesario demostrar que todos los fondos o activos proceden de una actividad delictiva. Los fondos o activos que solo parcialmente sean producto de un delito y que en parte procedan de fuentes lícitas se considerarán producto del delito en su totalidad.

*Delitos determinantes cometidos en el extranjero*

En lo que respecta a los delitos determinantes cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado parte, en la mayoría de los casos, la legislación nacional contenía normas similares a las enunciadas en el artículo 23, párrafo 2 c), que prevén la penalización de los delitos de blanqueo de dinero siempre y cuando el acto correspondiente también sea punible con arreglo al derecho interno del Estado en que se cometió (doble incriminación). Es decir, basta que el delito sea punible en el lugar en que se cometió y que constituya un delito determinante para que el blanqueo de activos procedentes de esa conducta sea sancionable. Un Estado informó de que, en la práctica, era útil que existiese una acusación en el extranjero para hacer valer el delito cometido en el extranjero como delito determinante.

En muchos casos las leyes nacionales parecen ir un paso más allá, al prescindir de la doble incriminación y no establecer distinciones con respecto a los delitos determinantes que no están bajo su jurisdicción pero que habrían constituido delito si se hubieran cometido en su territorio. En un caso, los expertos encargados del examen expresaron serias reservas acerca de esta práctica, considerándola injusta, en particular, cuando se iniciaran actuaciones judiciales sobre la base de actos que no habrían constituido delito en el lugar donde se cometieron. Del mismo modo, en el caso de otro Estado se recomendó que la posibilidad, incluida en la legislación nacional, de renunciar mediante un tratado al principio de la doble incriminación se suprimiera, con miras a mejorar la seguridad jurídica. Por otra parte, nada de lo dispuesto en la Convención parece justificar la exclusión de esa posibilidad. Al contrario, el propio artículo 23 incluye la obligación de velar por que el delito de blanqueo de dinero se aplique al mayor número posible de delitos determinantes. Además, el hecho de que el único requisito aplicable sea que el acto constituyera un delito determinante si se hubiera cometido en el territorio nacional está en consonancia con las normas aceptadas en la interpretación de otros instrumentos internacionales, como los Estándares Internacionales contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación, del Grupo de Acción Financiera.

No obstante, en varios casos se observaron problemas con respecto a la penalización de los delitos determinantes cometidos en el extranjero. Por ejemplo, a menudo la inclusión de esos actos estaba solo implícita, en el mejor de los casos, dado que la ley no permitía establecer si los delitos determinantes cometidos en el extranjero estaban incluidos en lo que respecta al producto blanqueado en el territorio nacional, y no se presentó jurisprudencia que demostrara que lo estuvieran en la práctica. Además, en varios casos, los delitos cometidos fuera del Estado parte claramente no se consideraban delitos determinantes, o bien se consideraban como tales solo en un número reducido de casos, aunque había legislación pendiente de aprobación para subsanar este problema. También cabe observar que la cuestión de los delitos

determinantes cometidos en el extranjero en ocasiones se confunde con la cuestión más general del ejercicio de jurisdicción respecto de los actos de blanqueo de dinero cometidos en el extranjero, que se establece en el artículo 42 de la Convención.

### *Autoblanqueo*

La excepción enunciada en el artículo 23, párrafo 2 e), no se contempla en más de dos tercios de los Estados partes, de forma que una persona puede ser declarada culpable al mismo tiempo de blanqueo de dinero y del delito o los delitos determinantes de fondo (el denominado “autoblanqueo”), lo que en algunos casos se consideró una buena práctica. Cabe destacar que un país del Grupo de los Estados de Europa Oriental facilitó datos estadísticos que demostraban que aproximadamente la mitad de las personas declaradas culpables de delitos de blanqueo de dinero en los últimos años habían sido acusadas de autoblanqueo.

Otra opción consiste en aprovechar la posibilidad que brinda la disposición antes citada y excluir los casos de autoblanqueo. Por ejemplo, algunos Estados consideran que sancionar al autor de un delito al mismo tiempo por el delito determinante y por el blanqueo del producto de ese delito sería contrario a la prohibición de la doble evaluación de los hechos; en consecuencia, la utilización o transferencia del objeto obtenido de las actividades delictivas propias se evaluaría solamente como “conducta posterior al delito” o “actos sancionados conjuntamente”, y el autor no sería considerado responsable si hubiera sido declarado culpable del delito determinante. En esas circunstancias, el acto de autoblanqueo, como mucho, se tendría en cuenta al imponer una pena por el delito determinante. Se señaló que ese enfoque no era incompatible con lo dispuesto en la Convención, aunque sería preferible que los países que siguieran estos principios se replantearan la aplicación de las disposiciones sobre el autoblanqueo en el futuro. Lo mismo ocurre en algunos países donde el principio de la cosa juzgada impide a las autoridades procesar a un individuo al mismo tiempo por el delito determinante y el delito de blanqueo de dinero, específicamente en el caso de que el infractor esté meramente en posesión del producto de su delito.

No obstante, también se descubrieron deficiencias en la aplicación: aparte de que había leyes que no eran claras en relación con la posibilidad de castigar el autoblanqueo, algunos Estados no indicaron ni proporcionaron elementos que demostraran la existencia de un principio fundamental en el ordenamiento interno que prohibiera la penalización de este comportamiento, mientras que las autoridades de otros países informaron de la existencia de ese principio e incluso subrayaron que la tipificación del autoblanqueo parecía contradecir el sentido común, aunque se expresaron opiniones contrapuestas durante las visitas sobre el terreno. En muchos de esos Estados se está preparando o debatiendo un texto de ley en la materia.

### *Mens rea*

En lo que respecta al elemento subjetivo del delito de blanqueo de dinero, algunos Estados establecen que el delito (o una parte de este) es punible tanto si se comete de forma dolosa como si es fruto de la imprudencia o de negligencia grave. Esto va más allá del requisito mínimo establecido en el artículo 23, y algunos expertos gubernamentales lo consideraron un logro.

Del mismo modo, en otros casos se consideró una buena práctica que el blanqueo de dinero se penalizara no solo cuando el presunto autor del delito tuviera conocimiento efectivo de ello, sino también cuando razonablemente debiera haber sabido que los activos blanqueados se derivaban de un delito, o cuando hubiera actuado sobre la base de una obligación

de conocer, de una presunción racional o de un desconocimiento inexcusable de ese hecho. Varios Estados aplican criterios de este tipo en su legislación nacional.

#### *Proporcionar copias de las leyes contra el blanqueo de dinero*

A pesar de que la obligación dimanante del artículo 23, párrafo 2 d), no presenta muchas complicaciones y constituye una carga relativamente pequeña, la inmensa mayoría de los Estados partes no habían proporcionado copias de sus leyes contra el blanqueo de dinero al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento en que se realizaron los exámenes. En consecuencia, los examinadores indicaron que preveían que las versiones oficiales de las leyes pertinentes se presentarían en breve, o formularon recomendaciones directas a los Estados partes a fin de que cumplieran con esa obligación y velaran también por que el Secretario General de las Naciones Unidas recibiera las modificaciones futuras. Algunos países presentaron sus leyes en el transcurso de los exámenes.

#### *Eficacia*

Si bien hubo casos en que se observó que no había estadísticas completas sobre el blanqueo de dinero, y algunos países con legislación reciente en la materia confirmaron que hasta ese momento los procedimientos judiciales iniciados habían sido nulos o escasos, un gran número de países proporcionaron datos estadísticos (a veces en abundancia) y ejemplos detallados de casos de enjuiciamiento por blanqueo de dinero, que indicaban una aplicación bastante generalizada de las disposiciones pertinentes. Al menos en dos Estados partes se declaró que la eficacia práctica de la legislación penal en la materia, demostrada por el número inusualmente elevado de enjuiciamientos y declaraciones de culpabilidad por blanqueo del producto del delito (más de 1.000 condenas de 2003 a 2009), era una buena práctica. La estrecha colaboración de los organismos encargados de combatir el blanqueo de dinero se consideró indispensable para mejorar la eficacia y eficiencia del sistema. Esa colaboración debería llevarse a cabo a nivel político y operacional e incluir mecanismos que permitieran coordinar las políticas e investigar casos conjuntamente (por ejemplo, mediante el intercambio de información).

En cuanto a las enseñanzas extraídas de esa experiencia práctica, un Estado describió, para los fines del examen, los sistemas utilizados con más frecuencia en el blanqueo de dinero, según la información recopilada por sus autoridades investigadoras y su ministerio público. Esos sistemas consistían en usar documentos falsos para ocultar y disimular el origen ilícito del producto del delito; entremezclar el producto del delito con negocios lícitos; utilizar sociedades ficticias y extraterritoriales, y directores y representantes ficticios; proporcionar a los órganos competentes información falsa sobre el comercio de mercancías; y tener determinadas actividades empresariales para justificar el movimiento de dinero ilícito.

#### *Problemas*

El problema más frecuente en relación con el artículo 23 es la no penalización como delitos determinantes de todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención, con independencia de que se cometan dentro o fuera de la jurisdicción del Estado parte interesado. Además, un gran número de países no contemplan todas las modalidades de comisión del delito de blanqueo de dinero, y sus leyes de aplicación adolecen de lagunas o deficiencias técnicas. Se alentó a los Estados examinados a que subsanaran estos problemas y también a que aclarasen la interpretación y el ámbito de aplicación de las distintas secciones de las disposiciones sobre el blanqueo de dinero, en especial en lo relativo a los criterios para imponer diferentes sanciones.

Aparte de las dificultades mencionadas, los principales problemas parecen ser de índole operacional. Incluso en los países en que, como se indicó anteriormente, la eficacia de la legislación contra el blanqueo de dinero ha quedado demostrada en la práctica, sigue siendo un problema asignar prioridad a la investigación de los aspectos financieros y de blanqueo de dinero de la actividad delictiva, particularmente en los casos de corrupción, y al enjuiciamiento de los responsables. Además, en varios países es necesario reforzar la capacidad práctica de las autoridades competentes y mejorar los niveles de aplicación de las disposiciones pertinentes, entre otras cosas, resolviendo los problemas de superposición jurisdiccional y la falta de coordinación entre las autoridades competentes. Por ejemplo, se confirmó que en algunos países el número de enjuiciamientos por blanqueo de dinero era relativamente bajo, que los órganos encargados de hacer cumplir la ley no tenían un gran conocimiento de ese delito, y que los investigadores y fiscales necesitaban mayores facultades discrecionales para recopilar información y una mejor capacitación en el método de “seguir la pista del dinero”; también era preciso promover el uso de la legislación contra el blanqueo de dinero. Estos problemas resultaron particularmente evidentes en un caso en que no existía ninguna dependencia de inteligencia financiera operacional.

## 2. Encubrimiento (artículo 24)

Como se indica en el texto del artículo 24, la tipificación del encubrimiento o la retención continua de bienes, sin haber participado en un delito pero a sabiendas de que los bienes son producto de ese delito, se contempla en una disposición no obligatoria que complementa los delitos de blanqueo de dinero establecidos conforme al artículo 23. No es casual que en al menos un Estado parte el blanqueo de dinero en ocasiones se denomine “encubrimiento ampliado”. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, no se observaron problemas especiales relativos a la aplicación. La conducta de ese tipo se penaliza en otros delitos, a menudo en forma de disposiciones más tradicionales del código penal contra la recepción de productos del delito o las transacciones con bienes robados, o en el contexto de leyes nuevas contra el blanqueo de dinero formuladas en términos amplios, y a veces se ve agravada por el abuso o vulneración de los deberes inherentes a la función pública. En caso de acuerdo previo, la persona que encubrió el producto del delito también puede ser enjuiciada como cómplice en el delito original.

Numerosos Estados informaron de que el encubrimiento estaba tipificado como delito en la misma disposición de la ley nacional que tipificaba el blanqueo de dinero y que no había una diferencia clara entre ambos, en particular en lo tocante al elemento relativo a la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza o la ubicación de los bienes que constituían el producto del delito. Esa práctica no se cuestionó en la mayoría de los exámenes, si bien, en al menos un caso, se recomendó al Estado que estudiara la posibilidad de proporcionar una descripción más precisa de la conducta delictiva de encubrimiento y de su diferenciación, cuando procediera, del delito de blanqueo de dinero. Efectivamente, esto parece necesario en particular en lo que respecta a la tipificación de la retención continua de bienes, cuando la persona involucrada toma conocimiento después de la recepción de los bienes de que estos son el producto de un delito relacionado con la corrupción.

### Ejemplo de la aplicación

Uno de los países examinados prevé en su legislación interna una disposición que penaliza los actos de una persona que adquiera, almacene o venda bienes de otra, cuando de ese modo reconozca que los bienes fueron producto de un delito.

En un Estado parte, la ley también contempla la mera sospecha de que los bienes constituyan o representen el beneficio obtenido de una conducta delictiva, lo que va más allá de lo dispuesto en la Convención. Sin embargo, cabe señalar que no todos los Estados partes reconocen ese delito y que algunos países no definen claramente el concepto en cuestión o no facilitaron suficiente información para poder llevar a cabo una evaluación completa de la aplicación del artículo 24. Además, en varios Estados partes que han tipificado el encubrimiento como delito existen problemas con respecto a la lista de delitos “determinantes” del delito de encubrimiento, en particular, como ya se ha indicado, en relación con la retención continua de bienes derivados de un delito tipificado con arreglo a la Convención. Por ejemplo, en un Estado, el delito de recibir queda expresamente limitado a los bienes obtenidos por otro mediante un acto ilícito típico cometido contra el bien en cuestión. Así pues, ese Estado no cumple el requisito indicado en el artículo 24, dado que la mayoría de los delitos tipificados con arreglo a la Convención no son delitos contra bienes. En algunas jurisdicciones se ha preparado o promulgado legislación para aplicar plenamente esta disposición.

## E. Obstrucción de la justicia (artículo 25)

La obstrucción de la justicia está tipificada como delito en casi todos los Estados partes, aunque con resultados desiguales. En más de un tercio de los casos se han observado restricciones importantes. Llama la atención, en particular, el caso de dos países donde esa conducta es punible únicamente en el contexto de determinados delitos (como el blanqueo de dinero o la delincuencia organizada). A excepción de algunos Estados que, al parecer, prevén un solo delito de obstrucción de la justicia de alcance amplio, incluido uno que contempla exclusivamente el delito de tentativa de obstruir el curso de la justicia basado en el *common law*, los Estados partes tienden a no tipificar un delito general que englobe todas las formas de conducta ilícita, como dispone el artículo 25 de la Convención, sino que tratan de alcanzar el resultado previsto (obligatorio) mediante una combinación de diferentes disposiciones, que en parte se superponen.

### Ejemplos de la aplicación

El derecho penal de un Estado prevé por lo menos 13 delitos diferentes que contemplan las diversas formas de obstrucción dolosa de la justicia, a saber, la intimidación de testigos, etc., la corrupción de testigos, la inducción a prestar falso testimonio, el engaño de testigos, la destrucción de pruebas, la obstrucción de la comparecencia de testigos ante el tribunal, la confabulación para presentar acusaciones falsas, la confabulación para eludir la justicia, la tentativa de obstruir la justicia, las demandas injustificadas de un funcionario público, el daño a un funcionario público, etc., la amenaza de causar daño a un funcionario público, etc., y la obstrucción de la labor de los funcionarios públicos.



En cambio, la ley de otro Estado prevé un único delito de obstrucción de la justicia, que se aplica a todo individuo que por medio de la violencia, las amenazas, los daños u otra conducta ilícita dirigida contra una persona que participe en la administración de justicia o contra cualquiera de sus familiares se conduzca de manera que pueda influir en dicha persona para que realice u omita realizar un acto, una tarea o un servicio en relación con una causa penal o civil, o tome represalias en respuesta a cualquier acto, tarea o servicio que esa persona haya realizado en relación con una causa penal o civil. La expresión “persona que participe en la administración de justicia” engloba a los testigos, peritos y demás individuos que presten testimonio o aporten pruebas en un procedimiento penal, así como a cualquier persona que trabaje para la policía, la fiscalía, los tribunales de justicia o los servicios penitenciarios, o les preste un servicio.

Cabe distinguir tres tipos de actos relacionados con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención que quedan englobados en la expresión “obstrucción de la justicia”, a saber, el uso de medios coercitivos para obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un procedimiento, el uso de medios corruptos con los mismos fines y el uso de medios coercitivos para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario del sistema de justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley.

*Uso de medios coercitivos para obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas*

De conformidad con el artículo 25, apartado a), debe tipificarse como delito el uso de medios coercitivos (fuerza física, amenazas o intimidación) a fin de influir en posibles testigos y otras personas que puedan facilitar a las autoridades las pruebas pertinentes o prestar testimonio en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. El término “proceso” debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que englobe todas las actuaciones oficiales de la autoridad competente relacionadas con la investigación de delitos de corrupción y las decisiones judiciales al respecto, incluida la fase de instrucción de una causa<sup>39</sup>. Así pues, en dos casos en que las disposiciones nacionales aplicables se limitaban a la obstaculización de la prestación de testimonio ante un órgano judicial, se recomendó que esas disposiciones se ampliaran para que incluyeran también la fase de instrucción y la investigación penal efectuada por la policía.

El delito no se limita a determinados individuos; cualquier persona podrá considerarse responsable de la comisión del delito. Por consiguiente, las leyes nacionales que limitan la posible responsabilidad, por ejemplo, a los fiscales o las personas encargadas de la instrucción deberían considerarse insuficientes a los efectos de la Convención. Del mismo modo, carece de importancia que el acto de intimidación se realice o no en presencia de la víctima, o que la víctima haya sido intimidada directamente o por conducto de un tercero. También es irrelevante que el autor haya logrado el resultado pretendido (inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas). Por lo tanto, no es suficiente que la legislación nacional penalice solamente el acto del autor “principal”, que preste falso testimonio, haga desaparecer pruebas, destruya documentos para que no puedan utilizarse como pruebas, etc., o que castigue la incitación a prestar falso testimonio únicamente cuando el autor del delito consiga el resultado deseado. En tres países donde esa era más o menos la situación se formularon recomendaciones para que se subsanara ese aspecto.

<sup>39</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 257.

En ese mismo sentido, la mayoría de los examinadores han expresado claras reservas con respecto a las alegaciones o declaraciones de algunas autoridades nacionales según las cuales los casos de incitación a pronunciar falso testimonio podrían castigarse como incitación o instigación al delito principal de perjurio o falso testimonio, aun en los casos en que la instigación no surtiera efecto y no se cometiera el perjurio ni el falso testimonio. Aunque este aspecto es controvertido —dado que algunos examinadores parecen tener una opinión diferente—, lo más probable parece ser que solo se sancione al infractor como cómplice de la declaración falsa prestada por el testigo si la inducción surte efecto. El problema se resuelve si el país de que se trate pertenece a las jurisdicciones en que, como se expone más adelante en la sección F, subsección 2, también se puede castigar la tentativa de instigación (o de incitación) a cometer un delito, incluido el perjurio. Ahora bien, dicho enfoque no es suficiente en todo caso para dar cabida a la obstaculización de la prestación de testimonio o la aportación de pruebas por un medio que no sea la incitación a prestar falso testimonio, y además normalmente entraña una pena inferior que en el caso de que se consumara el delito.

De hecho, varios Estados parecen recurrir sobre todo a disposiciones generales sobre la amenaza, la intimidación criminal, la tentativa de coerción o la coacción a fin de tipificar la conducta en cuestión, castigando el uso de amenazas para alarmar o intimidar a una o más personas, independientemente de que haya un vínculo con la prestación de testimonio, la aportación de pruebas o la realización de un proceso judicial. La existencia de un vínculo de esa clase, por ejemplo, si la acción va dirigida contra personas que sean víctimas o testigos, podría considerarse una circunstancia agravante.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El código penal de tres países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico dispone que “todo aquel que amenace a otro con cualquier daño a su persona, su reputación o sus bienes, o a la persona o reputación de un tercero en que esa persona esté interesada, con intención de causar alarma en esa persona, o de hacer que realice cualquier acto que no está obligada legalmente a realizar, o que omita realizar cualquier acto que legalmente tenga derecho a realizar, como medio de evitar la ejecución de esa amenaza, será culpable de intimidación”.

Si bien algunos examinadores han expresado su preferencia por disposiciones legislativas más centradas y específicas, puede considerarse en principio que la práctica citada se ajusta a la Convención, siempre que se vele por que todos los medios coercitivos enumerados en el artículo 25 queden incluidos en el ámbito de las disposiciones aplicables. Además, la intimidación no debe estar ligada al cumplimiento de determinadas condiciones restrictivas, como la intención de causar un perjuicio a la persona coaccionada; tampoco debe limitarse, como en el ejemplo antes citado, al hecho de que se amenace a alguien de cualquier daño contra su persona, su reputación o sus bienes, o contra la persona o reputación de un tercero que sea de interés para esa persona. La Convención no supedita la aplicación del delito a que el daño con que se amenaza se dirija contra personas o intereses concretos. Así se indicó en el examen de un Estado, aunque no en otro en que las disposiciones eran idénticas.

Un grupo mucho más numeroso de Estados utiliza —en ocasiones al mismo tiempo que el delito general de intimidación antes citado— una serie de delitos especiales que se refieren específicamente a distintos aspectos de la conducta prevista por la Convención y se centran especialmente en el efecto previsto del acto en la realización de un proceso judicial. Entre

esos delitos figuran, por ejemplo, la intimidación de testigos, la tentativa de incitación a prestar falso testimonio, la instigación a cometer perjurio, las tentativas de destruir pruebas, la obstrucción de la comparecencia de testigos ante el tribunal, la confabulación para eludir la acción de la justicia y la obstaculización de la actuación de los testigos, así como los delitos de más amplio alcance de tentativa de obstruir el curso de la justicia e intimidación para obstruir el curso de la justicia. Por lo general, no se aplican circunstancias agravantes cuando los testigos son funcionarios del sistema de justicia o de los órganos encargados de hacer cumplir la ley, pero cabe destacar que la Convención no exige que se tipifiquen delitos concretos a ese respecto, en la medida en que toda obstaculización del ejercicio de funciones oficiales de conformidad con la disposición general del artículo 25, apartado b), esté contemplada de otra forma.

### Ejemplos de la aplicación

Las leyes idénticas de dos Estados engloban en el delito de confabulación para eludir la justicia y obstaculización de la actuación de los testigos la conducta de cualquier persona que, a fin de obstruir el buen funcionamiento de la justicia, disuada, dificulte o impida, o procure disuadir, dificultar o impedir, que una persona que esté obligada legalmente a comparecer y aportar pruebas en calidad de testigo efectivamente comparezca y aporte pruebas, o que obstruya o de cualquier modo interfiera en el curso de procesos legales, civiles o penales, o impida a sabiendas su buena marcha.

Es interesante señalar que la legislación de otro Estado se centra específicamente en los actos cometidos por medio de la prensa, y tipifica como delito la publicación, en el transcurso de un procedimiento judicial, de observaciones destinadas a influir en las declaraciones de los testigos o en la decisión de un juzgado de instrucción o un tribunal de primera instancia.

Cabe señalar que en numerosos casos se plantearon problemas en relación con el ámbito de aplicación de los delitos en cuestión, por ejemplo, acerca del uso no solo de amenazas e intimidación, sino también de la fuerza física; la intimidación de testigos para inducirles a prestar falso testimonio (en lugar de simplemente no prestar testimonio); la intimidación de personas que no sean funcionarios públicos; y, en particular, la conducta destinada a obstaculizar no solo la prestación de testimonio, sino también la presentación de pruebas no testimoniales (como un documento o un dictamen de un perito) por personas que participen en un proceso penal. Si bien a veces esa conducta podría englobarse en el delito general de intimidación, este delito suele castigarse con una pena menos grave, lo que da lugar a discrepancias con respecto a las penas que deben aplicarse en esa clase de situaciones. En general, el uso de medios coercitivos para obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas estaba contemplado en la legislación interna de la mayor parte de los países examinados, aunque hubo también ejemplos de ese tipo, como en el caso de un Estado en que los examinadores rechazaron la alegación de las autoridades nacionales de que el término “soborno” incluía también los actos de violencia, las amenazas y la intimidación.

### *Recurso a prácticas de corrupción para obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas*

Los Estados partes tienen la obligación de tipificar como delito no solo el uso de medios coercitivos sino también el recurso a la corrupción (la promesa, el ofrecimiento o la concesión de

un beneficio indebido) con fines de obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas. También en este caso es irrelevante que el infractor logre el resultado previsto (obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas) y son válidas las observaciones formuladas anteriormente.

La mayoría de los países cumplen este requisito mediante disposiciones especiales que abarcan el soborno de testigos o peritos, la tentativa de inducir a prestar falso testimonio o la aportación de pruebas periciales falsas, la tentativa de incitación a prestar una declaración falsa, la tentativa de instigación a cometer perjurio o la tentativa de corrupción de testigos, además de delitos más generales como la tentativa de obstruir la administración de justicia o de influir en su funcionamiento. A menudo esas disposiciones coinciden con las que se refieren al uso de medios coercitivos, y adolecen de los mismos problemas que se señalaron antes (por ejemplo, en lo que respecta a considerar la incitación a prestar falso testimonio como instigación a cometer perjurio, o al trato de la conducta relacionada con la presentación de pruebas no testimoniales).

### Ejemplos de la aplicación

El código penal de un Estado parte prevé el delito de instigación a cometer perjurio, en virtud del cual el uso de promesas, ofrecimientos, regalos, presiones, amenazas, actos de violencia, maniobras o artificios en el curso de un proceso o frente a una demanda o una defensa judicial a fin de persuadir a otro de que haga una afirmación o una declaración jurada falsa, o se abstenga de hacerla, es punible con 3 años de prisión y una multa, aun cuando la instigación a cometer perjurio no surtiera efecto.

El nuevo código penal de otro Estado parte va más allá de lo dispuesto en el artículo 25, apartado *a*), y tipifica como delitos distintos la obstaculización de la administración de justicia mediante el uso de prácticas de corrupción en su forma activa y en su forma pasiva. Otra disposición se refiere específicamente a cualquier persona que solicite o acepte un beneficio ilícito o una promesa de ello a cambio de abstenerse de ejercer sus derechos legítimos o de incumplir sus funciones en un proceso judicial.

En varios Estados partes, la ley no incluye las prácticas de corrupción a que se hace referencia en el artículo 25, apartado *a*). Algunos Estados solo tipifican como delito la utilización de amenazas, coerción o intimidación, o no tipifican ninguna forma de obstaculización. Por lo tanto, se recomendó que las autoridades velaran por que la obstrucción de la justicia se tipificara como delito por medio de disposiciones especiales del derecho penal, en consonancia con los requisitos específicos enunciados en la Convención. También se plantearon problemas por el hecho de que algunas leyes de países del Grupo de los Estados de Europa Oriental no mencionaban expresamente la promesa o el ofrecimiento, como lo hacían con la concesión de un beneficio indebido a modo de incitación, aunque era muy probable que esa conducta se considerara como tentativa de conceder el beneficio en cuestión. Por último, se observó que las leyes nacionales no se ajustaban plenamente a la Convención en los casos en que no prevenían que las disposiciones nacionales sobre obstrucción de la justicia se aplicasen aun cuando los receptores del beneficio indebido fueran personas distintas de los testigos, peritos o participantes en el juicio (por ejemplo, familiares cercanos), y también cuando no estaba claro si quedaban comprendidas las situaciones en que se prometía, ofrecía o concedía al testigo un beneficio indebido para que no compareciera o no presentara pruebas.

*Uso de medios coercitivos para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley*

En lo que respecta a los actos dirigidos contra funcionarios del sistema de justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley, la mayoría de los países se adhieren al espíritu de la última oración del apartado *b)* del artículo 25 y prevén delitos generales clasificados como delitos contra el orden público o la autoridad del Estado que están concebidos para sancionar el uso de amenazas, intimidación o fuerza física para obstaculizar el ejercicio de las funciones oficiales de todas las categorías de funcionarios públicos y no solo de los que desempeñan funciones en el sistema de justicia o en los servicios encargados de hacer cumplir la ley. Del mismo modo, esas disposiciones generales —que invariablemente se consideran adecuadas para los fines del artículo 25 y que incluso se calificaron como una buena práctica en algunos casos— rara vez están relacionadas específicamente con los delitos de corrupción establecidos con arreglo a la Convención. En ocasiones también se tipifican delitos de carácter más específico (por ejemplo, la tentativa de obstruir el curso de la justicia), que otorgan protección a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y normalmente prevén penas más duras.

**Ejemplo de la aplicación**

La ley de un Estado prevé que todo aquel que recurra a la intimidación o la fuerza física para obstaculizar el ejercicio de las funciones oficiales de un funcionario público u obligarle a actuar o a abstenerse de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales será castigado con pena de prisión de un mes a un año. Además, otras disposiciones contemplan la imposición de la cadena perpetua a cualquiera que cause la muerte de un miembro de las fuerzas de policía o un funcionario de prisiones en razón de sus funciones o de su cargo, a fin de preparar, facilitar, cometer o encubrir otro delito o eludir la justicia, en provecho propio o de otra persona o entidad, aun cuando no logre el propósito previsto.

Asimismo, algunos Estados —y es interesante que esta parezca ser la tendencia dominante en el Grupo de los Estados de Europa Oriental— han armonizado su legislación con la parte obligatoria más restrictiva del apartado *b)* y, a veces, además de establecer las disposiciones generales antes mencionadas, han tipificado delitos especiales clasificados como delitos contra la justicia, como los actos destinados a impedir la aplicación de la justicia, los actos de coerción contra un magistrado, o la amenaza o el uso de la violencia en relación con la administración de la justicia o las investigaciones preliminares.

**Ejemplo de la aplicación**

Las disposiciones legales de un Estado parte que prohíben el uso de la fuerza física, las amenazas o la intimidación para obstaculizar el desempeño de las funciones oficiales de los funcionarios de justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley incluyen también, expresamente, a los miembros de los jurados y los abogados defensores. Se imponen penas más elevadas si el delito es cometido por funcionarios públicos en el cumplimiento de sus funciones.

En lo que atañe a los problemas y las deficiencias observadas, en casos aislados las disposiciones nacionales comprendían el agravio intencional, la agresión o el uso de la fuerza física, pero no las amenazas o la intimidación, mientras que en algunos otros casos solo incluían un tipo de amenaza o fuerza física (por ejemplo, el uso de un arma). Asimismo, se observaron algunos casos en que esa conducta no estaba contemplada o lo estaba solo en el contexto inmediato de un “ataque” o una “resistencia” contra determinados empleados o agentes públicos, en que ciertas categorías de funcionarios (como la policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley) quedaban excluidos del ámbito de aplicación del delito, o en que la responsabilidad penal por obstaculizar el ejercicio de las funciones judiciales se limitaba a los actos cometidos por funcionarios públicos, quedando excluidos todos los demás infractores. Las disposiciones generales relacionadas con la coerción y la intimidación se consideraron, en general, adecuadas, aunque en algunos casos se estimó que era necesario incluir específicamente los actos dirigidos contra la administración de la autoridad pública. Sorprendentemente, en un caso, los examinadores consideraron necesario que el Estado interesado modificara su legislación para que la penalización de la obstaculización del cumplimiento de las funciones de un funcionario judicial o de investigación no se limitara a los actos cometidos en relación con el ejercicio de dichas funciones, lo que no parece estar justificado en virtud del texto del artículo 25, apartado *b*). Por último, en un Estado parte, aunque las disposiciones pertinentes sobre agresión, intimidación, desacato y elusión u obstrucción del curso de la justicia parecían cumplir lo dispuesto en la Convención, se recomendó que las autoridades estudiaran la posibilidad de establecer una prohibición legal especial de la obstrucción de la labor de los funcionarios judiciales, en consonancia con otra prohibición especial ya existente en relación con los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y la policía.

### *Problemas*

No se observó ningún problema concreto, aparte de las numerosas limitaciones en la tipificación de delitos en las leyes nacionales que ya se han mencionado y, en algunos casos, la excesiva fragmentación de la legislación aplicable y la falta de un delito consolidado de obstrucción de la justicia que abarcara todos los elementos de esa conducta. Pocos Estados partes han proporcionado datos estadísticos o ejemplos de casos, por lo que resulta difícil por ahora evaluar la eficacia de las disposiciones que regulan la obstrucción de la justicia. Sin embargo, no cabe duda de que, a pesar de haber adoptado medidas legislativas adecuadas, varios países tropiezan con serias dificultades para la aplicación práctica y el cumplimiento de las disposiciones pertinentes. Así lo demuestra el ejemplo de al menos tres Estados partes del Grupo de los Estados de África, donde se constató que la obstrucción de la justicia era un problema serio y donde los funcionarios notificaron agresiones físicas graves y continuas y amenazas y actos de intimidación contra testigos, investigadores, fiscales, jefes de organismos y jueces, que impedían que esas personas ejercieran plenamente sus funciones.

## **F. Disposiciones en apoyo de la penalización**

### **1. Responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 26)**

Todos los Estados partes, excepto unos pocos, han adoptado medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados con arreglo a la Convención, aunque algunos de ellos no tienen una disposición general sobre la responsabilidad y hay diferencias considerables en cuanto al tipo y el alcance de esta. Además, varios Estados parecen haber establecido alguna forma de responsabilidad solo en relación

con delitos concretos, como el blanqueo de dinero. En casi todos los casos —con la excepción de algunos Estados cuyas disposiciones al respecto necesitan aclaración— parece estar claro que la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea penal, civil o administrativa, existe sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas que hayan cometido los delitos, lo que está en conformidad con el artículo 26, párrafo 3, de la Convención. En la práctica, ello significa que las decisiones procesales que se adopten en relación con la persona jurídica no influirán en las decisiones que afecten a las personas físicas; el hecho de que se considere responsable a la persona jurídica no supondrá ninguna ventaja (o desventaja) decisiva para la persona física, ni impedirá el establecimiento de su responsabilidad penal.

Estos principios se aplican respecto de todos los individuos que sean autores o cómplices de un delito de corrupción, con independencia de las funciones que desempeñen en la persona jurídica. Los representantes legales de una sociedad podrán representarla durante las investigaciones y los procesos incoados en su contra por delitos de corrupción o relacionados con la corrupción. Sin embargo, no podrán ser declarados culpables de los delitos cometidos por las personas jurídicas a las que representan, a menos que se determine que son responsables personalmente. Es cierto que en algunos países, mayoritariamente de tradición jurídica basada en el *common law*, la ley prevé que todo acto que constituya un delito por el que una persona jurídica pueda ser enjuiciada se considerará cometido por toda persona que en el momento de su comisión fuera director o empleado de la persona jurídica. Aunque a primera vista esto parece introducir un elemento de responsabilidad objetiva de las personas en cuestión, la ley aclara que las disposiciones en la materia no se aplicarán cuando se demuestre que el director o empleado de la persona jurídica no participó en la conducta en causa o adoptó todas las medidas razonables para prevenirla.

Al mismo tiempo, debería también ser posible considerar responsable a la persona jurídica aun cuando en la investigación no se logre determinar quién fue el autor concreto del delito —lo que a menudo ocurre en las estructuras societarias cada vez más descentralizadas y complejas, donde las operaciones y la adopción de decisiones están dispersas— o establecer su responsabilidad, por ejemplo, debido a obstáculos procesales. En contraste con estos principios, en varios casos se observó que la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas estaba vinculada a la responsabilidad de una persona física, y que esta última era, en medida considerable, una condición indispensable para la primera, lo que obstaculizaba enormemente la efectividad de las disposiciones pertinentes. Del mismo modo, en un Estado se determinó que las disposiciones (penales) que establecían que “solo la persona que haya cometido el delito más grave podrá ser condenada” hacían que el establecimiento de la responsabilidad fuera una cuestión incierta y aparentemente discrecional, lo que no es compatible con la claridad jurídica exigida por la Convención.

#### *Categorías de personas jurídicas comprendidas*

En principio, los Estados partes deberían velar por que todos los tipos de personas jurídicas estén sujetos a alguna forma de responsabilidad civil, administrativa o penal por los delitos relacionados con la corrupción. Sin embargo, en varios países, las leyes pertinentes no se aplican a las instituciones públicas, los órganos regionales, municipales y provinciales, las personas jurídicas de derecho público o las personas jurídicas del sector de base comunitaria y solidaria. Si bien la gran mayoría de los examinadores consideraron que ello era razonable, en dos casos se formularon objeciones claras a esa restricción. Asimismo, en otro Estado se recomendó que las disposiciones existentes sobre la responsabilidad administrativa se ampliaran, porque no incluían a las entidades con más de un 50% de participación estatal, a menos que se dedicaran a actividades comerciales, en cuyo caso se consideraban “personas

jurídicas civiles”. Dadas las discrepancias entre las opiniones expresadas, la cuestión debería examinarse más detenidamente. Menos controversia suscitaron las leyes de otros tres Estados, respecto de los cuales se coincidió en que el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas se había restringido indebidamente mediante una excepción aplicable no solo al Estado, los gobiernos locales o las personas jurídicas de derecho público, sino también a las empresas de propiedad del Estado y las personas jurídicas que no fueran sociedades empresariales.

#### *Naturaleza de la responsabilidad, responsabilidad civil*

En cuanto al tipo de responsabilidad, en la mayoría de los casos no parece haber duda de que existe la posibilidad de considerar responsable a una persona jurídica en virtud de las normas generales de responsabilidad civil o de una norma administrativa, aunque la información sobre estas posibilidades proporcionada durante los exámenes fue en muchos casos insuficiente o confusa. En la mayoría de las jurisdicciones se aplican diversas formas de responsabilidad.

En los casos en que se proporcionó información sobre los regímenes de responsabilidad civil, esta se refería en su mayor parte a disposiciones que permitían interponer demandas de indemnización contra personas jurídicas por daños morales o materiales, de conformidad con el artículo 35, o a disposiciones que establecían la posibilidad de imponer sanciones a esas personas mediante procedimientos civiles o cuasiciviles, como la disolución de una persona jurídica mediante una orden judicial por llevar a cabo actividades prohibidas por la ley.

#### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado parte en que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el código penal establece una responsabilidad civil subsidiaria (secundaria) especial de las personas jurídicas por todos los delitos cometidos en su nombre, así como la responsabilidad civil conjunta de las personas jurídicas específicamente en casos de soborno en el ámbito nacional o en el extranjero. En esos casos se considera a las personas jurídicas responsables de los daños y perjuicios, conjuntamente con las personas físicas a las que se declaró responsables penalmente como autores o participantes, e incumbe al tribunal determinar la indemnización pagadera por cada parte en proporción a su contribución al resultado del delito. Se recomendó que las autoridades nacionales adoptaran una definición menos restrictiva de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, que permitiera establecer una responsabilidad conjunta entre la persona física y la jurídica por todos los delitos contemplados en la Convención.

En el código civil de otro Estado se prevé la posibilidad especial de disolver en determinadas circunstancias una persona jurídica a solicitud del ministerio público. Este recurso puede utilizarse, por ejemplo, cuando las actividades de una persona jurídica estén en conflicto con el orden público. Es concebible que una persona jurídica que haya sobornado a un funcionario público nacional o extranjero quede comprendida en esa situación. En el código de comercio de otro Estado se prevé un procedimiento similar en el caso de sociedades que tengan una finalidad o causa ilegal, aunque dicho procedimiento parece tener un carácter administrativo y no civil.

Es interesante observar que la responsabilidad civil, que permite ya sea la reclamación de daños y perjuicios por las víctimas de delitos de corrupción a las personas jurídicas concernidas



o la disolución de la persona jurídica implicada en actividades ilegales, no siempre se considera un equivalente claro de la responsabilidad penal y administrativa. Por lo tanto, en un Estado parte que preveía la responsabilidad penal por blanqueo de dinero y soborno en el extranjero y la responsabilidad civil en el sentido antes citado por otros delitos relacionados con la corrupción, aunque se determinó que, en general, la disposición examinada se había aplicado, los examinadores estimaron necesario recomendar al país que considerase la posibilidad de introducir disposiciones legislativas claras que establecieran la responsabilidad penal y/o administrativa de las personas jurídicas por todos los delitos de corrupción. En el mismo sentido, en un Estado donde el código civil dispone que las personas jurídicas podrán ser disueltas por orden judicial si llevan a cabo actividades prohibidas por la ley, se consideró que el código no establecía las bases y condiciones para aplicar la medida en los casos en que una persona jurídica hubiera participado en delitos relacionados con la corrupción, ni un mecanismo jurídico claro que permitiera aplicar esa medida en la práctica.

### *Responsabilidad penal*

La principal cuestión que se plantea en relación con la aplicación del artículo 26 es si los Estados partes se han limitado a aplicar sanciones civiles y administrativas, o si han dado un paso más y han dispuesto que las personas jurídicas estén sujetas a sanciones penales. Prevalece claramente la segunda alternativa. Más de dos tercios de los Estados partes han establecido alguna forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de corrupción. Esto incluye casos en que los Estados partes, a fin de evitar impugnaciones constitucionales relacionadas con la obligación de demostrar la culpabilidad del acusado, han establecido versiones “indirectas” o *sui generis* de esa responsabilidad, que no se consideran responsabilidad penal, aunque sean juzgadas por un tribunal penal. Por ejemplo, en un país, si se determina durante el curso de un proceso penal contra una persona física que el delito se cometió en el marco de la actividad empresarial o en interés de una persona jurídica, podrán imponerse multas o adoptarse medidas coercitivas contra esa persona jurídica por decisión motivada del tribunal penal.

Mientras que en el pasado la responsabilidad penal de las personas jurídicas era un rasgo característico de varios sistemas basados en el *common law*, cuando se realizaron los exámenes había al menos otros tantos países de tradición jurídica romanista que tenían normas equivalentes, entre ellas, normas de responsabilidad que no eran estrictamente penales pero que figuraban en las leyes penales. Cada vez más Estados partes de todo el mundo siguen ahora esta tendencia, como pone de manifiesto el ejemplo de al menos cinco países de diferentes regiones con regímenes de tradición romanista o de derecho administrativo en que se había elaborado una ley que introduciría la responsabilidad penal, o esa ley ya se había firmado y entraría en vigor en un futuro próximo, o se había contraído el compromiso —en un caso, al parecer, bajo la influencia del Grupo de Trabajo sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE— de introducir dicha responsabilidad, y la legislación al respecto estaba pendiente de aprobación. También es revelador que en dos de los Estados que carecían de legislación que estableciera la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción, o en que esa legislación era limitada, las autoridades nacionales indicaron que sus respectivos Gobiernos tenían la intención de dar prioridad a la promulgación de medidas sobre responsabilidad penal, pese a que, como se observó en un caso, otras formas de responsabilidad civil y administrativa también cumplirían los requisitos de la Convención.

Gran parte de la legislación pertinente es reciente y no ha sido puesta a prueba ni se ha analizado a fondo. Ello explica, en parte, su efecto práctico limitado o nulo en algunos países

y la incertidumbre que sigue existiendo sobre la forma en que los tribunales valorarán algunos de sus aspectos, como la atribución de intención y culpa, las normas probatorias aplicables y los criterios para elegir entre diferentes tipos de sanciones contra las personas jurídicas.

La manera más tradicional de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas —y la que prevalece en las jurisdicciones basadas en el *common law*— es considerar que todos los delitos aplicables (con excepciones muy limitadas, como algunas infracciones menores o ciertos delitos fiscales) se refieren tanto a las personas físicas como a las jurídicas, y aplicar la legislación pertinente de la misma forma, si bien con las adaptaciones necesarias. En los casos en que siga habiendo dudas sobre si debe aplicarse un concepto de “persona” uniforme con relación a los delitos de corrupción (por ejemplo, porque la ley interpretativa conexa se promulgó después de su tipificación), los Estados partes deberían tratar de aclarar la situación.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado, una disposición general prevé que la legislación penal se aplique a las personas jurídicas de la misma manera que a los particulares, con las modificaciones que se establecen en ella y las que sea necesario efectuar por el hecho de que la responsabilidad penal recaiga en las personas jurídicas y no en las físicas. Una persona jurídica puede ser declarada culpable de cualquier delito, incluidos aquellos que son punibles con reclusión.

En las leyes de otro país, se entiende por “persona” toda empresa o asociación o agrupación de personas, esté o no constituida en sociedad. Esta definición no es exhaustiva y engloba a las personas tanto físicas como jurídicas, como las empresas, sociedades unipersonales, firmas o asociaciones no constituidas en sociedad. En general, una empresa está en la misma situación respecto de la responsabilidad penal que una persona física y puede ser declarada culpable de delitos, incluidos los que exigen intencionalidad. Ahora bien, existen delitos que una empresa no puede cometer o de los que no puede ser declarada culpable como autor; además, una empresa no puede ser declarada culpable de un delito para el que la pena capital, el castigo físico o la privación de libertad sean las únicas sanciones previstas.

Muchos países adoptan un criterio más restringido, en virtud del cual las personas jurídicas son susceptibles de sanción penal solamente por delitos específicos, por lo general, los que se consideran más graves o los que están comprendidos en la categoría de delitos económicos. En lo que se refiere al cumplimiento de lo dispuesto en la Convención, ese criterio puede dar lugar a deficiencias al no existir disposiciones civiles o administrativas complementarias. Por ejemplo, en un número considerable de casos, la responsabilidad se limitaba a delitos como el blanqueo de dinero y el soborno de funcionarios nacionales y extranjeros, o a delitos que suponían el enriquecimiento de una persona o una empresa de manera que causara perjuicio a las finanzas del Estado. Por ello, se recomendó que se ampliara el ámbito de aplicación de la ley para que incluyera todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Del mismo modo, en otros casos en que las disposiciones eran algo más amplias, ciertos delitos, como la malversación o peculado en los sectores público y privado, el abuso de funciones y la obstrucción de la justicia, quedaban excluidos del ámbito de aplicación.

No existen principios claramente consolidados entre los Estados partes en relación con la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En términos generales, la responsabilidad empresarial surge normalmente cuando comete un acto doloso en nombre de la empresa o en su provecho: *a)* un miembro de su órgano estatutario, un alto directivo, un funcionario con facultad para adoptar decisiones o un representante competente; o *b)* un subordinado de una de las personas citadas, en los casos en que en las operaciones de la empresa no se observaron la atención y diligencia necesarias para prevenir el delito, permitiendo que se cometiera. Aunque se aceptaron distintas variantes de este modelo por considerarse que eran suficientes, en un Estado donde únicamente la actuación de los miembros del consejo o de los directores *de jure* o *de facto* de una persona jurídica podían hacer que esta incurriera en responsabilidad penal, se recomendó que se considerara la posibilidad de modificar la legislación vigente a fin de que el nivel de autoridad de la persona cuya conducta pudiera entrañar la responsabilidad de la persona jurídica fuera flexible y reflejara la gran diversidad de sistemas de adopción de decisiones de las personas jurídicas.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado, para que se pueda atribuir responsabilidad, es preciso que el delito haya sido cometido en interés y provecho de la persona jurídica de que se trate por alguna persona física con facultades directivas, administrativas o de supervisión, o por algún individuo que esté bajo la dirección o supervisión directa de una de esas personas; también debe demostrarse que existe un incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica. La ley entiende que la persona jurídica ha incumplido sus deberes cuando no ha implantado mecanismos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de un delito.

En otro país solo puede atribuirse un delito a una persona jurídica si: *a)* un empleado, agente o directivo de la persona jurídica, actuando en el ámbito real o aparente de su empleo, o dentro de los límites de su autoridad real o aparente, comete un acto que constituya un elemento material del delito; y *b)* se atribuye a la persona jurídica un elemento de culpa que de manera inequívoca, tácita o implícitamente, autorizó o permitió la comisión del delito, por ejemplo, la existencia de una cultura empresarial que inspiró, alentó, toleró o provocó el incumplimiento de la disposición pertinente, o el hecho de que la persona jurídica no creara o no mantuviera una cultura empresarial que exigiera el cumplimiento de la disposición pertinente.

Uno de los objetivos del establecimiento de la responsabilidad empresarial es claramente alentar a las personas jurídicas a que adopten mecanismos adecuados para prevenir la corrupción, como el nombramiento de un director de prevención, la definición de sus prerrogativas y poderes, y el establecimiento, la supervisión y la certificación de un sistema de control interno. Por lo tanto, en algunos casos, la empresa podría no ser considerada responsable si demuestra que ejerció la diligencia debida o que ha implantado un “modelo organizativo” para prevenir la conducta delictiva o su autorización. Por otra parte, en algunos Estados las empresas son, en general, responsables de los actos de sus empleados, aun cuando la dirección empresarial haya censurado la conducta del empleado e incluso si existía un programa de control del cumplimiento eficaz; estos factores solo pueden contribuir a mitigar las penas aplicables. Así pues, si una empresa ha establecido amplias normas de diligencia debida o cumplimiento interno que gozan del apoyo de la dirección, y a pesar de ello un empleado

infringe la ley, el tribunal puede reconocer los esfuerzos de la empresa como factor atenuante al determinar el nivel de la pena.

### Logros y buenas prácticas

Un Estado parte ha establecido la responsabilidad objetiva de las organizaciones comerciales que no impidan que las personas asociadas con ellas cometan actos de soborno a fin de obtener o mantener un beneficio comercial. Las organizaciones comprendidas son las entidades nacionales y extranjeras que realizan actividades comerciales o llevan a cabo cualquier actividad o profesión en el país, incluidas las empresas que son total o parcialmente de propiedad estatal. Esta ley, que impone a esas entidades la obligación de prevenir el soborno, se considera un medio eficaz de disuasión que ha llevado a muchas empresas a adoptar medidas amplias de prevención. En vista de esa consecuencia y de la respuesta general positiva del ministerio público y del sector empresarial, esta medida se consideró una buena práctica, que presentaba la importante ventaja de que podía aplicarse también en los Estados que carecieran de un régimen de responsabilidad penal.

### Responsabilidad administrativa

El artículo 26, párrafo 1, de la Convención exige que, en consonancia con sus principios jurídicos, los Estados partes adopten las medidas necesarias a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la Convención. No hay obligación de establecer la responsabilidad penal, lo que concuerda con otras iniciativas internacionales que reconocen los distintos enfoques utilizados por los diferentes ordenamientos jurídicos y les dan cabida<sup>40</sup>. De hecho, muchos Estados partes han preferido recurrir a sanciones administrativas (a veces conjuntamente con la responsabilidad civil), citando los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y la doctrina establecida, con arreglo a los cuales solamente una persona física podrá considerarse sujeta a responsabilidad penal. Las empresas no tienen un estado mental reprochable y no es posible establecer su culpabilidad como una actitud subjetiva y psicológica; tampoco pueden ser objeto de una verdadera sanción penal (*societas delinquere non potest*).

En la mayoría de los casos, los expertos encargados del examen aceptaron la forma de responsabilidad preferida por los países y observaron que los sistemas que prevén sanciones administrativas efectivas se ajustan plenamente a lo dispuesto en el artículo 26 en la medida en que las disposiciones pertinentes prevean todos los delitos de corrupción y no se limiten, por ejemplo, al ámbito de la contratación pública. Cabe señalar, no obstante, que, pese al amplio margen de discreción de que gozan los Estados partes en la materia, algunos expertos examinadores han recomendado que se establezca la responsabilidad penal o, si ya existe, que se haga extensiva a todos los delitos de corrupción. En la misma línea, la creación de un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas que participen en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención se destacó como una buena práctica en algunos casos, teniendo en cuenta el carácter innovador de esa medida en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista.

<sup>40</sup>Véase *ibíd.*, párrs. 323 a 327.

La información aportada en relación con los principios que rigen la atribución de responsabilidad administrativa fue escasa, pero el límite establecido es ciertamente inferior al requerido para la aplicación de sanciones penales.

### **Ejemplo de la aplicación**

En un país, la ley que rige los delitos de corrupción establece que, si la organización, preparación y comisión de delitos de corrupción o de delitos que creen las condiciones para la comisión de delitos de corrupción se efectúan en nombre o en el interés de una persona jurídica, podrán recaer en esa persona jurídica medidas de responsabilidad, de conformidad con la legislación nacional. En algunos casos, también personas jurídicas extranjeras pueden ser consideradas autoras de delitos de corrupción. Además, las personas jurídicas podrán tener responsabilidad legal por el incumplimiento de los requisitos de la legislación sobre la lucha contra la legalización (el blanqueo) del producto del delito y la financiación del terrorismo.

### *Sanciones*

Las sanciones suelen variar y abarcan desde las formas más habituales de pena pecuniaria (por ejemplo, hasta cinco veces la cuantía de la pena pecuniaria máxima que pueda imponer un tribunal a una persona física declarada culpable del mismo delito, o de dos a diez veces el valor de los bienes ilícitos recibidos, aceptados, solicitados, convenidos o prometidos), el decomiso y la publicación de un extracto de la sentencia, hasta sanciones de carácter administrativo, como la retirada total o parcial de incentivos y bonificaciones fiscales o la prohibición absoluta de percibirlos durante un período determinado, la prohibición temporal o permanente (inclusión en “listas negras”) de participar en licitaciones públicas o de firmar instrumentos y contratos con organismos públicos, la cancelación de autorizaciones para instalarse en el país como sucursal de una empresa extranjera, la prohibición de hacer ampliaciones de capital, el cierre de determinados establecimientos, la retirada de licencias comerciales y la prohibición temporal de dedicarse a una actividad comercial o de otro tipo, el sometimiento a supervisión judicial e incluso, como medida más drástica (en especial si la persona jurídica se hubiera creado específicamente para llevar a cabo actividades delictivas como el blanqueo de dinero, o si, tras desviarse de su objetivo legítimo inicial, hubiera modificado su actividad a fin de cometer un delito), la disolución de la sociedad o la cancelación de su personalidad jurídica, así como distintas combinaciones de estas medidas. Los examinadores valoraron positivamente la ausencia de un tope máximo legal para las multas imponible a las empresas en algunos países (por ejemplo, por el blanqueo de dinero), y consideraron que ello favorecía la disuasión.

Las sanciones monetarias imponibles a las personas jurídicas suelen ser más severas que las previstas para las personas físicas. Sin embargo, en muchos casos se consideró que las multas máximas imponibles a las empresas podrían ser más altas, dadas la gravedad de los delitos, la cuantía, a menudo elevada, de los beneficios ilícitos en juego y la solidez económica de dichas entidades. Así pues, en un número importante de países se recomendó que se estudiara la posibilidad de aumentar la cuantía de las multas que podían imponerse por delitos relacionados con la corrupción (por ejemplo, hasta un porcentaje de la cifra de negocios de la empresa), se ampliaran los tipos de sanciones aplicables a las personas jurídicas para incluir sanciones no pecuniarias, y, en general, se previera la aplicación de penas diferentes

en función de la gravedad del delito y de otras circunstancias conexas; en algunos de estos casos había leyes pendientes de aprobación para subsanar esos problemas. En un número reducido de casos se consideró que la ausencia de un sistema de antecedentes penales públicos o de listas negras para las empresas y sus representantes era también una deficiencia. Por último, en algunas jurisdicciones donde no se había enjuiciado a ninguna persona jurídica por ningún delito se observó que no había disposiciones concretas que especificaran las sanciones aplicables y, en un caso, se recomendó que se aclarara la jurisprudencia en relación con la imposición de sanciones a personas jurídicas por delitos específicos; ello suponía definir los umbrales de las penas y especificar indicadores válidos para la aplicación de un determinado tipo de pena, teniendo en cuenta el tamaño o la situación financiera de la persona jurídica.

Otros factores que se tienen en cuenta normalmente al imponer sanciones a las personas jurídicas son el tipo de actividades que desarrollan, las circunstancias concretas de la comisión del delito, la posición que ocupa la persona física en el marco institucional de la persona jurídica, las acciones reales de la persona jurídica, la naturaleza de las operaciones realizadas por la persona jurídica y las consecuencias de esas operaciones y, como se indicó anteriormente, las medidas adoptadas por la persona jurídica para prevenir la comisión del delito<sup>41</sup>.

### *Eficacia*

Como ya se ha mencionado, las normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas a menudo son recientes y no se han puesto a prueba. Se informó de que las sanciones previstas para las personas jurídicas no se aplican de forma generalizada, o no se aplican en absoluto, en especial en lo que respecta a los delitos de corrupción, y los fiscales nacionales rara vez exigen que se declare responsable penalmente a una persona jurídica por la comisión de delitos económicos. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley, como la policía y el ministerio fiscal, no siempre disponen de sistemas para remitir los casos penales que impliquen a personas jurídicas a las autoridades administrativas encargadas de imponer las sanciones pertinentes. De igual modo, se observó la falta de una legislación especial que permitiera recabar pruebas contra las personas jurídicas por la comisión de delitos penales, así como la existencia de resquicios legales que podían utilizarse para eludir la responsabilidad (por ejemplo, mediante la fusión con otra empresa). Por último, pocas veces se proporcionaron estadísticas y análisis de casos, lo que dificultó la tarea de determinar si los regímenes sancionadores nacionales podían considerarse eficaces, proporcionados y disuasorios.

Los equipos de examinadores se declararon satisfechos de la eficacia de los regímenes nacionales solo en un número reducido de casos: en uno de ellos se consideró que el sistema de responsabilidad penal era un logro, en vista de los enjuiciamientos realizados y de las sanciones impuestas a grandes empresas por corrupción; en otro se señaló que la norma en materia de responsabilidad era directa y eficaz, y había permitido un número notable de actuaciones de los organismos encargados de hacer cumplir la ley en los últimos 5 años.

### *Problemas*

Los problemas más frecuentes se relacionaban con el carácter no adecuado de las medidas normativas existentes, las particularidades de los ordenamientos jurídicos nacionales y el

---

<sup>41</sup>En relación con la cuestión de las medidas a disposición de los Estados partes para sancionar a las entidades del sector privado, especialmente las sanciones pecuniarias, el decomiso del producto del delito, la suspensión, la inhabilitación y la denegación de beneficios públicos, véase UNODC, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial* (Viena, 2013), págs. 20 a 32.

establecimiento de penas adecuadas de conformidad con el artículo 26, párrafo 4. Aparte de eso, el problema principal residía en la reducida aplicación práctica de la normativa vigente, que obedecía en parte a deficiencias sistémicas o a la existencia de prejuicios negativos muy arraigados acerca de la utilidad de tales medidas. Dos ejemplos aclaran esta situación: en un Estado, la escasísima aplicación de las leyes sobre responsabilidad penal se atribuyó en parte a la limitada capacidad de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, es decir, a la falta de conocimientos de los investigadores y los fiscales sobre la forma de investigar el delito y enjuiciar a sus autores; en otro Estado, en el que todavía no se había llevado a los tribunales ningún caso contra una persona jurídica, las autoridades afirmaron que existía una percepción generalizada de que el soborno no era un problema asociado al sector privado (o a las personas jurídicas de este sector), sino que afectaba a los funcionarios públicos que recibían o solicitaban sobornos.

Un último aspecto importante es que se precisa más información, especialmente sobre la opción administrativa que prefieren muchos países. Por ello, se recomendó que se llevaran estadísticas de las sanciones y los procedimientos administrativos contra las personas jurídicas, así como de las causas y las sanciones penales.

## 2. Participación y tentativa (artículo 27)

La gran mayoría de los Estados partes han adoptado medidas adecuadas para penalizar conjuntamente la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, la participación en ellos y la tentativa de cometerlos, normalmente no con medidas especiales relativas a cada uno de esos actos, sino mediante disposiciones enunciadas en la parte general de sus respectivos códigos penales. No ocurre lo mismo con respecto a la preparación de un delito de corrupción, que es objeto de una disposición no obligatoria y que está tipificada como delito solo en dos tercios de los Estados partes aproximadamente.

### *Participación*

El alcance, el ámbito y las clasificaciones terminológicas de los actos de participación varían, aunque de forma general pueden distinguirse algunos rasgos comunes entre los distintos Estados. El más evidente se relaciona con las personas que han cometido conjuntamente un delito deliberado (coautores o coperpetradores). En casi todos los casos, cuando varias personas llevan a cabo conjuntamente un acto delictivo con un propósito común, cada una es responsable de ese acto de la misma forma que si lo hubiera realizado individualmente.

En cuanto a la participación en sentido estricto, por lo general las leyes nacionales se refieren a toda persona que deliberadamente haya cooperado, colaborado, ayudado o prestado asistencia de cualquier forma (mediante el asesoramiento, la actuación o de otra manera) antes o en el transcurso de un acto deliberado o una tentativa punible (y en ocasiones incluso después, por ejemplo, si el objetivo es mantener una promesa hecha antes de la comisión del delito). Solamente en un número muy reducido de casos no está penalizada la participación en sus distintas formas, es decir, como complicidad, asistencia o confabulación, o con respecto a determinados delitos tipificados con arreglo a la Convención (por ejemplo, el soborno o la malversación o peculado en el sector privado). A veces la ley no establece diferencias entre los distintos participantes, sino que refleja un concepto unificado de autor del delito que incluye a todas las personas que contribuyen de alguna forma a realizar el acto. Frecuentemente (aunque no siempre), se castiga a los cómplices, colaboradores e instigadores con la pena aplicable

a los delincuentes principales, y los tribunales tienen en cuenta su nivel de participación al establecer esa pena. A menudo se hace referencia especial a los “instigadores” (es decir, las personas que persuaden intencionalmente a otra de que cometa un delito deliberado o lleve a cabo una tentativa punible de cometerlo) y a las personas que prestan ayuda “esencial”, “significativa” o “directa” en la comisión de un delito, pero también, como ocurre principalmente en los países del Grupo de los Estados de Europa Oriental, a los “organizadores” (es decir, las personas que orquestaron el delito o supervisaron su comisión, así como las que crearon o supervisaron un grupo organizado o una organización delictiva). Lo más probable es que estas tres categorías de individuos (instigadores, participantes directos y organizadores) sean tratadas como autores y que se considere que se les puede imponer la misma pena que a los propios autores.

Además, en casos aislados, la ley también trata por separado como cómplices al “contratista” (la persona que contrata a otras personas para cometer un delito), el “ocultador” (la persona que es testigo del delito sin participar directamente pero no impide que se cometa) o incluso el “encubridor” (la persona que se entera del delito una vez cometido y ayuda al autor para evitar que sea capturado o simplemente no lo denuncia). Los dos últimos casos probablemente vayan más allá de lo dispuesto en la Convención.

### *Tentativa*

Por tentativa suele entenderse la conducta de una persona que inicia la comisión de un delito (es decir, lleva a cabo un acto que no es meramente preparatorio y permite la realización del delito), pero finalmente no logra ejecutarlo por circunstancias ajenas a su voluntad. El autor de una tentativa suele ser castigado con las mismas penas que las previstas para el delito consumado, aunque en varios países la condena se reduce o el juez puede aplicar su criterio al respecto, en especial cuando la tentativa refleje poca fortaleza o persistencia en la intención dolosa. En muchos Estados se dispone explícitamente que no se impondrá ninguna pena (o se impondrá una pena más leve) si el delito no se consuma por la acción o inacción voluntaria del delincuente (que no se deba a condiciones externas o circunstancias objetivas ajenas a su voluntad, como un riesgo imprevisto de ser descubierto). Además, en algunos países, la tentativa puede no estar sujeta a sanción (o estar sujeta a una pena más leve) si el delito no pudiera consumarse en ninguna circunstancia por carecer el autor de las cualidades personales para ello o por no concurrir las circunstancias que exige la ley, o por razón del tipo de acción o el objeto del delito.

Hay países donde la ley solamente penaliza las tentativas relacionadas con delitos concretos o con delitos que se consideran graves o tienen una pena superior a cierto umbral (por ejemplo, 3 años de prisión). En algunos casos, ello generó incertidumbre con respecto a la cobertura de todos los delitos de corrupción, y en más de 12 Estados se observaron claras deficiencias. Por ejemplo, en un Estado, la tentativa de cometer el delito de soborno pasivo está tipificada específicamente como delito, pero no existe una disposición general sobre la tentativa que englobe todos los delitos previstos en la Convención. En la mayoría de los demás casos no están incluidas las tentativas de diversos delitos de corrupción (como la obstrucción de la justicia y el tráfico de influencias) y, en dos Estados, la tentativa de cometer un delito solamente se castiga si así lo decide el juez o si se considera peligrosa para la sociedad. Se estimó que esa exigencia establecía un umbral implícito más elevado del necesario.

Cabe observar que muchos países tienen un reducido margen de maniobra para aplicar medidas contra la tentativa de comisión de los delitos tipificados en la Convención, en



particular con respecto al soborno y el tráfico de influencias. Como ya se mencionó en la sección A, subsección 1, si bien varios Estados partes califican los actos de prometer y ofrecer un beneficio indebido como tentativas de cometer el delito de soborno, son muchos más los Estados que tipifican directamente la promesa y el ofrecimiento, y su aceptación, como delitos de soborno en toda regla. En estos casos, como se señaló en algunos exámenes, no es necesario ningún vínculo entre el actor activo y el pasivo; la conducta subsiguiente de la otra parte es irrelevante y no importa que el beneficio ilícito se conceda o se reciba. Por otro lado, tampoco es totalmente exacto que no haya ningún margen para el delito de tentativa, como se argumentó en tres exámenes. Por ejemplo, podría ocurrir que un sobre con un ofrecimiento de soborno en su interior enviado por correo postal se interceptase en tránsito sin llegar a su destinatario; ello equivaldría normalmente a una tentativa de soborno activo.

### *Preparación de un delito*

A diferencia de lo que ocurre con la tentativa, normalmente no se considera que los actos meramente preparatorios exijan siempre la imposición de medidas penales, por lo que esos actos pueden regularse colectivamente, por ejemplo, en la parte general del código penal. En más de dos quintos de los Estados partes, la mera preparación de un delito relacionado con la corrupción (párrafo 3 del artículo 27) no parece estar penalizada en ninguna de sus formas (incluida la confabulación, que, como se observó en relación con el artículo 23, párrafo 1 b) ii), en principio se incluye en el concepto de preparación). En algunos de esos casos, los Estados examinados explicaron que la penalización de la preparación está reservada exclusivamente a los delitos más graves (delitos contra la organización constitucional y la seguridad, terrorismo internacional, etc.) o que no se integra fácilmente en el ordenamiento jurídico nacional y sus principios fundamentales, que exigen una definición clara de la conducta reprochable que constituye el delito. Dado el carácter facultativo de la obligación en cuestión, este tipo de explicaciones se consideraron en general satisfactorias, si bien se instó a algunos países a que estudiaran la posibilidad de adoptar medidas relativas a la preparación en el futuro.

Del mismo modo, en algunas jurisdicciones, la preparación de un delito (en particular en forma de confabulación o tentativa de organizar una confabulación) es punible únicamente en casos concretos previstos por la ley, lo que a veces incluye el blanqueo de dinero (por ejemplo, la asociación delictuosa o la participación en una organización delictiva con el objetivo de blanquear capitales) o la obstrucción de la justicia, pero no otros delitos de corrupción y, en todo caso, no todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención. El criterio que determina si es necesario tipificar las actividades preparatorias de los posibles autores es normalmente la gravedad del delito y, de forma más general, sus características y la manera en que se comete. Se considera que establecer la responsabilidad penal por la preparación de la comisión de delitos menos peligrosos es desproporcionado e incompatible con los propósitos del derecho penal como medida de último recurso. No obstante, en varios Estados partes se estaba preparando o se había preparado legislación para aplicar el artículo de manera más completa.

El concepto de “preparación” solo está definido nítidamente en algunos Estados (es interesante observar que la mayoría de ellos se inspiran en una tradición jurídica que tiene sus raíces en el Grupo de los Estados de Europa Oriental), por lo general como la creación deliberada de condiciones para la comisión de un delito, o la adopción, con arreglo a un plan, de precauciones técnicas u organizativas concretas de un tipo y alcance que indiquen que se está preparando la comisión de un acto delictivo.

### Ejemplo de la aplicación

En una serie de Estados partes del Grupo de los Estados de Europa Oriental, dotados todos de disposiciones casi idénticas, se entiende que la preparación de un delito consiste en la búsqueda, adquisición o fabricación por un individuo de medios o instrumentos para cometer un delito, la búsqueda de cómplices para cometer un delito, la confabulación para cometer un delito o la creación deliberada de condiciones de cualquier otro tipo para la comisión de un delito. En esos países, la responsabilidad penal se plantea únicamente en el caso de los preparativos para cometer un delito grave o especialmente grave.

Muchos más Estados, principalmente los de tradición jurídica basada en el *common law*, limitan la conducta preparatoria a un delito especial de confabulación, que, como se explicó en la sección D, subsección 1, suele entrañar el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito a menudo grave, siempre que se haya realizado al menos un acto manifiesto (que puede ser un acto destinado a preparar la comisión del delito). Uno de esos Estados explicó que, tras examinar la cuestión, había decidido no tipificar la mera preparación de un delito, habida cuenta de la existencia del delito de confabulación, pero también del hecho de que la proposición era un elemento que figuraba en los delitos de soborno, y que la incitación y el suministro de medios para la comisión de un delito grave también estaban penalizados en todos los casos. Una vez más, los examinadores aceptaron esa explicación, dado el carácter facultativo de la obligación en cuestión.

Además, algunas jurisdicciones incluyen los delitos preparatorios de inducción o incitación a cometer un delito, invitación a la comisión de un delito o instigación, es decir, el hecho de instar deliberadamente a la comisión de un delito, aunque sea imposible cometerlo o no se haya intentado (tentativa de instigación).

### 3. Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito (artículo 28)

El artículo 28 parece ser una de las disposiciones menos problemáticas de la Convención en cuanto a su aplicación. La mayoría de los Estados partes han adoptado la norma probatoria que contiene en relación con el establecimiento del conocimiento, la intención y el propósito como elemento de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, aunque en unos cuantos casos la información proporcionada fue insuficiente o los expertos examinadores solicitaron aclaraciones.

El propósito del artículo 28 es establecer que las disposiciones probatorias de cada Estado parte deben permitir las inferencias respecto de la intencionalidad de un delincuente, sobre la base de circunstancias fácticas objetivas, en lugar de exigir pruebas directas, como una confesión, para que la intencionalidad quede demostrada<sup>42</sup>. De hecho, como el tribunal no puede percibir directamente la intencionalidad del acusado y rara vez existen pruebas directas de su predisposición psicológica, en la mayoría de los Estados partes la prueba del elemento subjetivo del delito puede lograrse mediante las denominadas pruebas indiciarias, es decir,

<sup>42</sup>*Ibíd.*, párr. 368.

por medio de un proceso de razonamiento lógico que permite inferir conclusiones válidas sobre los elementos faltantes a partir de hechos conocidos y demostrados mediante elementos probatorios directos (por ejemplo, documentos, testimonios e informes de peritos), teniendo en cuenta las circunstancias personales del acusado y el contexto general del caso, así como las máximas de la experiencia y las cuestiones de conocimiento general. Como se explicó en un examen, a excepción de la confesión espontánea, la intención debe inferirse, jurídica y racionalmente, de muchas circunstancias que giran en torno de la conducta (antes, durante y después) por la que se enjuicia, en cuyo análisis no puede faltar el estudio de la personalidad del autor, su conocimiento, su formación, su profesionalidad, su condición social y sus intereses (ya sean económicos, profesionales, altruistas o de otra clase). Toda esa información se utiliza para plasmar la convicción íntima de los jueces y demostrar más allá de toda duda razonable el elemento subjetivo del delito.

La cuestión está íntimamente ligada al principio de la evaluación libre (“moral”) de las pruebas, que suele estar consagrado en los códigos de procedimiento penal nacionales y que permite que los tribunales evalúen libremente todas las pruebas que les hayan sido presentadas, siempre que: *a*) no contradigan los principios de la lógica, la experiencia y el conocimiento científico sólidamente establecidos; y *b*) dicten decisiones motivadas en las que se indiquen los medios probatorios que sirvieron para demostrar cada uno de los presuntos hechos y circunstancias.

La norma probatoria del artículo 28 aparece, en la mayoría de los casos, como un principio general del derecho y el procedimiento penal nacionales; en muy pocos casos hay disposiciones de textos jurídicos que exijan su cumplimiento. Sin embargo, existen algunos ejemplos de ello.

#### Ejemplos de la aplicación

La ley de un Estado establece que, al determinar si una persona ha cometido un delito, el tribunal o jurado: *a*) no estará obligado por ley a inferir que esa persona pretendió o previó un resultado de sus acciones por la sola razón de que sea un resultado natural y probable de esas acciones; y *b*) decidirá si esa persona pretendió o previó el resultado teniendo en cuenta todas las pruebas y extrayendo de ellas las inferencias que parezcan apropiadas en función de las circunstancias.

Otro Estado cuenta con una disposición legislativa específica sobre el blanqueo de dinero en que se establece expresamente que el conocimiento, intención o propósito podrán deducirse de circunstancias fácticas objetivas, como la naturaleza de una transacción inusual.

Vale la pena mencionar que, para facilitar el enjuiciamiento de los responsables de delitos de corrupción, en particular el soborno, la malversación o peculado y el abuso de funciones, las leyes nacionales (de los países de tradición jurídica basada en el *common law* del Grupo de los Estados de África y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico) contienen a veces presunciones de intención deshonestas contundentes, aunque refutables, que han de invocarse después de que se hayan establecido los elementos fácticos esenciales de un delito (por ejemplo, la concesión de un regalo u otra contraprestación a un funcionario público o la posesión de un bien por un funcionario público). Del mismo modo, como reconoció un Estado parte, los jueces a veces recurren, como práctica habitual, a presunciones de ese tipo para inferir a

partir de los actos realizados la intención del autor. También es frecuente que los jueces de los tribunales penales tengan en cuenta el hecho de que el autor poseía una determinada cualidad que debería haberle permitido ser plenamente consciente de la comisión del delito.

Aunque algunos expertos gubernamentales consideraron que ese tipo de presunciones, al menos si estaban incluidas en la legislación nacional, contradecían la presunción de inocencia consagrada en el artículo 14, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a veces, en las constituciones nacionales, en su mayoría formularon observaciones favorables al respecto e incluso estimaron que eran un aspecto positivo. El asunto requiere, por lo tanto, un examen más detenido a fin de determinar la evaluación correcta de esas prácticas.

### Ejemplos de la aplicación

Las leyes de dos Estados partes del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico contienen presunciones refutables con arreglo a las cuales, cuando ya se haya establecido que se ha ofrecido, concedido, aceptado o recibido una gratificación, se presumirá que ello ocurrió de forma corrupta, a menos que el acusado demuestre lo contrario. La carga de la prueba es la de una parte en una causa civil, es decir, el acusado debe demostrar su argumento sobre la base de un balance de probabilidades. Esta es una carga mayor que la que recae normalmente en el acusado, que es la de suscitar una duda razonable. Si el acusado no puede refutar la presunción con arreglo al balance de probabilidades, la acusación tiene igualmente que probar su propia argumentación, en conjunto, más allá de toda duda razonable. En uno de esos Estados existen presunciones de este tipo en relación con la malversación o peculado en los sectores público y privado, así como el abuso de funciones por funcionarios públicos. Se consideró que esas presunciones legislativas eran instrumentos muy poderosos para la acusación, y buenos ejemplos de medidas que podían incrementar la posibilidad de enjuiciamientos que llegaran a buen término.

En otro país, también del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y dotado de un ordenamiento jurídico similar (basado en el *common law*), los criterios aplicables para inferir el conocimiento, la intención y el propósito no se rigen por la ley, sino que se dejan al criterio objetivo de los tribunales. No obstante, las normas nacionales permiten a los tribunales presumir, como en los ejemplos citados, una determinada intencionalidad de la persona acusada de corrupción. Dicho de otro modo, los tribunales pueden presumir *mens rea* (por ejemplo, la intención de obtener un favor especial del funcionario corrupto) previa prueba de *actus reus* (por ejemplo, la concesión u ofrecimiento de una gratificación al funcionario público). También en este caso, se consideró que se trataba de una buena práctica, que facilitaba la prueba del delito. También cabe señalar que la ley del Estado parte en cuestión es una de las que se mencionaron en la sección B, subsección 4, y dispone expresamente que cuando una persona acusada de corrupción esté en posesión de recursos pecuniarios de los que no pueda dar cuenta de forma satisfactoria, los tribunales podrán tomar en consideración ese hecho como elemento corroborante al decidir su culpabilidad.

## 4. Prescripción (artículo 29)

El plazo de prescripción y su aplicación en relación con el comienzo de un proceso penal por delitos tipificados con arreglo a la Convención varían considerablemente entre los Estados partes.

### *Plazo de prescripción*

El cumplimiento del artículo 29 está garantizado en un número considerable de Estados partes en que no existe la prescripción de los delitos de corrupción, bien porque no hay una ley que prescriba un plazo para el comienzo de un procedimiento penal por delitos cometidos en el territorio nacional, o porque únicamente existe para los delitos sujetos a penas leves (por ejemplo, un máximo de menos de 6 meses de prisión o una multa de poca cuantía), que no incluyen los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Otra práctica observada en algunos países consiste en no aplicar los plazos de prescripción en el caso de determinados delitos tipificados con arreglo a la Convención (por ejemplo, el blanqueo de dinero, los delitos cometidos por funcionarios públicos contra los bienes del Estado que provocan daños económicos graves, o los delitos en que el producto se haya transferido fuera del territorio nacional).

La ausencia de plazos de prescripción, práctica muy extendida entre los países de tradición jurídica basada en el *common law*, se acogió en general con satisfacción y se describió como favorable a la acusación y propicia al pleno enjuiciamiento de los responsables de delitos de corrupción, aunque no estuviera dirigida específicamente contra esos delitos. Sin embargo, en un caso se señalaron también las desventajas que suponía la inexistencia de la prescripción, como el peligro de abuso del sistema y la dependencia de pruebas que se van deteriorando. Por ello, en otro Estado parte se aclaró que, a pesar de que no existieran plazos de prescripción, se tenían en cuenta aspectos como el interés público para decidir si se procedía o no a llevar ante la justicia casos que hubieran ocurrido mucho tiempo antes. Del mismo modo, en algunos países que utilizan el *common law* incumbe al tribunal determinar si el plazo necesario para instruir un proceso penal e iniciar la vista de la causa es razonable a la luz de las circunstancias concretas del caso. En esos Estados, la posibilidad de que los derechos del acusado se vean afectados debido a las demoras excesivas y al largo período de tiempo transcurrido se tiene en cuenta como factor atenuante en la sentencia definitiva, e incluso puede considerarse una parodia de la justicia que lleve a la terminación de las actuaciones judiciales.

Más de dos tercios de los Estados partes han establecido un plazo de prescripción de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, que se calcula a partir de la fecha en que se cometió el delito y oscila entre un mínimo de un año en un caso y un máximo de 25 años en otros dos, dependiendo, por lo general, de cómo se clasifique el acto delictivo (por ejemplo, falta leve o grave, o delito menos grave o grave) y de la gravedad de la pena. En esos casos se observó que las disposiciones nacionales deben establecer una clasificación clara de los delitos relacionados con la corrupción para que los plazos de prescripción puedan aplicarse correctamente. En muchos casos, la prescripción se suspende o (lo que es mucho más eficaz) se interrumpe por una acción de los órganos de enjuiciamiento competentes, en particular cuando el proceso está dirigido formalmente contra el acusado (por ejemplo, en el momento de la primera audiencia de una persona en calidad de acusado, la primera amenaza o ejecución de un acto oficial de coerción en su contra, la primera solicitud de aprobación o ejecución de una medida de investigación, la emisión de un mandamiento de registro o detención del acusado, la solicitud de imposición de detención previa al juicio o la presentación de la acusación), o por otros obstáculos legales u otras razones previstas en la ley (como la presentación de una rogatoria de asistencia judicial recíproca, la comisión de un nuevo delito por el mismo infractor antes de que finalice el plazo de prescripción, el comienzo de las actuaciones para determinar si un funcionario público goza o no de inmunidad y la suspensión del proceso penal debido a dicha inmunidad, o la falta de autorización legal o de un fallo que deba pronunciar un tribunal no penal), dando lugar a una posible prórroga del plazo de prescripción (por ejemplo, hasta un máximo de 15 años desde la comisión del acto, hasta un máximo de 25 años desde la fecha de la incoación de la acusación pública o incluso indefinidamente, como parece ocurrir en un caso).

Además, en algunos Estados, la jurisprudencia o el poder legislativo han decidido prolongar aún más el plazo de prescripción de los delitos en cuestión, por ejemplo, considerando el momento en que se produce el efecto sustantivo del delito como punto de renovación del plazo de prescripción que había comenzado con la consumación de la conducta punible; determinando que cada acto sucesivo de soborno en el contexto de la misma relación corrupta renueva el plazo de prescripción de los actos precedentes; permitiendo que el efecto retroactivo de un instrumento legislativo prorrogue el plazo de prescripción de los delitos de soborno; no contando como parte del plazo de prescripción de delitos cometidos en el desempeño de las funciones el tiempo que el funcionario involucrado siga ocupando su cargo; o considerando como punto de inicio del plazo de prescripción de muchos delitos (malversación o peculado, uso indebido de activos de la empresa, tráfico de influencias, apropiación indebida de fondos públicos, entre otros) la fecha en que se descubre el delito y no la fecha en que se comete. Es interesante señalar que la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (párrafos 370 y 373) recomienda el uso de esta última posibilidad, al igual que algunos expertos examinadores, que consideran que debe tenerse en cuenta el carácter discontinuo de los delitos previstos en la Convención.

### Logros y buenas prácticas

En una jurisdicción, el plazo de prescripción da comienzo en el momento en que se consuma la acción punible o termina la conducta punible. Sin embargo, si el “éxito” o efecto del delito solo se produce después de haberse consumado la acción punible o de que haya finalizado la conducta punible, el plazo de prescripción no termina antes de que se haya producido también la caducidad, determinada a partir del momento en que se produjo el efecto o si han transcurrido una vez y media el plazo de prescripción o 3 años desde la fecha de la conducta punible. Además, si el delincuente comete otro delito “emanado de la misma inclinación maliciosa” durante el plazo de prescripción, el delito inicial no prescribe hasta que no haya expirado el plazo de prescripción del nuevo delito. Por último, cualquier diligencia para investigar contra el acusado tiene como efecto la suspensión del plazo de prescripción.

Otro Estado prevé la posibilidad de ampliar el plazo de prescripción cuando el enjuiciamiento engloba otros delitos conexos. En esos casos, el plazo de prescripción establecido para el delito que conlleve la pena más grave se aplica a todos los delitos conexos.

Al menos cinco Estados partes del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe tienen un régimen de este tipo, que prolonga considerablemente el plazo de prescripción de los delitos de corrupción, los delitos que tienen lugar en el ejercicio del cargo o los delitos contra la administración pública o los bienes de entidades públicas cometidos por funcionarios públicos. El plazo de prescripción no comienza a correr o se considera suspendido hasta que los funcionarios públicos involucrados en los casos en cuestión abandonan su cargo o son destituidos. En uno de esos Estados se establece, además, que, si en un caso de corrupción interviene más de una persona y una de ellas es funcionario público, el plazo de prescripción se interrumpe para todas las demás personas involucradas en la comisión del delito, sin que importe si son funcionarios públicos o no. Esas prácticas proporcionan más tiempo a los magistrados instructores para llevar a cabo las investigaciones, lo que resulta de gran utilidad cuando se trata de pesquisas complejas; además, en la mayoría de los casos se destacó que favorecían el logro de los objetivos de la Convención.

En varios países se consideró que los plazos de prescripción no eran suficientemente amplios para los propósitos de la Convención, y se formularon recomendaciones para que se estudiara la posibilidad de prolongarlos, ya fuera de forma directa o indirecta, previendo su suspensión (por ejemplo, cuando se hubieran adoptado medidas de investigación o durante el período de inmunidad de una persona) o aplazando su punto de partida (por ejemplo, hasta la fecha en que se descubriera el delito, como se señaló anteriormente). Por ejemplo, en un Estado parte se instó a las autoridades a que reconsideraran los plazos de 3 y 2 años, respectivamente, para los delitos punibles con pena de prisión superior a un año y de un máximo de un año o con multa (observando que estaba pendiente de aprobación una modificación legislativa a esos efectos). En otro país se formuló una recomendación con respecto específicamente a la revisión del plazo de prescripción de 5 años aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a fin de que reflejase la gravedad del delito y tuviera en cuenta el plazo de prescripción más amplio aplicable a las personas físicas. Por último, en un tercer Estado se recomendó que se eliminara el plazo de prescripción especial que protegía a los ministros, en virtud del cual, después de dos sesiones legislativas del parlamento, un ministro ya no podía ser procesado, y se considerase la posibilidad de adoptar medidas para poner remedio a los retrasos en la administración de justicia. En general, se observó que en ese contexto la duración de los procedimientos judiciales era motivo de preocupación para los Estados partes y se indicó que era necesario racionalizar los marcos jurídicos pertinentes teniendo en cuenta la aplicación de los plazos de prescripción.

Sin embargo, cabe subrayar que el concepto de plazos “amplios”, que se utiliza en el artículo 29, no es algo fijo, y que no existe un umbral por debajo del cual el plazo de prescripción deba considerarse insuficiente. Así, aunque los examinadores estaban preocupados inicialmente por el plazo de prescripción de 2 años previsto en un país para algunos delitos, y por el plazo incluso más corto, de un año, para otros, recibieron (y finalmente aceptaron) garantías de todas las autoridades competentes de que los plazos de prescripción no planteaban impedimentos al enjuiciamiento eficaz y oportuno. Un factor que ha de tenerse en cuenta es si, cuando los plazos de prescripción son cortos, existen suficientes garantías de que no resulte afectada la administración de justicia (por ejemplo, mediante la posible prórroga, suspensión o interrupción del plazo). Los plazos y las garantías deberían considerarse conjuntamente en cada caso. Los examinadores también deberían tener en cuenta el número de causas penales y la capacidad de cada Estado de hacer cumplir la ley, y velar por que los plazos de prescripción nacionales alcancen un justo equilibrio entre los intereses de una justicia diligente, la preocupación por cerrar los casos y la equidad para las víctimas y los acusados, por una parte, y el reconocimiento de que los delitos de corrupción son a menudo complejos, de que suele tardarse en descubrirlos y establecerlos y de que pueden estar implicadas varias jurisdicciones, por otra<sup>43</sup>.

Cabe señalar que, en el contexto del citado ejercicio de equilibrio, no puede excluirse que se llegue a la conclusión opuesta, es decir, que la existencia de múltiples motivos para interrumpir o suspender el plazo de prescripción en realidad dificulte la consecución de los objetivos de la Convención. Por ejemplo, en un caso se consideró que esas interrupciones y suspensiones prolongaban considerablemente las investigaciones y los enjuiciamientos, y se recomendó al Estado afectado que velase por que la aplicación de los plazos de prescripción y la práctica al respecto no constituyeran un obstáculo a la rapidez y la eficiencia de la administración de justicia.

<sup>43</sup>Véase *ibíd.*, párrs. 370 y 371.

*Suspensión en casos de evasión de la justicia*

En muchos Estados partes, el plazo de prescripción se suspende (y el plazo básico para proceder al enjuiciamiento, definido anteriormente, se prorroga) cuando el presunto autor del delito ha eludido la administración de justicia, como exige el artículo 29. También en este caso, la suspensión puede ser indefinida (el plazo de prescripción se reanuda a partir del momento en que se detenga a dicha persona o esta se entregue) o temporal (por ejemplo, con una duración máxima de 3 años o hasta que hayan transcurrido 15 años desde la comisión del delito). Cabe señalar que no siempre es necesaria una norma especial por la que se suspenda el plazo de prescripción cuando el presunto autor haya eludido la administración de justicia o se haya fugado del país, en la medida en que sean aplicables las normas generales sobre la interrupción del plazo de prescripción cuando se inicie la instrucción del proceso o cuando existan impedimentos legales para formular la acusación y esas normas no exijan la presencia del presunto autor. Otra alternativa de hecho es la de los casos en que un acusado que no comparece ante el tribunal y no presenta justificación puede ser declarado en desacato y el proceso puede celebrarse en su ausencia.

**Ejemplo de la aplicación**

Un Estado parte ha establecido un plazo de prescripción general de 5 años, que queda suspendido al formalizarse la instrucción. Si el acusado elude la acción de la justicia será declarado “en rebeldía”, lo que a su vez significa un aplazamiento temporal del proceso. Después de esa fecha debe transcurrir un período de 3 años para que se reanude el plazo de prescripción suspendido. Por consiguiente, en ese país la posibilidad de eludir la justicia da lugar a una prórroga de 3 años del plazo de prescripción, de conformidad con el artículo 29 de la Convención.

La cuestión de que la suspensión prevista sea suficiente se resuelve teniendo presentes los mismos criterios que se aplican al plazo básico de prescripción. Por ejemplo, en un país en que se expresó la preocupación de que la posibilidad de una prórroga de tan solo un año fuera demasiado restrictiva y pudiera constituir un obstáculo al enjuiciamiento efectivo por algunos de los delitos previstos en la Convención, el Estado examinado dio una explicación que satisfizo al equipo examinador, a saber, que si bien cabía pensar que un plazo de prescripción más amplio pudiera contribuir a que algunos delincuentes no eludieran la justicia, la disposición vigente no había planteado ningún problema práctico, ni había tenido otras consecuencias. Por lo tanto, no se consideraba necesaria ni apropiada una prórroga más amplia.

Por otra parte, se observó que en muchos Estados partes no estaba prevista la suspensión o interrupción de la prescripción cuando el presunto autor del delito hubiera eludido la administración de justicia. En varios otros casos, la información proporcionada sobre este aspecto era incompleta (o nula), lo que hacía dudar del cumplimiento por los Estados partes en cuestión. Se señaló que la inexistencia de la posibilidad de prórroga era un resquicio legal importante, ya que fugarse a otro país era una práctica frecuente en casos de corrupción y los trámites de extradición solían tropezar con retrasos considerables. En consecuencia, se formularon las recomendaciones oportunas, y en un caso se recomendó que se dispusiera que el plazo de prescripción no comenzara a correr hasta que las autoridades tuvieran conocimiento del delito.



## Capítulo II. Medidas para mejorar la justicia penal

### A. Proceso, fallo y sanciones (artículo 30)

El artículo 30 contiene normas amplias y referentes a múltiples aspectos relativos al fallo de delitos de corrupción. Su ámbito y la densidad de su contexto dan lugar a un número considerable de problemas en relación con su aplicación, que reflejan las particularidades y las diferentes prioridades de los ordenamientos jurídicos nacionales, y hacen que constituya una de las disposiciones fundamentales para dar efecto a las medidas de penalización de la Convención y, en cierto modo, para el buen resultado de la Convención en general.

#### *Sanciones*

El párrafo 1 del artículo 30 es una disposición que complementa la disposición más especial del artículo 26, párrafo 4, y que pide que los Estados partes tengan especialmente en cuenta la gravedad de los delitos cuando decidan las sanciones apropiadas. Eso se refiere a la determinación de la gama de sanciones a que pueden recurrir los tribunales nacionales. Los delitos de corrupción se sancionan en todo el mundo con penas privativas de libertad, que van acompañadas frecuentemente de penas pecuniarias o de otra índole, como el decomiso de bienes y la privación de ciertos derechos. Además, el derecho penal o la jurisprudencia de cada país establecen normalmente los principios que deben regir la imposición de condenas y los criterios específicos que los tribunales están obligados a tener en cuenta al determinar la condena apropiada, entre los que figuran la naturaleza y gravedad del delito, las cualidades personales del delincuente, y todas las circunstancias atenuantes o agravantes de la pena (por ejemplo, el valor del beneficio indebido, el nivel de abuso de confianza, la condición de un funcionario público, el tipo del cargo del funcionario público de que se trate o el daño causado). El establecimiento de esos criterios puede llevarse a cabo mediante decisiones judiciales de referencia o mediante el uso adicional de directrices más o menos complejas en materia de condenas, práctica que los examinadores consideran en general satisfactoria y que alientan como medida que fomenta la coherencia y que, además, constituye una salvaguardia contra el posible ejercicio arbitrario por los tribunales de facultades discrecionales exageradas<sup>44</sup>.

La gama de sanciones que puede imponerse depende de la naturaleza del delito y de las características globales del sistema de justicia penal de cada Estado parte. En un Estado incluye el trabajo forzado (por malversación o peculado) y, en al menos otros siete casos, puede llegar hasta la prisión permanente por los casos más graves de soborno, malversación o peculado, blanqueo de dinero, apropiación indebida o abuso de funciones por empleados públicos; en cuatro países, los delincuentes pueden enfrentarse a la pena capital (por malversación o peculado, soborno pasivo o “corrupción en gran escala”). Se constató que los Estados partes tenían por lo general regímenes sancionadores sólidos para hacer frente a la corrupción, con penas que fueron calificadas como adecuadas y suficientemente disuasivas.

---

<sup>44</sup>Véase también la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.1.

### Logros y buenas prácticas

Un enfoque innovador que han adoptado algunos Estados consiste en imponer como sanción por soborno y corrupción comercial una multa calculada sobre la base del valor de la gratificación ofrecida o recibida, o del producto del delito o los beneficios previstos en él. De forma análoga, la ley de otro país dispone que toda persona que cometa soborno estará sujeta a tres niveles de penas más severas en función de la suma que reciba o prometa. Los equipos de examen de cuatro de los Estados mencionados anteriormente consideraron esos enfoques flexibles y equilibrados y adecuados para desalentar los sobornos por grandes sumas, y los pusieron de relieve con especial hincapié como buenas prácticas para fomentar las medidas internacionales de lucha contra el soborno. Sin embargo, como se observó en otros exámenes, la cuantificación y el cálculo del múltiplo o la imposición de la pena más severa pueden resultar difíciles en los casos en que no se pueda adjudicar un valor monetario exacto al lucro obtenido o a los beneficios ilícitos adquiridos mediante el acto de corrupción. En consecuencia, se formuló una recomendación para que uno de esos Estados estudiara la posibilidad de elaborar la disposición pertinente de forma que determinara con más precisión el método de cálculo de las multas imponibles.

Pasando a otro aspecto, las leyes de una jurisdicción disponen que el banco central ajuste la cuantía de las sanciones pecuniarias al índice de inflación cada 3 años por indicación del ministerio de justicia y con la aprobación del consejo de ministros, lo que fue destacado como un método útil de mantener la proporcionalidad de las sanciones correspondientes. Del mismo modo, en otro Estado, las multas se actualizan periódicamente mediante un cuadro que prevé la multiplicación de cantidades según factores relacionados con la gravedad del delito.

En varios casos se formularon recomendaciones en relación con sanciones que se consideraron desproporcionadas o demasiado clementes teniendo en cuenta la gravedad de los delitos. Por ejemplo, en un Estado se observó que no se había interpuesto recurso contra ningún fallo en primera instancia sobre corrupción, lo que obedecía, al parecer, al bajo nivel de las sanciones impuestas. Igualmente, en otro Estado se puso de manifiesto la necesidad de revisar las sanciones imponibles por blanqueo de dinero, ya que los fiscales acusaban sistemáticamente a los autores de delitos de blanqueo de dinero de un delito de menor importancia (obtener de manera fraudulenta), que llevaba aparejada una condena máxima de 7 años, en lugar de blanqueo de dinero, sujeto a una pena máxima de 3 años. En dos Estados que se enfrentan a un grave problema de actos que persiguen la obstrucción de la justicia, las sanciones por los delitos pertinentes no se consideraron proporcionadas a su gravedad ni suficientemente severas para ser disuasorias, y en uno de ellos se consideró conveniente fortalecer el efecto disuasivo previendo circunstancias agravantes en el caso de amenazas contra determinados funcionarios públicos. En otro país no siempre resultaba posible determinar si un delito de corrupción específico era un delito grave o menor, por lo que se formuló una recomendación de designarlos de manera uniforme como delitos graves, debido a su mayor gravedad. En un Estado también se detectó la necesidad de aumentar las sanciones y tratar los delitos de corrupción como graves o particularmente graves, con miras a prolongar la prescripción y permitir la aplicación de la ley de protección de testigos a esos delitos. Por último, en un caso se recomendó eliminar una disposición que permitía la permuta discrecional de las penas de 1 a 3 años por una multa, mientras que, en otros dos casos, se consideró preferible establecer condenas mínimas no discrecionales por delitos de corrupción, en lugar de permitir el ejercicio de la discreción judicial, que podría dar lugar a impunidad y falta de disuasión.

Sin embargo, cabe subrayar que, al igual que ocurre en el caso del plazo de prescripción, no existe un criterio fijo con el que se pueda medir si los niveles de sanciones de cada Estado son adecuados. La eficacia y la proporcionalidad son cuestiones que deben considerarse a la luz de la cultura jurídica prevaleciente, así como todo el sistema de sanciones y la funcionalidad del sistema de justicia penal de un país, teniendo en cuenta el párrafo 9 del artículo 30, en el que se afirma la primacía del derecho interno con respecto a la determinación de la naturaleza y la severidad de las sanciones<sup>45</sup>.

### Ejemplo de la aplicación

Un rasgo común del sistema de justicia penal de un Estado es la aplicación de sanciones relativamente leves, si se comparan con las de otros países, y el hincapié que se hace en las multas. Las sanciones por delitos relacionados con la corrupción no son una excepción a esa tendencia general. Rara vez se recurre a la privación de libertad, y los jueces suelen aplicar sentencias del extremo más leve de las escalas penales establecidas en la legislación. De todos modos, las estadísticas y los estudios criminológicos demuestran con claridad que la levedad de las medidas punitivas del sistema de justicia penal no se ha traducido en un aumento de la comisión de delitos. Se señaló que ello quizá se debiese al funcionamiento eficiente de un sistema de justicia penal en el que los individuos tienen pocos incentivos para cometer delitos debido al alto riesgo de que se los enjuicie y pierdan los beneficios obtenidos con la actividad delictiva. Habida cuenta de todo ello, y a pesar de las dudas que existían en un principio, se consideró que el nivel de sanciones establecido era satisfactorio.

Existe un aspecto importante que guarda relación con la homogeneidad y la coherencia internas del sistema nacional de sanciones. Por un lado, la obligación de que los delitos de corrupción se penalicen con sanciones que tengan en cuenta su gravedad supone que las penas que pueden imponerse a esos delitos no deben desviarse de las previstas para delitos comparables (por ejemplo, delitos económicos o delitos cometidos en el ejercicio del poder público) y, por otro, que los Estados partes deben establecer las debidas diferencias entre los delitos pertinentes y eliminar posibles discrepancias. Así, por ejemplo, se recomendó en un caso que el Estado examinado estableciera una forma de soborno con agravantes respecto de los parlamentarios, tomando nota de que esa conducta suponía, en ese momento, una condena mínima menor que la correspondiente al delito de soborno con agravantes. Igualmente, en otro Estado, los examinadores observaron que el abuso de funciones se penalizaba con prisión permanente, mientras que el delito de soborno activo estaba sujeto solamente a privación de libertad de 1 a 5 años, y recomendaron que se revisaran esas penas. Por último, se aconsejó a un tercer país que subsanara las disparidades existentes en las medidas sancionadoras aplicadas contra formas básicas de soborno, puesto que el ofrecimiento de un soborno en el sector público estaba sujeto a sanciones menos severas que su concesión.

Como es comprensible, tales recomendaciones no están unificadas ni coinciden siempre entre sí por las diferentes necesidades de cada Estado parte y las distintas condiciones que imperan en cada uno. Sirvan de ejemplo las posiciones adoptadas en relación con la diferenciación en un momento dado de las sanciones aplicables respectivamente al soborno activo y al pasivo. En la mayoría de los países que imponen sanciones más elevadas al soborno pasivo, los examinadores no formularon comentarios sobre esa práctica o no la desalentaron, o bien

<sup>45</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 383; y *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.1.

sugirieron que se mejorara todo el marco sancionador relativo al soborno sin modificar necesariamente la diferenciación existente. Se opinó que la existencia de sanciones más severas para el acto de recibir un soborno que para el de concederlo era apropiada en principio, a fin de disuadir a los funcionarios públicos de que solicitaran sobornos y fomentar la denuncia de incidentes de soborno. Por el contrario, en dos Estados que casualmente comparten frontera, los expertos expresaron excepcionalmente la firme opinión de que se armonizaran las sanciones por soborno activo y pasivo, pese a las razones históricas de la disparidad existente que aparentemente se observaron<sup>46</sup>. No se consideró justificada la diferencia de trato otorgado a las dos partes en el delito de soborno y se indicó que la armonización también surtiría el efecto de eliminar las posibles dificultades derivadas de que el período de prescripción del soborno activo fuera más corto.

Otro ejemplo, que ilustra los puntos de vista contrapuestos que pueden surgir en la evaluación de los regímenes sancionadores nacionales, se refiere a la diferencia de trato de los autores de delitos de soborno dependiendo de si se logra o no el acuerdo o si el beneficio indebido se transfiere entre las partes implicadas. Si bien en una jurisdicción no se puso en tela de juicio la práctica de reducir a la mitad la pena aplicable en los casos en que el ofrecimiento de un soborno no se acepte o la solicitud de un soborno no se atiende, en otro país, que penaliza al sobornador con una pena más leve si su ofrecimiento de un soborno no es aceptado, se recomendó que se considerara la posibilidad de armonizar las sanciones aplicables.

Un tercer ejemplo se refiere a la diferenciación de las sanciones impuestas a personas que realizan funciones públicas y no públicas y que están implicadas en la comisión de un delito relacionado con la corrupción. En una jurisdicción en que solo se aplica la mitad de la pena a quienes conceden sobornos sin ser empleados públicos, en comparación con los que sí lo son, se consideró que tal disparidad era inadecuada y se recomendó que se examinara la posibilidad de armonizar las sanciones pertinentes. En cambio, en otros dos países, aunque se admitió que un régimen universal aplicable a ambas categorías de personas era compatible con los principios de la Convención y acorde con la existencia de tradiciones legislativas diferentes, se sugirió que se estudiara establecer diferencias entre las sanciones impuestas a personas que realizaban funciones públicas y no públicas, habida cuenta de la mayor obligación de confianza de los funcionarios públicos, estableciendo para ello, por ejemplo, formas con agravantes de los delitos en cuestión. En uno de esos países, así como en otros Estados que se enfrentaban a problemas similares, los expertos examinadores sugirieron como posible solución que se publicaran directrices sobre sanciones para delitos de corrupción, y se vigilara su aplicación, lo que, como se ha mencionado anteriormente, reduciría la incertidumbre relativa a la gama de penas aplicables y aseguraría una mayor homogeneidad global al respecto, manteniendo al mismo tiempo la discreción básica de los tribunales.

La mayoría de los países confirmaron que el párrafo 1 del artículo 30 no menoscababa el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos, como requiere el párrafo 8 del artículo 30. Los procesos disciplinarios y penales pueden celebrarse en paralelo, por lo que un funcionario público absuelto de un acto ilícito podría enfrentarse no obstante a medidas disciplinarias. Sin embargo, en algunos casos no se observa ese principio o no existe legislación explícita sobre la cuestión. En un Estado parte, por ejemplo, no existen al parecer reglamentos que pueda utilizar el servicio público para adoptar medidas disciplinarias contra un empleado público corrupto. En cambio, en otro país, las sanciones disciplinarias a menudo se utilizan en la práctica como sustituto del enjuiciamiento y la sanción penal, mientras que, en un tercer país, un comité interno de ética parece encargarse exclusivamente de casos leves de soborno de policías. A ese respecto, se observó

<sup>46</sup>Al principio del capítulo I, sección A, subsección 1, se hace alguna mención a esas razones históricas.

que la utilización de procedimientos internos no penales para delitos de corrupción podría causar la desconfianza de los ciudadanos. Cualquier caso de corrupción en la policía, por muy trivial que sea, es perjudicial para la credibilidad del proceso de aplicación de la ley y debe considerarse, en principio, competencia de los tribunales.

Con independencia de lo expuesto anteriormente, se puso de relieve la necesidad de que las autoridades nacionales velaran por que, al imponer sanciones administrativas como consecuencia del ejercicio de poderes disciplinarios contra empleados públicos, se tuvieran en cuenta la gravedad del acto y la infracción conexas. También se recomendó el establecimiento de un código de conducta o ética común para todos los empleados públicos y la creación de un órgano central independiente para velar por la aplicación coherente de las correspondientes sanciones, así como la unificación de las normas del sistema disciplinario, tomando en consideración la necesidad de permitir su independencia respecto del sistema de justicia penal.

### Logros y buenas prácticas

Se observó con reconocimiento que un Estado parte actuaba con determinación para velar por que las consecuencias para los funcionarios públicos que cometieran actos de corrupción fueran graves, incluido el posible decomiso de la contribución del sector público a la caja de pensiones del funcionario declarado culpable.

Se elogió a otro país por haber establecido un “registro nacional de personas condenadas por improbidad administrativa”, una base de datos con información sobre los funcionarios condenados por actos de improbidad administrativa, como instrumento de control dinámico de los actos de la administración pública, y un “sistema de gestión de procedimientos disciplinarios”, un programa informático que sirve para almacenar y poner a disposición de los interesados información sobre los procedimientos disciplinarios del poder ejecutivo del Gobierno.

### *Inmunidades y prerrogativas jurisdiccionales*

Las inmunidades y prerrogativas jurisdiccionales son un elemento común de los sistemas de justicia penal de los Estados partes y crean problemas potencialmente graves en relación con la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Aunque a veces se considera que todos los funcionarios gozan de cierta inmunidad funcional por actos realizados de buena fe en el ejercicio de sus funciones, en la mayoría de los países, dichas prerrogativas se conceden a nivel constitucional (y, en más raras ocasiones, en leyes ordinarias) solo a determinadas categorías de altos funcionarios públicos, a fin de asegurar el cumplimiento sin obstáculos de sus funciones y evitar acusaciones injustificadas, difamaciones e incluso persecuciones políticas. En esas categorías suelen figurar los parlamentarios y los miembros de la asamblea constitucional u órganos equivalentes, los jefes o miembros del Gobierno y los integrantes del poder judicial. Las inmunidades o prerrogativas de las personas en cuestión se aplican a la conducta que tiene lugar en relación con el desempeño de sus funciones, en cumplimiento de los objetivos públicos que por ley están facultados a alcanzar (por ejemplo, en el caso de los votos emitidos, las funciones ejercidas de buena fe y los discursos pronunciados en el parlamento) (inmunidad funcional), o, con carácter más general, mientras ocupan el cargo, o se extienden a los actos realizados fuera del ámbito lícito de su organismo (inmunidad absoluta). El artículo 30, párrafo 2, se refiere en principio a esta última forma de inmunidad, al ser la que se invocará con mayor probabilidad en el contexto de actuaciones penales por delitos de corrupción.

En la mayoría de los casos —con la excepción normalmente de las personas detectadas *in flagrante delicto* cometiendo delitos graves—, la inmunidad ha de levantarse antes de que pueda formularse la acusación y el proceso penal siga su curso. En ocasiones pueden realizarse pesquisas e investigaciones preliminares, pero con importantes restricciones que limitan, por ejemplo, la posibilidad de utilizar técnicas especiales de investigación, detener y entrevistar a la persona protegida, practicar registros personales y domiciliarios o adoptar otras providencias judiciales. Esas restricciones a la investigación resultan especialmente problemáticas en casos de corrupción que, por su propia naturaleza, son difíciles de detectar, ya que a menudo ocurren en secreto y salen a la luz por las denuncias de informantes. Para que pueda iniciarse una actuación penal (ya sea una investigación o un enjuiciamiento, según el sistema), en la mayoría de los casos se precisa el permiso o la aprobación del Jefe de Estado o de un órgano de supervisión, como el parlamento o un comité parlamentario especial en el caso de un miembro del parlamento, y del tribunal supremo, el ministro de justicia, el consejo judicial o el parlamento si se trata de un miembro del Gobierno o de un juez.

Se observa una práctica en cierto modo distinta (a primera vista, bastante más equilibrada) en dos Estados vecinos del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, en los que, con arreglo a leyes relativamente recientes, las personas en cuestión (legisladores, miembros del Gobierno y jueces por igual) gozan de una prerrogativa procesal y no de una inmunidad. Sus cargos no constituyen un obstáculo para que se lleven a cabo indagaciones iniciales y se efectúen investigaciones preliminares. En el primer Estado, un enjuiciamiento penal puede dar comienzo y continuar hasta que se complete, hasta el mismo final del juicio, sin que haya que decretar previamente la retirada de las prerrogativas del legislador, el magistrado o el funcionario investigado, lo que se compensa, al parecer, por el hecho de que se siguen respetando algunas prerrogativas durante las actuaciones, ya que el tribunal no puede ordenar medidas como el registro domiciliario, la detención o la prisión preventiva contra el acusado. En la segunda jurisdicción, el propio tribunal supervisor —y ningún otro órgano— adopta la decisión sobre el levantamiento de la inmunidad y no lo hace hasta el final de la fase de investigación, lo que constituye una forma de garantía procesal destinada a garantizar la gravedad de los cargos penales.

La pregunta crítica en relación con la aplicación del artículo 30, párrafo 2, es si existe un justo equilibrio entre esas inmunidades y prerrogativas y la necesidad de poder investigar, procesar y fallar con eficacia delitos de corrupción. Para responder a esa pregunta se tienen en cuenta los siguientes criterios:

a) El porcentaje de inmunidades que se han levantado en los últimos años, en la medida en que se proporcionan esos datos. Cuando se observa un número considerable de enjuiciamientos y condenas de personas que disfrutaban de inmunidad, se considera como una indicación de la eficacia general del sistema en la lucha contra la corrupción política. En al menos un caso se recomendó que se mantuvieran estadísticas adecuadas;

b) El círculo de personas que disfrutaban de inmunidad o prerrogativas, que no debe ser demasiado amplio, sino razonablemente compacto y claramente definido. No ocurría así, por ejemplo, en un Estado parte en el que una disposición constitucional amplia otorgaba inmunidad a cualquier persona que actuara en nombre o bajo la autoridad del Jefe de Estado. A ese respecto, se expresaron dudas de que pudieran iniciarse actuaciones penales en los casos en que no había certeza de que el autor hubiera actuado bajo la autoridad o en nombre del Jefe de Estado, o en que este no había sido informado correctamente sobre las circunstancias reales del asunto. Asimismo, se expresó preocupación por el establecimiento en un país de un derecho de “antejuicio” para una amplia gama de funcionarios públicos que, antes de la

resolución de dicho antejuicio, no podían ser investigados ni estar sujetos a medidas precautelares de coacción judicial. Una cuestión importante se refiere a la posibilidad de que existan personas que puedan beneficiarse indirectamente de la inmunidad de otras. En un país en que el levantamiento de la inmunidad de un parlamentario no solo se requiere si el parlamentario es objeto de investigación, sino también si la investigación toca la esfera del parlamentario, es decir, si se refiere a otra persona pero conlleva medidas que se hacen extensivas al parlamentario, se recomendó velar por que el proceso de levantamiento de la inmunidad se limitara estrictamente a los casos en que el propio parlamentario fuera el objeto de la investigación. En general, los Estados partes deberían analizar el círculo de funcionarios que gozan de trato preferente y estudiar la posibilidad de limitar el efecto de las inmunidades y las prerrogativas jurisdiccionales a aquellos casos en que una excepción del curso normal de las actuaciones penales sea realmente esencial para la ejecución sin obstáculos de la función pública en cuestión<sup>47</sup>;

c) El alcance de las inmunidades otorgadas (si la inmunidad es funcional o absoluta, si se limita a la formulación de cargos penales o incluye también la fase preliminar y de investigación, etc.). Por ejemplo, se consideró que la inmunidad casi absoluta de que gozaban los gobernadores y vicegobernadores de los estados en un Estado federal era excesiva. Los Estados partes deberían estudiar la posibilidad de limitar esas prerrogativas a los actos cometidos en cumplimiento de funciones oficiales. En varios otros casos se recomendó limitar la inmunidad a las medidas judiciales directamente adoptadas contra la persona en cuestión (o sea, que esta no pudiera ser detenida ni procesada hasta tanto se levantara la inmunidad), y que fueran posibles todas las medidas de investigación y la reunión y obtención de pruebas (por ejemplo, medidas relacionadas con el levantamiento del secreto bancario). De lo contrario, no se podrá evitar que la investigación llegue a conocimiento de la persona que goza de inmunidad y ello supone el riesgo evidente de que, en el tiempo que toma levantar la inmunidad, las pruebas desaparezcan o sean manipuladas;

d) El procedimiento para levantar las inmunidades, que no debería ser demasiado engorroso ni rígido, debería estar claramente regulado y no ser causa de retrasos excesivos o de pérdida de pruebas, ni tampoco debería menoscabar la aplicación de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Por ejemplo, en un Estado parte en que el levantamiento de las inmunidades de los parlamentarios y jueces requería que el fiscal general presentara una petición al parlamento o a un consejo judicial, los examinadores recomendaron relajar las normas y los procedimientos en vigor. Igualmente, en otro caso, en que era necesario que el parlamento suspendiera las inmunidades para investigar a determinadas categorías de funcionarios públicos, se plantearon dudas acerca de la independencia de las personas encargadas de adoptar las decisiones pertinentes y, sobre todo, no existía un procedimiento jurídico para resolver los casos en que no se respondiera a las solicitudes de suspender inmunidades (un fenómeno aparentemente común), por lo que formularon las recomendaciones apropiadas. En cambio, se elogió como un logro el hecho de que en un Estado parte se hubiera levantado en varias ocasiones la inmunidad de miembros del Gobierno y del parlamento, y funcionarios de alta categoría hubieran sido acusados y enjuiciados. Los Estados partes deben procurar que las decisiones sobre la cuestión se adopten de manera que minimicen el riesgo de conflictos de intereses y de influencias por motivos políticos. También podría ser una buena práctica establecer directrices y criterios objetivos específicos sobre el levantamiento de inmunidades a fin de limitar las denegaciones injustificadas, así como las decisiones contradictorias y arbitrarias;

---

<sup>47</sup>Véase también la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.2.

e) La naturaleza de la decisión por la que se deniega el levantamiento de la inmunidad, que debe dar un margen razonable para una posible reevaluación del caso. Se puede considerar que la limitación de la inmunidad al plazo en que los funcionarios públicos ocupan un cargo público y la posibilidad de incoar procesos penales después del cese de la inmunidad respetan el equilibrio necesario para la investigación, el proceso y el fallo eficaces de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Por lo tanto, en un Estado parte se formuló la recomendación de que las decisiones por las que se rechazase una solicitud de privación de prerrogativas e inmunidades al final de la fase de investigación no impidieran las investigaciones subsiguientes cuando los funcionarios en cuestión ya no estuvieran en servicio. A ese respecto, tal vez sería útil suspender la prescripción mientras la persona estuviera en funciones o durante el tiempo en que no pudiera incoarse o continuarse un proceso penal porque la autoridad facultada para suspender la inmunidad no lo hubiera hecho<sup>48</sup>.

Al margen de lo expuesto anteriormente, existe una tendencia notable entre los Estados partes de minimizar la utilización de inmunidades o eliminarlas por completo. Por ejemplo, aparte de la sustitución de las inmunidades en algunos países por un sistema más laxo de prerrogativas procesales como se ha mencionado antes, los examinadores observaron favorablemente las medidas adoptadas recientemente en un Estado parte para reducir las categorías de funcionarios dotados de inmunidad, así como el ámbito de aplicación. En otro Estado parte, desde la aprobación de una nueva constitución, los parlamentarios y los magistrados ya no gozaban de inmunidad, aunque no estaba claro cómo se aplicaban las nuevas normas en la práctica. Por último, un tercer país ha abolido recientemente las inmunidades para funcionarios de alta categoría, conservando solo algunas prerrogativas procesales y jurisdiccionales limitadas.

Esos ejemplos se suman al número ya importante de Estados partes (en su mayoría con sistemas de *common law*) en los que los funcionarios públicos no gozan de inmunidades ni de amplias prerrogativas procesales o jurisdiccionales, con la salvedad de que, en ocasiones, están sujetos a un régimen de investigación especial o son juzgados por tribunales especiales por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Normalmente, solo se aplican excepciones limitadas para el Jefe de Estado o, en algunos casos, para los parlamentarios, a los que se puede otorgar alguna forma de inmunidad o protección en relación con las opiniones expresadas en el parlamento o con su conducta durante el examen de asuntos parlamentarios (prerrogativa parlamentaria). Además, la detención o el arresto de parlamentarios pueden estar supeditados al consentimiento del parlamento.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En el caso de un Estado parte, el Jefe de Estado no incurre en responsabilidad por razón de los actos realizados con carácter oficial y, durante su mandato, no puede ser enjuiciado ni investigado. Sin embargo, las actuaciones y los procesos suspendidos por ese motivo pueden reactivarse un mes después del final de su mandato. Los miembros del Gobierno gozan de una prerrogativa jurisdiccional y son juzgados en tribunales especiales por los delitos cometidos durante su mandato. Además, aunque los parlamentarios no gozan de inmunidad (con la excepción de las opiniones expresadas o los votos emitidos en cumplimiento de funciones oficiales), se necesita la autorización de la mesa de la cámara correspondiente para detenerlos o privarlos de libertad en relación con un asunto penal o disciplinario (excepto en caso de delito grave o flagrante delito y cuando una condena es firme).

<sup>48</sup> *Ibíd.*



Se observaron favorablemente esas prácticas y se alentó a los Estados partes a que las ampliaran. En un caso, por ejemplo, se recomendó abolir la inmunidad absoluta de los antiguos Jefes de Estado por actos realizados durante su mandato. De hecho, el propósito del artículo 30, párrafo 2, es eliminar y prevenir en lo posible los casos en que los funcionarios públicos corruptos logran evitar la rendición de cuentas y la investigación o el enjuiciamiento<sup>49</sup>.

### Logros y buenas prácticas

La posición de un Estado parte es que nadie es inmune al enjuiciamiento por casos de corrupción, incluidos los parlamentarios, con la excepción del Jefe de Estado, respecto del cual existe la firme presunción de que no es responsable penalmente. Se consideró que cabía mencionar favorablemente esa posición, aunque algunas restricciones probatorias previenen que las declaraciones formuladas en el parlamento puedan ser presentadas en un proceso penal ulterior.

El único caso en que se alentó a los países a ampliar inmunidades (en lugar de aplicar medidas para limitarlas) se refería a las personas encargadas de la investigación y el enjuiciamiento de casos de corrupción. De hecho, en al menos tres Estados se observó que tal vez sería útil estudiar más a fondo la posibilidad de introducir inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales (aunque fueran limitadas) para los miembros de la comisión nacional de lucha contra la corrupción, que llevaban a cabo importantes investigaciones sin ninguna protección inmunitaria, o incluso a los jueces y fiscales encargados de la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de delitos relacionados con la corrupción, para brindarles una cierta protección en el cumplimiento de sus funciones.

### *Facultades legales discrecionales*

Se observaron también algunos problemas con respecto a la aplicación del párrafo 3 del artículo 30, referente a las facultades legales discrecionales en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Esa disposición no obliga necesariamente a los Estados partes a utilizar facultades discrecionales con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley, como se instó en un examen. Lo que sí reviste importancia es velar, especialmente en casos relacionados con la corrupción, por que la investigación y el enjuiciamiento sean la norma, y que el sobreseimiento en aplicación de facultades discrecionales siga siendo la excepción y tenga que justificarse (por ejemplo, cuando se cumplan las condiciones del artículo 37, párrafo 3), teniendo naturalmente en cuenta los principios del estado de derecho y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa. No obstante, hay que reconocer que pueden existir razones pragmáticas que dicten la utilización selectiva de facultades discrecionales de manera que, dadas las circunstancias, garantice el mejor resultado posible. Así ocurriría, por ejemplo, cuando una carencia grave de recursos obligue al ministerio público a concentrar sus esfuerzos en los casos más importantes de corrupción, por ejemplo, los que comprometan a funcionarios públicos de alto nivel y supongan un cuantioso producto del delito para los delincuentes<sup>50</sup>.

Muchos Estados partes, pertenecientes en su mayoría (aunque no exclusivamente) a la tradición jurídica del *common law*, adoptan un modelo de enjuiciamiento discrecional, por

<sup>49</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 387.

<sup>50</sup> Véase también la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.3.

el que el fiscal puede, en determinadas condiciones, no formular una acusación penal o parar un proceso que ya haya comenzado (el denominado “principio de la oportunidad”). El criterio principal para ejercer esa facultad discrecional es normalmente el grado en que el interés público exija un enjuiciamiento, teniendo en cuenta factores como la gravedad del presunto delito, si el sospechoso es reincidente, el efecto en el orden público, la existencia y eficacia de posibles alternativas, la necesidad de disuasión, las consecuencias de una declaración de culpabilidad, la actitud de la víctima o la duración y el costo probables del juicio, entre otros. Las consideraciones de orden práctico también pueden desempeñar un papel importante. Sirva de ejemplo que el delito de soborno va acompañado a menudo de otros delitos que se pueden demostrar con más facilidad, como la falsificación, el fraude o la divulgación de información confidencial a personas no autorizadas. Una declaración de culpabilidad por soborno no se traduce siempre en una condena considerablemente más elevada. Por lo tanto, el fiscal puede decidir no procesar por soborno sino por otro delito (equivalente, pero más fácil de probar). Se observaron muchas variaciones de este modelo, entre ellas, algunos casos en los que se otorga la inmunidad de enjuiciamiento a cambio de la restitución de activos, la reconciliación con la víctima y la cooperación del participante en actividades delictivas, como se expone más adelante en el capítulo III, sección A, subsección 2.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado federal se otorga a los fiscales la discreción de decidir si se incoa un proceso penal y en qué momento. De conformidad con los principios aplicables, la determinación de enjuiciar representa un criterio de política de que los intereses fundamentales de la sociedad requieren la aplicación de las leyes penales a un conjunto concreto de circunstancias. En consecuencia, aunque haya pruebas suficientes para procesar, el fiscal puede rehusar el enjuiciamiento si no sirve a intereses federales sustanciales, si la persona está sometida a enjuiciamiento efectivo en otra jurisdicción o si existe una alternativa no penal al juicio adecuada. La existencia o no de intereses federales sustanciales depende de las prioridades y los recursos federales en materia de cumplimiento de la ley; la naturaleza y gravedad del delito, incluidos sus efectos en la comunidad; el efecto disuasivo del enjuiciamiento; la culpabilidad de la persona; los antecedentes penales de la persona; la disposición de la persona a cooperar; y la probable condena resultante de la declaración de culpabilidad. Al considerar si formula cargos, el fiscal no podrá tener en cuenta la raza, la religión, el sexo, el origen nacional, ni la asociación, las actividades o las creencias políticas de la persona.

En otro Estado, el fiscal general, en virtud de la constitución, es el responsable general de todos los enjuiciamientos y dispone de amplias facultades para el desempeño de sus funciones. En consecuencia, puede incoar, dirigir, asumir y continuar o interrumpir todo proceso penal contra cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito relacionado con la corrupción. A pesar de que en el ordenamiento jurídico interno no se prevé la negociación de los cargos y la condena como tal, el fiscal general puede retirar los cargos en caso de que el acusado se declare culpable de otra acusación.

A diferencia de lo anterior, un número considerable de Estados partes, todos ellos de tradición jurídica romanista, aplican el principio de legalidad, en virtud del cual el enjuiciamiento es obligatorio en principio y no se confieren facultades discrecionales sustanciales a las autoridades competentes, a condición, por supuesto, de que exista una base jurídica y fáctica mínima para formular cargos penales. Puede haber excepciones limitadas, definidas

estrictamente por ley, como las relativas a delitos menores, los actos que entrañen un riesgo público mínimo y los casos en que se considere irrazonable acusar al delincuente o en que una sanción no parezca apropiada para disuadir al acusado o a otros de cometer delitos. En ocasiones, en las fases iniciales de la investigación y la formulación de cargos, se tienen también en cuenta la necesidad de justicia restaurativa e indemnización de la víctima o el compromiso del delincuente de realizar trabajos de servicio público o contribuir a una causa humanitaria, aunque se observó que debería procederse con prudencia al recurrir a esas soluciones, ya que tal vez no tuvieran un efecto suficientemente disuasivo. En todo caso, habida cuenta de la gravedad de las alegaciones de corrupción y los importantes intereses públicos afectados, es poco probable que se renuncie al enjuiciamiento en un caso de esa índole. Ejemplo de ello son algunos Estados, especialmente del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, donde el principio de la legalidad se aplica específicamente en relación con los delitos relacionados con la corrupción, los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o el blanqueo de dinero. Es interesante señalar que muchas de las jurisdicciones de tradición jurídica romanista que aplican ese principio no cuentan con disposiciones que otorguen inmunidad de enjuiciamiento a los delincuentes que cooperan, a diferencia de los países del *common law* citados.

#### Ejemplos de la aplicación

Un Estado aplica el principio del enjuiciamiento discrecional. No obstante, el enjuiciamiento es obligatorio si el delito fue cometido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones; además, con respecto a la corrupción y el delito de soborno transnacional, se ha dictado una instrucción general a los fiscales para restringir la aplicación de soluciones alternativas, habida cuenta de los intereses jurídicamente protegidos que entran en juego. Tampoco se otorga inmunidad a los delincuentes que cooperan.

En dos Estados del Grupo de los Estados de África, el principio del enjuiciamiento discrecional se circunscribe a la obligación de los fiscales de enjuiciar en casos de acciones civiles por daños y perjuicios, así como cuando les son remitidos casos por las dependencias nacionales de inteligencia financiera. Es interesante observar que este requisito fue puesto de manifiesto en ambos países como una buena práctica.

Aunque la información proporcionada en algunos exámenes es insuficiente y no siempre permite sacar conclusiones definitivas sobre la opción nacional, se considera, en principio, que los dos sistemas que se han expuesto (enjuiciamiento discrecional u obligatorio) están en consonancia con la Convención. Para confirmarlo, se otorga importancia a las tres garantías básicas siguientes para el correcto ejercicio de las facultades discrecionales por el ministerio público:

a) La independencia del fiscal en el proceso penal, que queda asegurada, entre otras cosas, por el procedimiento nacional de contratación, nombramiento, evaluación y supervisión. Ningún miembro del poder ejecutivo, incluido el Jefe de Estado, debería poder intervenir en una decisión de enjuiciar por un delito relacionado con la corrupción, influir en ella o anularla. El fiscal debería poder adoptar sus decisiones exclusivamente por convicción propia y fundamentarlas en una evaluación objetiva, minuciosa y completa de las circunstancias del caso. En muchos países se tomó nota de la aparente independencia e imparcialidad del ministerio público, que se consideró una contribución importante a la eficacia de las medidas

de aplicación de la ley. En cambio, en un caso, la aplicación del principio del enjuiciamiento discrecional en un marco en que el poder judicial dependía del poder ejecutivo (ministerio de justicia) planteó preocupaciones de que pudiera afectar a la penalización eficaz de determinados actos de corrupción. En consecuencia, se recomendó realizar un análisis a fondo de esa cuestión a fin de evitar, al menos en relación con los actos de corrupción, cualquier riesgo de injerencia política en las decisiones adoptadas por los fiscales. Asimismo, en al menos otros seis Estados partes se identificaron riesgos por los siguientes motivos: porque la fiscalía general o el ministerio de justicia debían dar su consentimiento para el enjuiciamiento o podrían ordenar a los fiscales que desistieran de casos (incluso técnicamente sólidos) para proteger el interés público, algo que, aunque ocurría raras veces, se consideraba que podía dar lugar a abuso, especialmente en casos de corrupción; porque el consejo superior de la magistratura incluía al Jefe de Estado y al ministro de justicia entre sus miembros; o porque el sistema era generalmente propenso a la injerencia de terceros y no estaban aseguradas la independencia ni la objetividad de los fiscales. Por último, en un país, los examinadores expresaron su preocupación por una disposición constitucional que otorgaba al parlamento facultades discrecionales para incoar procesos penales contra miembros del Gobierno, la cual, al parecer, prevalecía sobre el sistema de enjuiciamiento habitual;

b) La posibilidad de revisar la decisión del fiscal de interrumpir o abstenerse de iniciar una acción penal. Habitualmente lleva a cabo la revisión un fiscal de mayor categoría, bien por iniciativa propia o tras una reclamación interpuesta por la víctima, la persona que ha denunciado el delito o incluso cualquier parte interesada o persona perjudicada por la decisión de no enjuiciar. Un requisito previo importante para ese examen es que el fiscal que emita la orden comunique siempre los motivos de su decisión. Deberían adoptarse medidas equivalentes en todos los casos en que factores discrecionales influyan en la formulación de cargos penales, incluidos los arreglos extrajudiciales y los diversos arreglos de negociación de los cargos y la condena que se examinan en el capítulo III, sección A, subsección 2. En algunos casos, incluido en particular el de un Estado que cuenta con un régimen por el que las empresas que se autodenuncien pueden llegar a acuerdos extrajudiciales civiles con la autoridad investigadora principal, financiada en parte con los fondos recuperados en esos acuerdos, se sugirió que todos los arreglos estuvieran sujetos a escrutinio judicial independiente de la fiscalía y que un órgano independiente revisara los casos delicados. Además, podría pedirse a las empresas que hayan llegado a esos acuerdos que se comprometan a implantar programas de cumplimiento y a nombrar expertos independientes que supervisen las esferas en que deberían adoptarse medidas correctivas. En general, en esos procesos se debería asegurar la transparencia y previsibilidad adecuadas, así como la proporcionalidad en relación con los intereses afectados, ya que la inexistencia de esas características puede socavar la represión eficaz de casos de corrupción, así como la confianza de los ciudadanos en la integridad global del sistema;

c) Directrices o directivas oficiales escritas sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, y la preparación y el contenido de una decisión de no proceder a enjuiciar, en las que se establezcan normas, criterios y prioridades, así como la obligación anteriormente mencionada de proporcionar un razonamiento adecuado de cada decisión. Puede lograrse un efecto similar mediante el envío periódico a los fiscales de circulares en las que se subraye la importancia de dar una respuesta firme y apropiada a algunos tipos de actos, como la corrupción internacional, o la necesidad de dar máxima eficacia al cumplimiento de la ley en determinadas circunstancias. Lo ideal sería que las directrices sobre el ejercicio de facultades discrecionales se pusieran a disposición del público y fueran muy específicas, a fin de que las partes interesadas conozcan los criterios por los que se rige la decisión pertinente<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Véase también *ibíd.*

### Ejemplos de la aplicación

La constitución de un país prevé un sistema de revisión a solicitud de un acusado, un demandante o cualquier otra persona. La decisión de celebrar la revisión es competencia del director nacional del ministerio público y tiene por objeto revisar la decisión de un fiscal de incoar un proceso o no.

Otro Estado parte ha establecido un grupo de revisión de operaciones independiente que examina los informes sobre investigaciones y enjuiciamientos. El grupo no tiene facultades que puedan influir en la independencia y discreción del ministerio público, pero puede formular una recomendación, por ejemplo, si no se ha dado seguimiento a un caso o si este ha sido sobreesido y el grupo no está de acuerdo con la decisión. La decisión final de incoar o no un proceso sigue incumbiendo a la fiscalía. Se consideró que esta medida constituía un mecanismo de apoyo digno de mención.

En un Estado existen normas y directrices específicas que rigen las iniciativas de enjuiciar, e incumbe al jefe de la fiscalía y al ministerio de justicia vigilar su aplicación. La vigilancia de los enjuiciamientos se ve facilitada por un sistema de gestión electrónica de documentos y la supervisión por la oficina del inspector general, que forma parte del ministerio de justicia. El incumplimiento de las directrices puede constituir una infracción del código de conducta profesional o incluso un delito de abuso de poder.

### *Libertad en espera de juicio o de la apelación*

El párrafo 4 del artículo 30 requiere que los Estados partes adopten medidas, de conformidad con su derecho interno y tomando en consideración los derechos de la defensa, para asegurar la comparecencia de los acusados de delitos tipificados con arreglo a la Convención en todo procedimiento penal posterior. Esta disposición hace referencia a la decisión de conceder al acusado la libertad en espera de juicio o de la apelación y a las condiciones que se imponen en relación con tal decisión. Los Estados partes deben ser conscientes del riesgo de un uso imprudente de la concesión de la libertad en espera de juicio o de la apelación e imponer condiciones que puedan asegurar, en la medida de lo posible, que los acusados no se fuguen<sup>52</sup>. En este contexto, una nota interpretativa sobre la Convención aclara que la expresión “en espera de juicio” incluye la etapa de investigación<sup>53</sup>.

Han salido a la luz pocos problemas en relación con la aplicación de esta disposición, especialmente por el amplio margen de discreción de que gozan los Estados partes para determinar las normas pertinentes, así como porque la mayoría de los países no suelen tener disposiciones sobre la concesión de libertad en espera de juicio o de la apelación que se apliquen específicamente a los delitos relacionados con la corrupción. Además, en los exámenes figura relativamente poca información sobre los regímenes nacionales que regulan la concesión de libertad en espera de juicio y las condiciones que se imponen en espera de juicio. La concesión de libertad en espera de la apelación y las condiciones que se imponen en espera de la vista de la apelación se mencionaron raras veces, y se analizaron aun en menos ocasiones, a menudo porque no se presentaron datos de esa índole para los exámenes.

<sup>52</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 390.

<sup>53</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 30, secc. C (pág. 284).

Por lo que se refiere al régimen en espera de juicio, casi todos los países utilizan al parecer la prisión preventiva como medida cautelar concebida para asegurar la comparecencia del acusado en las actuaciones penales ulteriores. La mayoría de los Estados partes prevén como alternativa la posibilidad de libertad con fianza, y algunos prevén otras medidas coercitivas que, si se infringen, dan lugar a la detención del acusado. Esas medidas incluyen el arresto domiciliario, la vigilancia electrónica, la prohibición de viajar al extranjero (incluida la retirada de los documentos de viaje), la vigilancia policial, la prohibición de abandonar el lugar de residencia, el establecimiento de la residencia cerca del tribunal y una medida cautelar.

En algunos Estados partes se considera que los delitos de corrupción (incluido, en un caso, el blanqueo de dinero) no admiten, en su mayoría, la libertad bajo fianza, salvo en circunstancias excepcionales. En cambio, algunos países solo utilizan la prisión preventiva en el caso de delitos punibles con la privación de libertad por encima de cierto límite. Por consiguiente, en los países donde los delitos contra el servicio público, incluida la corrupción, son sancionados con penas más leves, es poco probable que se ordene la prisión preventiva, por lo que las personas objeto de investigación pueden seguir en libertad, aunque con algunas limitaciones en función de las condiciones que se impongan. Los expertos examinadores no han expresado objeciones a esa práctica, reconociendo evidentemente la amplia discreción de que goza un país al determinar las medidas apropiadas para cumplir la disposición que se analiza. En esa misma línea, han aceptado el uso poco frecuente de la detención previa al juicio en casos de corrupción y han observado con preocupación la ampliación de los períodos de detención provisional a pesar de la existencia de alternativas. Sin embargo, al margen de esto, cabe tener presente que algunas medidas coercitivas alternativas, especialmente en casos relacionados con la corrupción, pueden tener un efecto disuasivo disminuido. Así ocurre, por ejemplo, con respecto a la fianza, dados los beneficios considerables que pueden generar las transacciones relacionadas con la corrupción y la gran cantidad de recursos de que disponen los acusados de esos delitos, especialmente en el caso de que las fuerzas del orden no hayan podido incautarse del producto del delito<sup>54</sup>. Por lo tanto, los Estados partes tal vez deseen estudiar la posibilidad de que sus opciones sean flexibles y de tratar de adoptar un criterio más individualizado, con objeto de reducir el riesgo de que se menoscabe el cumplimiento de la ley.

Por lo que se refiere a la medida coercitiva apropiada que elijan las autoridades competentes, en la mayoría de los exámenes se da mucha importancia a la existencia en la legislación nacional de disposiciones que estipulan que las decisiones por las que se otorgue fianza o se impongan otras condiciones para la puesta en libertad del acusado antes del juicio tengan en cuenta, ante todo, la posibilidad de que el presunto delincuente se fugue y no comparezca en las actuaciones penales, sobre la base de una evaluación provisional objetiva de los hechos y tomando en consideración la presunción de inocencia y los derechos de la defensa. También suelen desempeñar un papel otros factores, como la probabilidad de que el acusado reincida u obstruya el curso de la investigación (por ejemplo, mediante la destrucción de pruebas o la intimidación de testigos), la gravedad y naturaleza del delito, las circunstancias personales del acusado y sus antecedentes penales. A veces existen motivos más amplios para imponer la detención previa al juicio a los extranjeros que no tengan un lugar de residencia en el país. Por ejemplo, las personas en esa situación pueden ser objeto de detención previa al juicio, aunque no hayan sido acusadas de cometer un delito grave. Normalmente, se supone que para seleccionar la medida apropiada se observa el principio de la necesidad, en virtud del cual no se elige una medida si se puede lograr el mismo efecto con otra menos severa.

<sup>54</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 390; y *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.4.

### Ejemplo de la aplicación

En un Estado parte se consideró que la disposición objeto de examen se aplicaba adecuadamente mediante normas que estipulaban esencialmente que: *a)* todo acusado tenía derecho a ser puesto en libertad bajo fianza salvo que la concesión de la fianza no redundara en interés de la justicia; *b)* al decidir si se otorgaba fianza a un acusado, los funcionarios de policía o judiciales, según el caso, debían tener en cuenta el tiempo que la persona pudiera estar privada de libertad si no se otorgara; y *c)* la consideración principal al decidir si se otorgaba la fianza era la probabilidad de que el acusado compareciera ante el tribunal para responder a los cargos formulados contra él.

Otro criterio relativo a la idoneidad de las normas nacionales que rigen la libertad en espera de juicio se refiere al carácter o tipo institucional de la autoridad a la que se otorga la competencia de la decisión correspondiente. Se señaló la necesidad del control judicial de las medidas, como la decisión sobre la detención durante las actuaciones previas al juicio, tanto por su repercusión en la protección de los derechos humanos como por el hecho de que los miembros del poder judicial ofrecían más garantías de un uso prudente de la concesión de libertad y la selección de las condiciones conexas. Por ello, en un Estado parte en el que la legislación permite que un investigador modifique el tipo de medida coercitiva impuesta, por ejemplo, de privación de libertad a “arresto en la ciudad” (o viceversa), sin supervisión judicial, se expresó la preocupación de que podría abusarse de esa discreción en un caso de corrupción, bajo presión financiera o de otro tipo, por lo que el presunto delincuente podría eludir la justicia. Se recomendó, por lo tanto, que se revocara esa facultad o que se ejerciera bajo un control judicial estricto. El Estado en cuestión se mostró de acuerdo con esa observación.

En cuanto a las condiciones impuestas en espera de la apelación, sobre la base de la información muy limitada que se proporcionó, parece que la medida principal utilizada es la concesión de fianza a discreción de los tribunales.

### *Libertad anticipada o libertad condicional*

El artículo 30, párrafo 5, alienta a que se aplique un régimen estricto, pero justo, después de la condena, exigiendo que los Estados partes tengan en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de delitos de corrupción. En varias jurisdicciones se estipula que, en principio, las personas privadas de libertad por delitos relacionados con la corrupción no reúnen las condiciones para el indulto y no pueden solicitar la libertad condicional o ser puestos en libertad de otro modo antes de que hayan cumplido su condena íntegra, salvo en circunstancias excepcionales (por ejemplo, por problemas de salud graves). Análogamente, algunos Estados han proporcionado estadísticas según las cuales entre las personas a las que se ha concedido la libertad condicional durante los últimos años no figura ninguna condenada por delitos de corrupción. Evidentemente, la Convención no pide a los Estados partes que establezcan programas de libertad anticipada o libertad condicional si sus ordenamientos no los prevén, pero sí insta a los Estados que pueden conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a que estudien la posibilidad de adaptar los criterios de idoneidad a la gravedad del delito<sup>55</sup>. Esto incluye los criterios relativos a la concesión del perdón o de cualquier forma de indulto por el poder ejecutivo que, aunque tenga un carácter político, no debe ser utilizada indebidamente para crear una situación de impunidad.

<sup>55</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 385.

Al igual que en el caso de la disposición anterior, la mayoría de los exámenes presentan un breve análisis de la legislación pertinente. Asimismo, se han planteado relativamente pocos problemas en la aplicación, aunque los criterios utilizados por los examinadores para determinar el cumplimiento no siempre son uniformes y en ocasiones parecen observar una lógica divergente. La mayoría de los Estados partes no establecen diferencias específicas entre los delitos relacionados con la corrupción y otros delitos al reglamentar la posibilidad de libertad anticipada o libertad condicional. No obstante, muchos aplican diferentes políticas en función de la duración de la condena impuesta o la clasificación general del delito, o establecen excepciones para ciertos delitos considerados extremadamente graves. Por ejemplo, un acusado que sea declarado culpable de un delito que, con arreglo a su clasificación, no constituya un peligro público apreciable servirá un plazo más corto de la condena para poder acogerse a la libertad anticipada o la libertad condicional que un acusado condenado por un delito grave. Un Estado parte adopta un enfoque parecido, más individualizado, por el que se dispone que, si un tribunal condena a una persona a una pena de encarcelamiento de 2 años o más, el tribunal podrá determinar como parte de la condena un período durante el que el penado no podrá quedar en libertad condicional. Así pues, los tribunales deben tener en cuenta la gravedad del delito ya en el momento en que impongan la condena. Por último, algunos países se han apartado por completo del régimen clásico de libertad condicional y prefieren una “verdadera condena”, que incluye un período de libertad vigilada después del encarcelamiento, cuya duración está vinculada a la gravedad del delito. Cabe estimar que las disposiciones comprendidas en cualquiera de las categorías citadas constituyen una primera forma básica en la que los Estados tienen en cuenta la gravedad del delito en cuestiones relacionadas con la libertad condicional y pueden considerarse suficientes para los propósitos de la Convención.

#### **Logros y buenas prácticas**

Un Estado federal ha abolido el régimen de libertad condicional para los delitos federales e introducido un sistema por el que el tribunal, al imponer una condena de encarcelamiento por un delito grave o menor, podrá incluir como parte de la condena el requisito de que se aplique al acusado un plazo de libertad vigilada después del encarcelamiento. La libertad vigilada como parte de la condena es obligatoria si la ley exige ese plazo. El tribunal, al determinar si incluye un plazo de libertad vigilada y, si decide incluirlo, al determinar su duración y condiciones, tomará en consideración el tipo y la gravedad del delito.

Además, la oficina nacional de estadísticas judiciales hace un seguimiento y elabora informes periódicos de la eficacia de los procedimientos de libertad anticipada y libertad condicional a nivel no federal; se determinó que ese enfoque constituía una buena práctica y podría servir de ejemplo a otros Estados partes.

Aparte de esas diferenciaciones previas con respecto a los programas de libertad anticipada que pueden aplicarse a los delincuentes condenados por delitos más graves, en muchos exámenes se sigue una segunda vía, en la que se otorga importancia a la posibilidad que prevén muchas leyes nacionales de tener en cuenta, aunque solo sea indirectamente, la gravedad del delito (por lo general junto a otros factores, como la conducta observada en prisión por la persona declarada culpable, el riesgo de reincidencia y la probabilidad de que el recluso pueda adaptarse a la vida normal en la comunidad), según cada caso, en una fase ulterior, es decir,



en el momento preciso en que se adopta la decisión de poner en libertad a los condenados por delitos de corrupción.

### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte se aplica la siguiente disposición:

Al decidir la libertad condicional, el tribunal tomará en consideración las circunstancias relativas a la comisión del delito, la personalidad del reo, sus antecedentes y su conducta durante el cumplimiento de la condena, sus condiciones de vida y las consecuencias que la libertad condicional pueda tener para el reo. Se observó que, aunque no se mencionase explícitamente la gravedad de los delitos cometidos como factor que se debía tener en cuenta, la referencia a las circunstancias (agravantes o atenuantes) del delito podía interpretarse en el mismo sentido.

La importancia otorgada a los factores que rigen la decisión de conceder la libertad condicional como tal queda ilustrada por el ejemplo de un Estado parte, en el que se recomendó que se considerase la posibilidad de adoptar una política escrita en que se enunciaran los factores que se debían tener en cuenta antes de dictar una decisión de esas características, a pesar de que habitualmente ya se tienen en cuenta el carácter y las circunstancias del delito al decidir la libertad condicional. En varios otros países se subrayó la necesidad de velar por que las autoridades nacionales competentes, además de contar con un período mínimo de calificación, tuviesen en cuenta la gravedad de los delitos relacionados con la corrupción al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hubiesen sido condenadas por esos delitos.

Por otro lado, cabe señalar que, en varios exámenes, también se consideró el hecho de que el Estado parte determinara un plazo obligatorio de la condena que debía cumplirse antes de que el delincuente fuera apto para la puesta en libertad tras haber tenido debidamente en cuenta la gravedad del delito. Igualmente, muchos exámenes parecen concentrarse en la duración del período mínimo de calificación o en el porcentaje de la pena objeto de remisión, y aceptan que la gravedad de los delitos se tiene suficientemente en cuenta cuando los niveles correspondientes se consideran adecuados. Una posible explicación de esa actitud podría residir en que los examinadores en cuestión adoptan la opinión de que el párrafo 5 del artículo 30 da a entender que la gravedad de todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención es excepcional, lo que justifica una consideración especial o largos períodos mínimos comunes de calificación, siendo esta una cuestión importante de interpretación que merece un examen más a fondo.

### *Destitución, suspensión y reasignación*

La mayoría de los Estados partes han adoptado medidas para aplicar el párrafo 6 del artículo 30 —una disposición no obligatoria—, relativo a la suspensión, destitución del cargo o reasignación de los funcionarios públicos acusados de delitos de corrupción, con miras a facilitar las investigaciones e impedir la manipulación de pruebas o la comisión de nuevos delitos. En algunos casos en que se identificaron lagunas (relacionadas en especial con la reasignación y la destitución) se formularon recomendaciones para alentar a los Estados partes a estudiar la posibilidad de adoptar medidas más claras y específicas en relación con todos los funcionarios públicos acusados de delitos de corrupción. Aunque la aplicación del párrafo en cuestión está

sujeta a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, los Estados partes deberán proporcionar una explicación suficiente para no considerar la posibilidad de aplicar sus disposiciones. Prueba de ello es el ejemplo de dos países cuyas autoridades nacionales justificaron la imposibilidad de suspender, destituir del cargo o reasignar a los funcionarios públicos acusados de un delito refiriéndose a la aplicación del derecho a un juicio imparcial en virtud de la doctrina del derecho penal aplicable y a una sentencia judicial que declaraba inconstitucionales las disposiciones de suspensión. En esos casos, los examinadores aceptaron la posición nacional y consideraron que estaba en consonancia con los requisitos de la Convención, dada la no obligatoriedad de la disposición y las explicaciones proporcionadas por las autoridades nacionales. Lo mismo se observó con varios Estados que destacaban que la destitución de un funcionario durante la tramitación del proceso penal no era permisible en virtud de las garantías constitucionales de la presunción de inocencia. En cambio, en otro país, cuando las autoridades justificaron la imposibilidad de suspender, destituir o reasignar a un sospechoso haciendo referencia a la aplicación de la presunción de inocencia, se recomendó que se estudiara la ampliación de las medidas pertinentes a todas las categorías de funcionarios públicos, habida cuenta de que ya existía la posibilidad de suspender, destituir o reasignar a funcionarios judiciales acusados, pese a ser aplicable el mismo principio.

La suspensión de funcionarios públicos (denominada igualmente “interdicción”) se puede llevar a cabo en la mayoría de las jurisdicciones y se aplica como norma cuando el funcionario se encuentre sujeto a investigación penal, bien por un plazo concreto (por ejemplo, estando en detención preventiva) o indefinidamente en espera de la resolución de la investigación o de un posible procedimiento judicial. Suele ocurrir lo mismo en el caso de traslado o reasignación de un empleado presuntamente involucrado en un delito, aunque no muchos Estados han proporcionado información a este respecto, y en un caso se indicó que la eficacia de las disposiciones sobre reasignación dependía de que se velara por que cumplieran verdaderamente la finalidad de las medidas disciplinarias.

Normalmente, las medidas en materia de suspensión y reasignación se basan en los reglamentos disciplinarios que rigen el incumplimiento de funciones por funcionarios y que figuran, por ejemplo, en códigos de conducta del servicio público, leyes sobre ética pública y normas sobre investigaciones administrativas. El trato aplicable a ciertas categorías de empleados públicos puede regirse por normas especiales (por ejemplo, reglamentos del servicio policial o judicial y normas reguladoras de las misiones diplomáticas y consulares), por lo que, en algunos casos, se aconsejó prudencia en relación con los peligros de fragmentación y la aplicación de criterios no homogéneos entre los funcionarios. En general, la existencia de procedimientos disciplinarios de ese tipo cumple los requisitos de la Convención, si bien es menester señalar que en pocos exámenes se hizo alguna referencia a las garantías relativas a los derechos de la persona afectada a un debido proceso, a normas probatorias, remedios jurídicos, el posible efecto en la presunción de inocencia o el trato del funcionario en casos de absolución (por ejemplo, su reasignación y su eventual indemnización). Son aspectos que merecen más atención, dado el peligro real de que las medidas de suspensión y destitución se manipulen para alcanzar objetivos políticos o neutralizar a las personas que puedan representar una amenaza o un estorbo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 30, subsecc. II.6.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se siguen las normas y la práctica de la comisión de la administración pública para grabar los procedimientos disciplinarios y éticos y producir transcripciones a su debido tiempo a fin de fomentar la transparencia, la rendición de cuentas y la coherencia, y para aumentar en grado suficiente la confianza de la opinión pública en sus procesos de adopción de decisiones. Recientemente, el promedio de tiempo que lleva al tribunal competente resolver un caso disciplinario o ético se ha reducido de varios años a entre 3 y 6 meses. Además, en la capacitación de los funcionarios en cuestiones de ética, disciplina y buena gobernanza participan diversos ministerios, departamentos y organismos públicos, como el organismo de lucha contra la corrupción, la policía, la fiscalía, la oficina del auditor general y el ministerio de hacienda. La comisión de administración pública realiza encuestas y estudios periódicamente para evaluar los efectos de sus actividades de capacitación.

Es interesante señalar que, en algunos Estados partes, en su mayoría pertenecientes al Grupo de los Estados de Europa Oriental o con una tradición jurídica similar a la de estos, la suspensión temporal del cargo (denominada también destitución o exclusión) está asimismo regulada en el código de procedimiento penal como un tipo de medida coercitiva que puede utilizarse durante una investigación: si la fiscalía y las autoridades investigadoras estiman necesario suspender a una persona de su cargo para eliminar su influencia ilícita, proteger a las víctimas y los testigos, o prevenir la comisión de nuevos delitos, el fiscal encargado remite el asunto a una autoridad judicial, que decide acerca de la aplicación de la medida. Se puede restituir en su cargo a las personas afectadas si las acusaciones no son fundamentadas. Además, en algunos casos, la suspensión temporal de cargos públicos constituye una forma de sanción penal impuesta cuando el tribunal declara culpable a la persona, o una consecuencia inevitable de la declaración de culpabilidad mientras dure la condena.

Aunque la suspensión es discrecional en la mayoría de los Estados partes, en algunos el comienzo de una actuación penal, es decir, el momento en que queda claro que el incumplimiento de las funciones oficiales se considera conducta delictiva, da lugar a la suspensión automática del funcionario público del servicio. En algunos Estados partes, solo la detención o la prisión preventiva del funcionario producen la suspensión automática, una práctica que no se consideró suficiente en un caso, en que el que se recomendó establecer procedimientos por los que el funcionario quedara suspendido en el momento de la investigación. Por el contrario, otros examinadores previnieron contra la introducción de la suspensión automática de los funcionarios públicos acusados de corrupción, tomando nota de la importancia de salvaguardar el principio de la presunción de inocencia, tal como contemplaba la Convención.

Normalmente, las posibilidades que se han citado no son aplicables a los parlamentarios, lo que parece indicar que su trato debería ser objeto de un examen específico. Pocos países han facilitado información sobre procedimientos equivalentes que den lugar a la suspensión o destitución de funcionarios elegidos investigados penalmente por corrupción. En un Estado parte es posible proceder a la suspensión a discreción del parlamento, que puede aprobar una moción de suspensión de un parlamentario por mayoría de votos, y en otro, la constitución prevé la suspensión automática de las personas que gozan de prerrogativa jurisdiccional si se levanta su inmunidad. En cambio, las autoridades de otro Estado afirmaron claramente que los funcionarios elegidos no podían ser destituidos ni suspendidos por una acusación de corrupción, ni estaban sujetos a medidas disciplinarias de ningún tipo.

### *Inhabilitación*

La inhabilitación para ejercer cargos públicos debido a una condena por delitos de corrupción, como contempla la disposición no obligatoria del artículo 30, párrafo 7 a), parece ser posible en la mayoría de los Estados partes. En primer lugar, en la mayoría de ellos, la condena de un funcionario público abre la puerta a la destitución permanente del condenado, en el caso de que ya ocupara el cargo de funcionario público. En función del sistema nacional, si la condena guarda relación con un delito cometido contra la administración pública, es punible por encima de cierto umbral y/o infringe gravemente el principio de la probidad administrativa, pone en marcha un procedimiento administrativo que puede traducirse en la destitución del delincuente. Los delitos de corrupción son un tipo de delitos que pueden tener ese resultado. En algunos Estados, la destitución parece ser una consecuencia automática de la condena, mientras que en otros, la decisión incumbe a la autoridad competente.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado, aparte de los procedimientos ordinarios que dan lugar a la destitución de un funcionario condenado por un delito grave, un decreto especial dispone que una condena por los delitos de soborno, malversación o peculado, o robo da lugar a la destitución del funcionario de su cargo.

Asimismo, como en el caso de la suspensión, algunos Estados prevén la posibilidad de que, en paralelo a los procedimientos administrativos, la cuestión de la destitución sea resuelta por una autoridad judicial, es decir, el tribunal que condene al funcionario público por corrupción. Los códigos penales de esos países incluyen sanciones penales accesorias, como destitución del cargo, degradación civil, cese del ejercicio de una función pública, privación del derecho a ejercer un determinado cargo estatal o público y privación del derecho a ejercer una determinada profesión o actividad, en particular cuando el delito está directamente relacionado con el ejercicio de las funciones de la persona condenada. Los tribunales no tienen siempre la discreción para imponer la destitución o la privación de derechos por delitos de corrupción. Por ejemplo, en cuatro casos al menos, el efecto pertinente parece ser obligatorio, mientras que en otro, solo el soborno con agravantes se traduce en la destitución automática tras la condena.

También en este caso, unas normas diferentes pueden regular la destitución de los miembros del parlamento, el Gobierno o la judicatura que hayan sido condenados por soborno u otros delitos graves. Por ejemplo, en un Estado parte, al contrario de lo que ocurre en el caso de los funcionarios públicos o incluso los miembros de consejos municipales, la ley no prevé la pérdida del escaño en caso de condena por un delito relacionado con la corrupción, ya sea automáticamente o por orden judicial, porque se trata de un cargo electivo y se considera que es el electorado quien tiene que decidir a qué persona elige como representante. No obstante, hay un procedimiento especial previsto en la constitución por el cual los parlamentarios podrán ser destituidos si han sido condenados a una pena de encarcelamiento por un delito deliberado, y ese delito supone que el acusado no infunde la confianza y el respeto necesarios para ejercer su cargo. En ese país se recomendó que se estudiase la posibilidad de introducir un sistema para la destitución automática de los parlamentarios, por ejemplo, cuando sean condenados por soborno con agravantes.

Muchos de los procedimientos disciplinarios y sanciones penales mencionados, que dan lugar al cese en las funciones y la destitución inmediata de las personas que ya ejerzan una

función oficial, también conllevan la inhabilitación de las personas condenadas, incluidas las no investidas de autoridad pública, para ejercer un cargo público durante un período especificado o, en ocasiones, incluso de por vida (inhabilitación temporal o perpetua). En varios casos, la inhabilitación no es obligatoria, sino que queda a discreción del tribunal u otra autoridad competente, dependiendo de factores como la duración de la condena principal y la gravedad del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo del delincuente. Los examinadores encomiaron, sin embargo, la práctica de un Estado de mantener la inhabilitación para ejercer cargos públicos incluso en el caso de reducción de la pena por colaboración. La Convención deja la duración de la inhabilitación a discreción de los Estados partes, de conformidad con su derecho interno y la importancia otorgada a la gravedad del delito por el que fue condenado el funcionario<sup>57</sup>. No obstante, en un caso se estimó que el período de inhabilitación era demasiado corto, lo que daba lugar a que las personas condenadas fueran trasladadas a otros cargos públicos.

### Ejemplos de la aplicación

La ley de un Estado parte incluye como sanciones penales la privación del derecho a ejercer un determinado cargo estatal o público y la privación del derecho a ejercer una determinada profesión o actividad. Si esas penas se imponen por separado o como accesorias a una sanción que no conlleve la privación de libertad, se dictan para un plazo especificado de hasta 3 años dentro de los límites establecidos en la parte especial del código penal. Si la privación de esos derechos se impone junto a la privación de libertad, su duración podrá ser superior a la de esta última en 3 años como máximo, salvo que se disponga otra cosa. La duración comenzará a partir de la entrada en vigor de la condena, aunque la persona condenada no podrá gozar de los derechos de que se le haya privado antes del cumplimiento de la pena de privación de libertad. La duración de la privación de derechos se reducirá de conformidad con la parte de la duración de la privación de libertad reducida por remisión de la pena, trabajo o la deducción del período de detención preliminar. Una persona condenada a cadena perpetua sin sustitución será privada para siempre de los derechos enunciados en la condena. Después de que expire la duración, la persona condenada podrá ejercer nuevamente los derechos de que se le privó por la condena.

En otro Estado con una legislación más sencilla, toda persona que cometa un delito de corrupción será considerada para siempre no apta para ser elegida o designada miembro de un órgano público y para ejercer ningún otro cargo público, y perderá el cargo que ocupe en el momento de su condena. El “órgano público” incluye el consejo de ministros, las cámaras del parlamento, las autoridades locales, estatutarias y públicas de todo tipo, y todas las empresas del Estado y sus consejos de administración. Por “cargo público” se entiende todo cargo o empleo de una persona en calidad de miembro, funcionario o empleado de un órgano público.

En algunos países no hay disposiciones específicas que excluyan por completo a las personas condenadas por un delito (en particular relacionado con la corrupción) de su empleo o reincorporación en el sector público. Además, en ciertos países, la inhabilitación se aplica exclusivamente a las personas depositarias de la autoridad del Estado y no a las personas condenadas por corrupción. Sin embargo, en muchos de esos países se citaron algunas medidas alternativas que, aunque no eran equivalentes a la aplicación plena, promovían

<sup>57</sup>Véase también *ibíd.*, subsecc. II.7.

indirectamente los propósitos de la Convención o aseguraban, al menos parcialmente, un efecto similar. Como se indicó en varios Estados, las personas nombradas para un cargo público tenían que someterse a un examen de su conducta anterior o presentar un certificado de que no habían sido declaradas culpables de ningún delito antes de asumir el cargo; los antecedentes penales podían tenerse en cuenta al adoptar una decisión sobre el empleo de una persona, especialmente cuando la condena penal fuera pertinente para los requisitos específicos de una vacante concreta. Igualmente, la destitución por motivo de una conducta delictiva constaría en el expediente personal del funcionario público, y la conocerían los funcionarios o las autoridades que estuvieran considerando la posibilidad de nombrar a dicha persona para un nuevo cargo público. Con arreglo a los reglamentos de otros dos países, la reincorporación al empleo después de la destitución por motivos de trabajo o conducta no satisfactorios solo era posible en casos especiales y excepcionales. Por último, en un Estado, la fiscalía obligaba siempre a los acusados que se declararan culpables de delitos de corrupción a consentir no aceptar ni solicitar cargos o puestos públicos en el futuro.

Además de lo anteriormente citado, varios Estados —entre los que figuran incluso algunos que no tienen normas generales de inhabilitación— cuentan con disposiciones especiales relativas a la suspensión de los derechos políticos o la inhabilitación de las personas que hayan sido condenadas por delitos relacionados con la corrupción para que no puedan ser elegidos miembros del parlamento, o de consejos urbanos o municipales, ni ser elegidos ni nombrados en calidad de miembros del Gobierno o de la judicatura durante un período determinado, aunque en ocasiones ese período parece demasiado corto, o se permite que las personas afectadas sean nombradas en cuanto hayan cumplido la condena.

La inhabilitación de los autores de delitos de corrupción para ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado, como se insta en el artículo 30, párrafo 7 b), ha dado lugar a que algunos países hayan presentado extractos de sus leyes de sociedades que regulan la exclusión de las personas condenadas de los nombramientos para puestos de empresas de propiedad del Estado, lo que asegura al menos la aplicación parcial. Otros países subsumen a los empleados y gerentes de empresas de propiedad del Estado o semi-públicas en el concepto de “funcionario público”, al margen de que la participación del Estado sea mayoritaria o minoritaria. En consecuencia, los puestos correspondientes están comprendidos en la inhabilitación para ejercer cargos públicos del mismo modo que otros puestos del sector público. En un tercer grupo de Estados (que es el más numeroso), las sanciones penales o administrativas aplicadas a los delitos de corrupción incluyen no solo la inhabilitación para ejercer cargos públicos, sino también la privación del derecho a ocupar puestos en órganos del Estado o sociedades e instituciones afiliadas al Gobierno, a ejercer una determinada profesión o dedicarse a negocios u otras actividades profesionales específicas, por lo que abarcan a todos los tipos de funcionarios y cargos en los sectores público y privado. A ese respecto, se señaló que podría ser útil definir el concepto de “empresa de propiedad total o parcial del Estado”.

### **Logros y buenas prácticas**

En un Estado, la privación del derecho a ocupar ciertos cargos o participar en determinadas actividades se impone como sanción penal obligatoria por delitos de corrupción e implica la prohibición obligatoria de por vida de ocupar cargos en la administración pública, los órganos de gobierno local u organizaciones del Estado, así como en organizaciones en que el Estado posea más del 50% del capital autorizado. Entre esas organizaciones figuran las empresas y los grupos de empresas nacionales, las instituciones

nacionales de desarrollo en que participe el Estado y sus filiales en que las entidades posean más del 50% del número de votos, así como las personas jurídicas en que las citadas filiales posean más del 50% del número de votos.

A pesar de esas medidas, la aplicación del párrafo 7 *b*) del artículo 30 es algo menor que la del párrafo 7 *a*). Al parecer, muchos países no han adoptado ninguna medida pertinente, aparte de los procedimientos habituales de verificación de los empleados del sector privado, o no han incluido a todas las empresas comerciales de propiedad total o parcial del Estado, mientras que en un país se aclaró que las personas que ejercen un cargo en empresas de propiedad del Estado no pueden ser destituidas sobre la base de una condena, pese a que existen reglamentos que prohíben que una persona condenada por delitos relacionados con actividades comerciales se dedique directa o indirectamente a esas actividades durante un período determinado de años. En consecuencia, se formularon recomendaciones para que se estudiara la posibilidad de establecer procedimientos de inhabilitación de esas personas, cuando hubieran sido condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención, en la medida en que sea compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional.

Por último, debe quedar claro que, como ocurre con otras disposiciones de la Convención, la aplicación no se logra si las medidas adoptadas no resultan jurídicamente vinculantes y eficaces, lo que no parece ser el caso, por ejemplo, en un Estado parte que presentó información contradictoria sobre la existencia de medidas apropiadas y afirmó que era habitual que una persona que había sido acusada de un delito ejerciera nuevamente un cargo público en una organización diferente poco después de su destitución del cargo. En otro Estado se expresó preocupación por el hecho de que únicamente el 63% de las personas condenadas por delitos de corrupción fueron sancionadas también con la destitución y la privación del derecho a ocupar determinados cargos, aunque esta pena era obligatoria por ley. Por último, en un tercer país, pese a la posibilidad teórica de imponer penas complementarias por las que se inhabilita para ejercer cargos públicos, esas sanciones no se han utilizado casi nunca en la práctica (al menos en relación con funcionarios elegidos). Se mencionó un ejemplo en el que un alcalde declarado culpable de soborno en el ejercicio de sus funciones fue reelegido como alcalde en la municipalidad donde vivía tras su excarcelación. Por lo tanto, se sugirió que el Estado en cuestión declarase a las personas elegidas para un cargo público no aptas para ser reelegidas después de cometer un delito de corrupción, con lo que transmitiría un mensaje sobre la gravedad de ese tipo de prácticas ilícitas. El período de inhabilitación dependería de la gravedad del delito.

### *Reinserción*

El artículo 30, párrafo 10, alienta a los Estados partes a que procuren promover la reinserción en la sociedad de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención, reconociendo así que la reinserción es un objetivo importante de los sistemas de justicia penal<sup>58</sup>. De hecho, muchos Estados partes hicieron referencia a que las medidas correccionales, la reeducación y la reinserción eran objetivos importantes de sus sistemas de justicia penal, y mencionaron una amplia serie de medidas encaminadas en esa dirección. Dichas medidas incluían la máxima individualización posible de las condenas; la suspensión de las penas privativas de libertad; la libertad condicional acompañada de la intervención psicológica como medida sustitutiva de la privación de libertad; la contratación de personal adecuado con las aptitudes técnicas y científicas necesarias para apoyar el proceso de reinserción de los

<sup>58</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 395.

reclusos; la introducción de actividades sociales, programas educativos, de preparación profesional y rehabilitación, regímenes de trabajo, actividades culturales y deportivas, y apoyo religioso a los reos; derechos ampliados de visitas; permisos de salida de la cárcel; libertad anticipada; libertad vigilada; trabajo comunitario; asistencia para encontrar empleo, asistencia sanitaria y otras formas de ayuda social tras la puesta en libertad; rehabilitación legal y judicial; y cese de las consecuencias jurídicas de las condenas.

### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado parte se garantizan a los condenados puestos en libertad algunos tipos de beneficios y derechos para evitar que reincidan en actividades delictivas. La institución penitenciaria informa a la institución correccional competente del ministerio de justicia y al poder ejecutivo local sobre la puesta en libertad en trámite del recluso para que esta última autoridad realice los preparativos necesarios. Mediante sus labores concertadas, la institución penitenciaria, el ministerio de justicia y el poder ejecutivo local le proporcionan alimentos, ropa y el dinero para el transporte necesario hasta su lugar de residencia. Se le proporciona también vivienda, si se dispone de ella, o un pago único. Además, el poder ejecutivo local procura encontrarle empleo por medio de la oficina local de empleo.

En otro Estado, el departamento de prisiones ha puesto en marcha una iniciativa basada en la comunidad denominada Proyecto de la Cinta Amarilla, que tiene por objetivos sensibilizar a la comunidad sobre la necesidad de dar una segunda oportunidad a los exdelincuentes, promover su aceptación y la de sus familias en la comunidad, e inspirar la acción comunitaria en apoyo de su rehabilitación y reinserción.

Un tercer Estado parte aplica un plan amplio para reinsertar en la comunidad a los reclusos condenados mediante gran variedad de actividades educativas, de preparación profesional, culturales, deportivas y sociales durante su reclusión en el establecimiento penitenciario. Además, progresa la labor de modificación de la legislación que rige las actividades de los centros de reforma y rehabilitación, y la adopción de sanciones alternativas, la ampliación del empleo de reclusos, la elaboración de nuevos proyectos productivos, las asociaciones con el sector privado y el establecimiento de un centro independiente especializado en la atención de seguimiento de los antiguos reclusos.

Dado el ámbito extenso del contenido de la disposición analizada y el amplio margen de opciones de que gozan los Estados partes en cuanto a la forma en que deben aplicarla, los examinadores se mostraron en general satisfechos con la información facilitada y consideraron que las medidas y los esfuerzos legislativos citados, aunque fueran solamente de carácter limitado o declarativo, estaban en consonancia con el espíritu de la Convención. Sin embargo, aproximadamente una quinta parte de los Estados partes, casi exclusivamente del Grupo de los Estados de África y del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, indicaron que no contaban con disposiciones jurídicas para promover la reinserción o expusieron que sus políticas existentes eran imprecisas, no específicas o débiles, especialmente en relación con los mecanismos para su aplicación y con las competencias de las entidades, organizaciones y personas responsables. Igualmente, se expuso que, en algunos Estados, el entorno jurídico para la reinserción en la sociedad de los antiguos reclusos era inadecuado, por lo que las personas afectadas se enfrentaban a enormes dificultades tras su puesta en libertad, en particular para encontrar empleo.



Cabe mencionar que, en uno de esos países, las autoridades hicieron referencia a la contribución “sustitutiva” de las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de carácter religioso para ayudar a los antiguos reclusos a reinserirse en la sociedad. Aunque se tomó debida nota de la labor de los agentes privados y la sociedad civil en esa esfera, se recomendó que el propio Estado tratara de promover la reinserción de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención, tal como se requería en esta. Naturalmente, eso no excluye los programas y las alianzas entre el sector público y el sector privado con dirigentes y voluntarios de la comunidad, como lo demuestra el ejemplo de otros países.

Otro problema para las autoridades nacionales lo plantean el hacinamiento y el deterioro de los sistemas penitenciarios, que pueden obstaculizar la aplicación de mecanismos destinados a la reinserción en la sociedad, incluso si existe legislación adecuada. Este aspecto era evidente en un Estado parte en que el número de reclusos superaba la capacidad del sistema penitenciario en un 650%, como consecuencia de haber otorgado poca prioridad al sector durante muchos años.

Una última observación atañe a que las medidas de reinserción suelen aplicarse a las personas condenadas y sujetas posteriormente a libertad condicional, sin hacer referencia específica a las que han sido condenadas por delitos de corrupción. Los Estados partes podrían optar por examinar la posibilidad de implantar formas específicas de asistencia que puedan resultar necesarias para la reinserción de esas personas, debido al estigma que acompaña a una condena por un delito tipificado con arreglo a la Convención. Por ejemplo, el tribunal supremo de un país ha dictado reglamentos orientados a vigilar la ejecución de sanciones que afecten a personas condenadas por delitos económicos o relacionados con la corrupción. Los tribunales de todas las instancias han establecido sistemas de control destinados a aplicar de forma sistemática e individualizada disposiciones sobre reinserción en la sociedad, y mantienen registros especiales en los que se lleva la información necesaria para vigilar la tramitación y resolución de cuestiones relativas a los autores de delitos de esa naturaleza. Según los examinadores de otro Estado, la opción de la destitución temporal, en lugar de permanente, de los funcionarios públicos condenados por prácticas corruptas sería una medida que podría promover la reinserción en esa esfera, dependiendo de la gravedad del caso, los perjuicios causados y los intereses públicos afectados. Sin embargo, como ya se ha indicado en los párrafos sobre las sanciones, una recomendación de este tipo debe sopesarse con las demandas de sanciones más duras contra los autores de delitos de corrupción y considerarse a la luz de la cultura jurídica y las necesidades concretas del sistema de justicia penal de cada país.

### *Problemas*

Los problemas que surgen con más frecuencia al aplicar el artículo 30 guardan relación con los siguientes aspectos: *a)* la magnitud de las sanciones monetarias y de otra índole, relativas no solo a su eficiencia, proporcionalidad y efecto disuasivo, sino también al aseguramiento de la coherencia interna de los sistemas nacionales relativos a las sanciones aplicables a los delitos relacionados con la corrupción; *b)* el equilibrio entre las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a los funcionarios públicos y la posibilidad de proceder con eficacia a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (se alienta a los Estados partes en especial a que examinen los procedimientos para levantar inmunidades a fin de evitar posibles retrasos, la pérdida de pruebas y cualquier obstáculo que impida la adopción de medidas de investigación antes del levantamiento de las inmunidades); *c)* la adopción de medidas de inhabilitación de las personas condenadas para ejercer cargos públicos incluso en empresas de propiedad total

o parcial del Estado; *d*) el ejercicio apropiado de las facultades discrecionales de enjuiciamiento; y *e*) la adopción de procedimientos claros para la destitución, suspensión o reasignación de los acusados.

## **B. Embargo preventivo, incautación y decomiso (artículo 31)**

El artículo 31 de la Convención contiene disposiciones importantes (concebidas en paralelo con los artículos 23 y 40, y con las disposiciones del capítulo V) para prevenir que los delinquentes se beneficien de sus delitos y eliminar el incentivo para realizar prácticas corruptas. Durante los exámenes, se observaron algunos problemas comunes de aplicación y es preciso esforzarse más para lograr un grado de uniformidad equivalente al que existe con respecto a la legislación nacional contra el blanqueo de dinero, pero es evidente la tendencia hacia la convergencia legislativa y la mejora de las medidas aplicables de conformidad con las normas de la Convención. A ese respecto, muchos países se han beneficiado de la vigilancia continua de los mecanismos internacionales de evaluación, por ejemplo, los administrados por la Unión Europea, la OCDE, el Consejo de Europa y el Grupo de Acción Financiera, incluidos organismos regionales similares. Si bien corresponde a los Estados partes determinar la forma de que su legislación cumpla lo dispuesto en la Convención y no es de por sí objetable el hecho de utilizar para ello diversas leyes, como lo confirma el párrafo 10 del artículo 31, se indica la necesidad de que los marcos legislativos sobre el decomiso, la incautación y el embargo preventivo de activos de origen ilícito e instrumentos relacionados con el delito sean claros y coherentes. Una legislación compleja y fragmentada (por ejemplo, con distintas disposiciones que rigen el decomiso en función del delito del que se derive el producto, o con distintas definiciones de bienes dispersas entre las leyes pertinentes) puede impedir la aplicación eficaz de las medidas nacionales contra la corrupción.

### *Decomiso del producto del delito*

Casi todos los Estados partes prevén en principio el decomiso del producto (o una estimación de ese producto) derivado de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, entendiéndose por “decomiso”, de conformidad con el artículo 2, apartado *g*), la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente. Al menos siete jurisdicciones se desvían considerablemente de esa norma, lo que indica la necesidad de proceder a una revisión completa del marco legislativo correspondiente. En los primeros seis casos, aparte de los delitos relacionados con el blanqueo de dinero, solo quedan abarcados los instrumentos (por ejemplo, el soborno en sí), o el decomiso se prevé únicamente con respecto al producto y los instrumentos de un número limitado de delitos (por ejemplo, el soborno, el enriquecimiento ilícito o, en la mayoría de los casos, el blanqueo de dinero), en ocasiones con la limitación adicional de que no todos los delitos de corrupción están incluidos como delitos determinantes. En el séptimo caso, asimismo aparte del blanqueo de dinero, el decomiso no afecta directamente al producto, sino que se concibe como una sanción que incluye la totalidad o parte de los bienes que constituyen el patrimonio de la persona declarada culpable, después de tener en cuenta los posibles derechos de su cónyuge, sus copropietarios o sus coherederos. Es decir, el Estado parte en cuestión aplica al parecer una sanción de “decomiso total” de los bienes del condenado sin exigir un nexo entre los activos decomisados y un delito, práctica que ha creado problemas de compatibilidad con principios jurídicos fundamentales (sobre la precisión y previsibilidad de las disposiciones penales) en otros países donde ha sido utilizada.

Con la excepción de esos siete países, los Estados partes han establecido habitualmente disposiciones generales sobre el decomiso (por ejemplo, en el código penal o, en ocasiones, incluso en la propia constitución) aplicables a la mayoría de los delitos tipificados en la legislación nacional y, a menudo, también disposiciones especiales para delitos concretos (por ejemplo, el soborno, con respecto al beneficio indebido o a su valor, o el blanqueo de dinero). Si bien, como norma general, se dispone el decomiso como sanción penal —o medida de seguridad— adicional en el contexto de procesos penales, algunos Estados han optado por un régimen principalmente civil (incluso aunque sea operativo durante el juicio penal), aprovechando los requisitos de prueba menos estrictos que son necesarios en tales casos. En dos casos, los examinadores manifestaron objeciones al establecimiento del decomiso como una pena arbitraria en el código penal de los Estados interesados y recomendaron que se eliminara el elemento permisivo de las disposiciones pertinentes. En otros exámenes, sin embargo, los examinadores no se opusieron a que los tribunales nacionales conservaran cierto margen de apreciación en cuanto a la aplicación de dicha pena, ya que la propia Convención exigía únicamente que los Estados partes adoptaran, en la medida en que lo permitiera su ordenamiento jurídico interno, las medidas que fueran necesarias para autorizar el decomiso por parte de las autoridades competentes. El principio de la prevalencia del derecho interno, que figura en el párrafo 10 del artículo 31, también debe tenerse en cuenta en ese contexto.

Los Estados partes deben velar por que todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención estén abarcados por las disposiciones nacionales. Así suele ocurrir, incluso cuando los países tienen normas generales que se refieren a delitos graves. En cambio, en unas 12 jurisdicciones, algunos delitos relacionados con la corrupción, como el soborno en el sector privado o ciertos delitos leves o de gravedad media, punibles con sanciones por debajo de un determinado límite, no están comprendidos en el ámbito de las leyes sobre decomiso, aunque en algunos de esos casos se estaba preparando legislación para dar una aplicación más amplia al artículo 31. En al menos otros tres casos se expresaron preocupaciones sobre el texto de la ley, que excluye al parecer los bienes obtenidos por medios delictivos pero transferidos a terceros, por lo que se observó que las medidas de decomiso tenían que aplicarse de forma más coherente en los casos penales con independencia de la titularidad de los bienes de que se tratara. Por último, en un Estado se observó con preocupación que la admisión de culpabilidad por parte del delincuente daba lugar a la restitución de todos los bienes incautados, obstruyendo de hecho cualquier otra investigación sobre el caso, incluido el decomiso del producto del delito cometido.

### *Decomiso basado en el valor*

Se utilizan dos sistemas básicos para abarcar el producto del delito, uno basado en los bienes y otro basado en el valor<sup>59</sup>. En la mayoría de los Estados, la ley prevé un modelo basado en el valor o combinado, por el que se pueden decomisar bienes cuyo valor corresponda al del producto del delito, frecuentemente en forma de órdenes pecuniarias o multas impuestas por el tribunal y que obligan a la persona a pagar una suma equivalente a la de sus beneficios ilícitos. La aplicación del decomiso basado en los bienes o basado en el valor suele quedar a discreción del tribunal, siendo normalmente el decomiso basado en los bienes la opción principal a su disposición. En muchos casos, la ley especifica que el decomiso basado en el valor solo se aplica si el decomiso del producto real de un delito a favor del Estado no resulta posible o no es razonable por algún motivo que sea válido en el momento en que se adopte la decisión, por

<sup>59</sup>Véanse el artículo 31, párrafo 1 a) (“del producto de delitos [...] o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”); *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párrs. 398 y 399; y *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 31, secc. III.

ejemplo, cuando el soborno se haya utilizado o haya salido del país, o cuando los bienes hayan desaparecido o sido expropiados. No obstante, también hay jurisdicciones en que el sistema nacional hace más hincapié desde el comienzo en la privación del enriquecimiento basado en el valor que se logra mediante actos ilegales.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La legislación de un Estado parte dispone que se puede proceder al decomiso basado en el valor en relación tanto con un instrumento de un delito como de los bienes producto de ese delito. Si el instrumento o los bienes se han ocultado o no se puede acceder a ellos por otro motivo, se podrá ordenar un decomiso total o parcial del valor en el caso del delincuente, un participante o una persona en cuyo nombre y con cuyo consentimiento se ha cometido el delito. Además, se podrá ordenar el decomiso basado en el valor en el caso de una persona a la que se ha transmitido un instrumento o los bienes. Sin embargo, el decomiso basado en el valor no se permite si se demuestra que el instrumento o los bienes probablemente se han destruido o consumido.

La cantidad que debe ser decomisada o pagada por la persona interesada suele determinarse en los procesos sobre la base de normas probatorias generales. Al determinar el valor del producto de delitos cometidos por dos o más personas, el tribunal puede ordenar que esas personas sean responsables solidariamente de la obligación de pago, o de una parte específica que el tribunal determine. En al menos un Estado, el alcance de las ganancias decomisadas se mide en función del denominado “principio de ganancia neta”, lo que significa que los gastos realizados para adquirir el producto se deducen del valor. Sin embargo, los examinadores consideraron que esto no está plenamente en conformidad con la Convención y recomendaron que el Estado cambiara a un sistema que denegara esas deducciones.

En un número considerable de países no parece preverse el decomiso de bienes cuyo valor corresponde al producto de delitos relacionados con la corrupción, o se prevé solo en relación con determinados delitos (especialmente el blanqueo de dinero). En algunos de esos casos, la legislación nacional se basa en el principio del decomiso del objeto y no reconoce el decomiso basado en el valor. Por consiguiente, si los bienes de que se trate han sido utilizados o no pueden localizarse, no existe un remedio inmediato. Al mismo tiempo, como se señala más adelante, surgen dificultades con respecto al producto indirecto y al producto que se ha entremezclado con activos lícitos o transferido a terceros de buena fe. Así pues, se formularon recomendaciones para subsanar ese problema. En algunos de esos casos se estaba revisando la situación y se preparaban leyes que preveían la opción de embargar preventivamente, incautar y decomisar bienes de valor equivalente. En otro caso se indicó que, si bien la legislación no disponía nada respecto de la facultad de decomisar activos cuyo valor correspondiera al del producto del delito, salvo en casos de soborno, ese aspecto no había planteado problemas en la práctica; no obstante, se recomendó que se estudiase la posibilidad de incluir esa opción, específicamente el decomiso basado en el valor, en el marco de las modificaciones legislativas en curso.

#### *Decomiso de los instrumentos*

El artículo 31, párrafo 1 *b*), amplía la obligación de decomisar a los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Su objetivo es privar a los delincuentes de los bienes utilizados para

realizar un acto de corrupción, así como para impedir que los objetos o medios de carácter peligroso (por ejemplo, programas informáticos utilizados para desviar fondos, armas utilizadas para obstruir las investigaciones o planes empresariales establecidos para transferir beneficios ilícitos) se utilicen con fines corruptos, por lo que tiene un carácter punitivo y de protección<sup>60</sup>.

En la mayoría de los Estados partes existen medidas para permitir el decomiso de los instrumentos de delitos de corrupción; sin embargo, algunos Estados no prevén esa posibilidad, o dejan margen para la duda a ese respecto, lo que dio lugar a la formulación de las recomendaciones correspondientes. Se considera que el decomiso de instrumentos solo como medida precautoria, en los casos en que entrañan un peligro para la seguridad de las personas, la moral o el orden público, y la exclusión de los instrumentos de origen lícito no cumplen los requisitos de la Convención. Asimismo, en más de 20 Estados solo se incluyen los instrumentos y medios utilizados por la persona declarada culpable para cometer un delito, y no los instrumentos destinados a utilizarse en delitos de corrupción o instrumentos distintos al dinero en efectivo. En uno de esos casos, si bien la legislación vigente no prohíbe la aplicación a los instrumentos destinados a utilizarse en delitos de corrupción, no se ha aplicado en esa circunstancia concreta. Por lo tanto, se recomendó que, si la judicatura no interpretaba la ley en ese sentido en casos futuros, se estudiase la posibilidad de una aclaración mediante una reforma de la legislación.

#### *Decomiso ampliado*

El paradigma clásico del decomiso es el de una sanción penal impuesta después de la condena de una persona por un delito y dirigida contra los bienes adquiridos directa o indirectamente de ese delito concreto. Si bien esta fórmula jurídica sigue siendo, de lejos, la que predomina para dar lugar al decomiso, algunos Estados, especialmente del Grupo de los Estados de Europa Oriental, otorgan a los tribunales de lo penal, como ya se ha visto en el capítulo I, sección B, subsección 4, la facultad adicional de decomisar la totalidad o parte del patrimonio perteneciente al delincuente en el momento de pronunciar el fallo y que se presuma, con buen fundamento, derivado de su actividad delictiva, si no se considera insignificante. Es decir, el tribunal tiene que estar seguro, sobre la base de las circunstancias del caso y las pruebas disponibles, de que los activos son producto del delito, pero no necesita determinar que son el producto del delito concreto por el que fue condenado el acusado. En esos casos, el delincuente está obligado a demostrar la legitimidad de la adquisición de los bienes.

El decomiso ampliado, que se aplica especialmente a los activos obtenidos en la proximidad temporal al acto delictivo (por ejemplo, durante los 5 años anteriores a su comisión), puede ordenarse también contra un familiar, un pariente cercano, un fideicomisario o un administrador judicial en caso de quiebra del delincuente, o cualquier otra persona natural o jurídica vinculada al delincuente, si existen motivos para creer que los bienes han sido transmitidos a esa persona para impedir el decomiso o la responsabilidad. Como ocurre en el caso de las medidas de decomiso en general, en algunos Estados partes esa facultad se ejerce en un proceso civil, incoado después de que el fiscal haya presentado una solicitud o una querrela. La utilización de esas facultades ampliadas de decomiso, con independencia de que se ejerzan en un proceso penal o civil, se considera una buena práctica. Así pues, en los casos en que el ámbito de aplicación de las disposiciones pertinentes es limitado (por ejemplo, el blanqueo de dinero y la delincuencia organizada), se recomendó estudiar la posibilidad de ampliarlo para incluir todos los delitos relacionados con la corrupción.

<sup>60</sup>Véase la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 31, secc. II.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado, si un tribunal declara a una persona culpable de un delito y le impone una condena de más de 3 años, puede hacer extensivo el decomiso a todos los activos no justificados que pertenezcan al infractor, a menos que este demuestre el origen lícito de los bienes.

Otra jurisdicción ha establecido mecanismos amplios de decomiso, incluida la posibilidad de invocar, a discreción del fiscal, una presunción jurídica contra infractores con un “estilo de vida delictivo” que poseen un patrimonio no justificado cuando sea imposible demostrar todos los delitos que han cometido durante muchos años. Con arreglo a esa presunción, al ser declarados culpables de un delito especialmente grave, todos los activos y bienes adquiridos durante los 7 años anteriores se consideran productos del delito y quedan sujetos a decomiso (civil) si el acusado no puede demostrar su origen lícito.

### *Decomiso sin que medie una condena*

Muchos Estados partes han establecido, en paralelo, procesos no basados en una sentencia condenatoria siempre que un tribunal tenga la certeza de que se ha cometido un delito grave con anterioridad y que los bienes en cuestión son producto o instrumento de esa actividad. La cuestión ya se ha analizado brevemente en el capítulo I, sección B, subsección 4, en que se observó la creciente aparición en países de todas las regiones de regímenes de decomiso no basado en una condena (también denominado “decomiso *in rem*”, a diferencia del “decomiso *in personam*”, basado en una condena), con especial referencia a las disposiciones dirigidas contra personas que no pueden demostrar la procedencia lícita de sus activos, y que permiten a los países que los utilizan lograr un efecto similar al contemplado por la penalización del enriquecimiento ilícito, sin tomar en cuenta el enjuiciamiento. No obstante, al margen de lo anterior, otro aspecto incluso más importante es que, en muchas jurisdicciones, los regímenes de decomiso sin que medie una condena desempeñan un papel decisivo por sí mismos para decomisar el producto de delitos relacionados con la corrupción, aparte de su aplicación para hacer frente al patrimonio no justificado.

Al igual que las facultades ampliadas de decomiso, se ha destacado como buena práctica el decomiso sin que medie una condena en los países que han introducido y puesto en práctica los regímenes correspondientes, entre los que figuran jurisdicciones de tradición romanista. Reviste gran importancia que en al menos otros cuatro Estados se informara de que se hallaba pendiente de aprobación o se estaba estudiando legislación sobre el patrimonio no justificado o para introducir el decomiso sin que medie una condena, lo que sirve de ejemplo de la considerable dinámica de este método como criterio legislativo innovador. Ciertamente, este mecanismo resulta especialmente útil en casos de corrupción, porque a menudo es difícil reunir pruebas suficientes para lograr una declaración de culpabilidad y sus ventajas probatorias son especialmente importantes en los países, mayoritariamente del *common law*, que tienen diferentes normas probatorias para asuntos penales y civiles. De todos modos, cabe mencionar que, a pesar de todas sus ventajas, los regímenes de decomiso de activos sin que medie una condena no constituyen necesariamente una alternativa más sencilla del enjuiciamiento penal y que realizar investigaciones y litigios sin que medie una condena exige una inversión considerable en recursos y la capacitación de investigadores, abogados y jueces en nuevas competencias.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte, el parlamento ha aprobado recientemente legislación por la que se introducen disposiciones sobre el patrimonio no justificado dirigidas contra el patrimonio si una persona no puede demostrar que lo ha adquirido lícitamente. En virtud de esas disposiciones, cuando al tribunal le conste que un funcionario autorizado tiene motivos razonables para sospechar que el patrimonio total de una persona es superior al valor total del patrimonio que esta haya adquirido de forma lícita, puede obligarla a comparecer y demostrar, con arreglo a un cálculo de probabilidades, que su patrimonio no es el producto de determinados delitos. Si no lo puede demostrar, el tribunal puede ordenarle que pague la diferencia entre su patrimonio y el patrimonio “legítimo”.

En una versión conexas más limitada del proceso sin que medie una condena se autoriza el decomiso cuando el procedimiento penal no puede desarrollarse (o ha comenzado pero se ha suspendido) por una serie de razones especificadas en la legislación, por ejemplo, porque el infractor carecía de capacidad penal o estaba exento de responsabilidad penal; porque había fallecido, se había fugado, había contraído un trastorno mental duradero o sufrido otra enfermedad grave; porque se concedió un indulto; o porque el proceso penal se interrumpió debido a la prescripción. Igualmente, una empresa puede ser objeto de una orden de decomiso, aunque no se pueda determinar quién es la persona que ha cometido el delito o no se la pueda declarar culpable por alguna otra razón. En las situaciones descritas, un tribunal penal o un consejo judicial que haya intervenido en la investigación penal puede imponer el decomiso sin que medie condena en el momento en que se ponga de manifiesto la razón para suspender el proceso. No obstante, algunos Estados tramitan todas las eventualidades citadas con arreglo al mismo régimen de decomiso sin que medie una condena en el contexto de procedimientos civiles. Esos dos métodos, que en ocasiones también fueron calificados como buenas prácticas por los examinadores, están en consonancia con los requisitos de la Convención, que instan a los Estados partes a que consideren la opción, en el marco de la asistencia judicial recíproca, de permitir el decomiso de los 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 (artículo 54, párrafo 1 c)<sup>61</sup>.

### *Identificación, localización, embargo preventivo e incautación*

De conformidad con el artículo 31, se exige a los Estados partes que establezcan un régimen sólido de decomiso que incluya, como se estipula en el párrafo 2, las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación del producto y los instrumentos con miras a su eventual decomiso.

En primer lugar, por lo que se refiere a las medidas para identificar y localizar bienes, si bien es cierto que algunos Estados partes dijeron que no existían normas detalladas o no facilitaron información al respecto, otros indicaron una amplia gama de instrumentos de reunión de información, que incluían, en algunos casos, facultades especiales de investigación para localizar los beneficios de delitos de corrupción. Entre esos instrumentos figuran los siguientes: a) órdenes por las que se requiere a cualquier persona que presente una declaración obligatoria en la que enumere todos los bienes muebles o inmuebles que le pertenezcan a ella o

<sup>61</sup> Con respecto a la aplicación de esta disposición y, en líneas más generales, a la cuestión de promulgar y aplicar un régimen de decomiso de activos sin que medie una condena, véase Theodore S. Greenberg y otros, *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, serie Stolen Asset Recovery (StAR) (Washington, D. C., Banco Mundial, 2009).

a su familia, o estén en su posesión; *b*) órdenes por las que se requiere a cualquier persona que comparezca en un examen y responda a preguntas sobre la naturaleza y la localización de determinados bienes y sobre toda actividad que pueda demostrar que ella (u otra persona) ha realizado una actividad ilícita; *c*) órdenes por las que se requiere a una persona, empresa o institución presentar los documentos de cualquier tipo que sean pertinentes para identificar, localizar o cuantificar determinados bienes, o que sean necesarios para la transferencia de esos bienes; *d*) notificaciones a las instituciones financieras exigiéndoles que confirmen la existencia de cuentas de cualquier tipo, tarjetas de pago o cajas fuertes, y el saldo, las personas autorizadas a firmar y las transacciones recientes; *e*) órdenes de vigilancia por las que se exige a una institución financiera que suministre información sobre las transacciones realizadas durante un período específico mediante una cuenta de una persona determinada en la institución o efectuadas mediante una tarjeta de pago expedida por una institución financiera a una persona concreta; *f*) mandamientos de registro de locales o vehículos e incautación de bienes de origen sospechoso; y *g*) otras técnicas “tradicionales” de investigación, como los métodos de vigilancia encubierta. Por lo general, se alentó a los Estados partes a reforzar las medidas disponibles y estudiar la posibilidad de crear y otorgar a las autoridades competentes encargadas de hacer cumplir la ley las facultades necesarias para tener acceso a bases de datos que contengan información importante para la identificación de derechos de propiedad sujetos a embargo preventivo y decomiso (por ejemplo, registros inmobiliarios, de propiedad y de sociedades, entre otros)<sup>62</sup>.

#### Logros y buenas prácticas

Dos Estados vecinos introdujeron recientemente la posibilidad de llevar a cabo investigaciones financieras especiales para verificar la legalidad del origen de los bienes de personas implicadas en delitos cuando existen motivos razonables para sospechar que poseen considerables activos derivados de esos delitos. Un fiscal se encarga de realizar la investigación financiera y reúne pruebas sobre los ingresos y bienes del acusado, sus sucesores legales y cualquier persona a la que el acusado haya transferido sus bienes.

Igualmente, en otro Estado, además de las medidas normales que pueden adoptarse durante una investigación penal, se puede poner en marcha una investigación financiera penal especial cuando la investigación preliminar de un delito haya demostrado la probabilidad de que existan beneficios o ventajas obtenidos ilícitamente por encima de un determinado límite. El régimen pertinente consiste en facultades ampliadas para obtener documentos u otra información, o para incautar bienes o activos, y sirve de base para que continúen las investigaciones de los aspectos financieros de delitos penales una vez finalizadas las relativas a los delitos de fondo. Lo más importante es que, en ese Estado, el decomiso basado en el valor tiene lugar mediante un proceso por separado, que puede celebrarse en un plazo de 2 años después de una condena, lo que da tiempo para realizar una investigación detallada sobre el producto del delito, las cantidades y las fuentes.

Normalmente, las dependencias nacionales de inteligencia financiera también cuentan con facultades para acceder a cuentas financieras y datos bancarios en virtud de la legislación y el régimen de lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Asimismo, esos procedimientos se llevan a cabo en ocasiones no solo por los conductos habituales del

<sup>62</sup>Véase la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 31, secc. V.



ministerio público y los órganos de aplicación de la ley, sino también a través de autoridades especializadas (como las oficinas de recuperación de activos), lo que contribuye de forma considerable a su eficacia práctica.

### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte se ha creado una comisión para identificar bienes adquiridos mediante actividades delictivas. La comisión es una autoridad estatal especializada encargada de inspeccionar los bienes de valor considerable de personas contra las que se ha incoado un enjuiciamiento penal en relación con determinados delitos. Tras recibir información de las autoridades prejudiciales y los tribunales, los órganos territoriales de la comisión consultan a los miembros de esta y, en función de las pruebas aportadas, se adopta una decisión sobre si se debe iniciar un procedimiento jurídico a fin de determinar si los bienes de valor considerable se adquirieron por medio de actividades delictivas. El reglamento de la comisión es aplicable con fines de identificar activos ilícitos en el propio país y en el extranjero. Si se dispone de pruebas suficientes, la comisión solicita al tribunal que imponga un mandamiento judicial. Una vez que sea firme el mandamiento y en función de las pruebas reunidas, la comisión podrá adoptar la decisión de presentar al tribunal una solicitud motivada para el decomiso a favor del Estado de los bienes adquiridos mediante actividades delictivas. El procedimiento relativo al mandamiento judicial y el decomiso del producto del delito se realiza de conformidad con lo dispuesto por el código de procedimiento civil. Se han dictado instrucciones concretas en las que se estipula el mandamiento y la forma de la cooperación a fin de aplicar correctamente la ley y lograr el máximo grado de cooperación posible entre la comisión y las demás autoridades competentes (la fiscalía, el ministerio del interior y el ministerio de finanzas).

Muchos más Estados han informado sobre la existencia de mecanismos para embargar preventivamente, inmovilizar e incautar con carácter provisional bienes susceptibles de decomiso antes de que se dicte una orden definitiva. En la mayoría de los casos, esto se refiere a la incautación directa por los funcionarios investigadores de objetos que puedan estar sujetos a decomiso o que puedan servir de prueba para la declaración de culpabilidad o la absolución de la persona investigada. También se refiere a órdenes provisionales de embargo preventivo e inmovilización, o a órdenes de embargo de bienes, dictadas sin conocimiento previo de la parte afectada por un tribunal que ejerce el control judicial de la investigación preliminar siguiendo una solicitud de la autoridad investigadora (incluida la dependencia de inteligencia financiera), que impiden, de conformidad con el artículo 2, apartado *f*), que se enajenen o trasladen bienes (excepto de una manera especificada o en circunstancias concretas) antes de que se dicte una orden de decomiso. El tribunal podrá ordenar, entre otras cosas, prohibir la ejecución de determinadas escrituras y contratos y su inscripción en diversos registros, retener depósitos de cualquier naturaleza en bancos o instituciones financieras, o prevenir transacciones de acciones y bonos. Normalmente, esas medidas pueden levantarse en determinadas condiciones a solicitud del fiscal o las personas afectadas antes de que termine el proceso penal.

### Logros y buenas prácticas

Según la ley especial de lucha contra la corrupción de un país, que fue elogiada por los examinadores, a solicitud del ministerio público, el juez de control en una investigación puede asegurar bienes hasta por el doble de la cantidad del daño causado estimado.

Pese a la importancia de esas medidas, en aproximadamente 12 países no existían medidas que permitieran el embargo preventivo o la incautación del producto o los instrumentos del delito con fines de su eventual decomiso (por ejemplo, las medidas no prevenían la incautación del producto del delito en todas sus formas, como los ingresos representados por derechos o activos intangibles), o las medidas vigentes no parecían incluir el producto del acto delictivo en todos los delitos relacionados con la corrupción. En otro caso, los examinadores expresaron reservas acerca de que la regulación de las incautaciones y el embargo preventivo de bienes pudieran lograrse (con la excepción del blanqueo de dinero) solo por referencia al código de procedimiento civil y recomendaron que se abordara la cuestión de manera uniforme a fin de evitar su fragmentación debido a los distintos fundamentos legislativos y de limitar los posibles problemas de interpretación.

Asimismo, se otorga especial importancia a la eficacia y rapidez de los procedimientos aplicables. Por ejemplo, en un caso, habida cuenta de los posibles retrasos que pudieran producirse para obtener mandamientos judiciales, se recomendó que el Estado parte objeto de examen considerase la posibilidad de hacer menos rigurosos los requisitos oficiales para obtener la autorización del embargo preventivo de cuentas financieras en el contexto de investigaciones internas de casos de corrupción, teniendo en cuenta el enfoque global de la legislación nacional relativa a la autoridad competente para otorgar la autorización. En otra jurisdicción se informó de que la incautación de bienes que no fueran cuentas bancarias resultaba difícil en la práctica debido al alto grado de certeza de las pruebas exigidas (que significaba prácticamente establecer indicios racionales de criminalidad, lo que era difícil lograr en la fase inicial de las investigaciones). Por último, en un Estado se recomendó que se ampliaran los plazos estrictos que regulaban las órdenes de incautación y embargo preventivo, de 3 meses durante el proceso sumarial y 6 meses durante el juicio (con posibilidad de ampliación) a 1 y 2 años, respectivamente, habida cuenta de la complejidad de las actuaciones relacionadas con la corrupción.

Aparte de estos procedimientos “ordinarios” de embargo preventivo o inmovilización, en varios casos se pueden adoptar medidas cautelares, que pueden consistir en órdenes de embargo preventivo urgente a corto plazo, dictadas *ex parte* sin mandamiento judicial, por las que se impide que una institución financiera tramite retiradas de una cuenta concreta o se limita el traslado o la enajenación de otros bienes que constituyen el objeto de una transacción sospechosa durante un período determinado (de 24 horas a 60 días en ciertas condiciones), a fin de evitar que los delincuentes disipen los fondos. Esas órdenes de embargo preventivo a corto plazo pueden dictarlas los fiscales, los magistrados a instancia de determinados funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o las dependencias nacionales de inteligencia financiera que reciban informes sobre operaciones sospechosas en casos de blanqueo de dinero (órdenes administrativas de embargo preventivo). Se conviene en general que esas facultades administrativas para embargar temporalmente operaciones basadas en actividades sospechosas son útiles y que las medidas apropiadas que adopten los Estados partes se acogen con satisfacción y deben alentarse en los casos en que abarquen los delitos relacionados con la corrupción<sup>63</sup>. En un caso, el banco central también puede embargar de

<sup>63</sup>Véase en *ibíd.* más información sobre los sistemas de embargo preventivo administrativo y automático.

forma preventiva una cuenta sin previo aviso durante 30 días, que se pueden prorrogar otros 30 días y más, con sujeción a un mandamiento judicial. Por último, en un Estado, las instituciones financieras nacionales que detecten una transacción sospechosa y la denuncien a la dependencia de inteligencia financiera tienen que embargar de forma preventiva los fondos de que se trate, por iniciativa propia, durante un máximo de 5 días. La decisión de prorrogar el embargo preventivo la adoptan las autoridades penales y no la dependencia de inteligencia financiera.

### *Administración de bienes*

Gran número de Estados partes tenían problemas con la administración de los bienes embargados preventivamente, incautados y decomisados. En unos pocos casos no se había adoptado ninguna medida en absoluto para aplicar el párrafo 3 del artículo 31, y algunos Estados partes no proporcionaron información sobre el tema objeto de examen. Aparte de esos casos, se observó una amplia diversidad de políticas, desde las más básicas (por ejemplo, reglamentos sobre el depósito de dinero, valores, oro o piedras preciosas en una entidad bancaria, la introducción de notificaciones sobre el decomiso de bienes raíces en los registros pertinentes de la propiedad inmobiliaria, o la venta, donación o enajenación de objetos incautados consistentes en materiales percederos peligrosos o sujetos a devaluación rápida o elevado mantenimiento, en su mayor parte por funcionarios policiales), hasta soluciones a la medida según la naturaleza de los bienes en cuestión<sup>64</sup>.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado parte, la ley otorga al juez competente la discreción de dictar mandamientos sobre la administración de los bienes incautados, que incluyen: proporcionar de los bienes las sumas que puedan ser necesarias razonablemente para el mantenimiento del propietario y su familia, y para los gastos relacionados con la defensa del solicitante, cuando se hayan incoado actuaciones penales; salvaguardar, en la medida de lo posible, los intereses de cualquier empresa afectada por la incautación y, en particular, los intereses de los socios de esas empresas; y nombrar a un administrador para que gestione los bienes con arreglo a las instrucciones del juez competente. Asimismo, la ley de lucha contra el blanqueo de dinero autoriza al tribunal a nombrar a cualquier organismo encargado de hacer cumplir la ley gerente o custodio de los bienes embargados preventivamente, incautados o decomisados.

La mayoría de los exámenes se centran en la administración de los activos incautados y embargados preventivamente, que plantea grandes dificultades a los Estados partes que la aplican. Se otorga especial importancia a la elaboración de reglas claras y completas que velen por la seguridad y la conservación rentable de los bienes de que se trate, y aborden todo tipo de situaciones y activos, por muy complejos o sustanciales que sean. A ese respecto, muchas recomendaciones están destinadas a mejorar las capacidades de gestión de los Estados partes afectados. Por ejemplo, en el caso de un Estado parte se formuló la recomendación de ampliar la capacidad de las diferentes instituciones públicas designadas para recibir bienes incautados y manejar activos complejos que exigen amplias medidas administrativas, por ejemplo, empresas, cuando ya se han incautado esos activos. Igualmente, en

<sup>64</sup>Se puede obtener más información en “Report of the international expert group meeting on effective management and disposal of seized or frozen and confiscated assets held in Vienna from 7-9 September 2015” (CAC/COSP/2015/CRP.6).

otro Estado se informó de que la incautación de cualquier activo sustancial, como una casa, plantearía un grave problema para la capacidad de gestión de los organismos encargados de hacer cumplir la ley; por consiguiente, raras veces se practican grandes incautaciones. En un número considerable de exámenes se recomendó que se estudiase la posibilidad de reforzar las medidas de gestión de los bienes incautados, embargados preventivamente y decomisados (por ejemplo, impartiendo capacitación a los funcionarios responsables), con objeto de regular de forma más metódica el proceso y no limitarlo, por ejemplo, a los objetos incautados o los casos en que los bienes son perecederos o su valor puede depreciarse rápidamente. A este respecto, conviene mencionar que, en un gran número de países de ordenamientos jurídicos tanto de tradición romanista como de *common law*, las decisiones sobre la administración y la gestión de los activos incautados se adoptan por mandamiento u orden judicial caso por caso.

Los exámenes de los países fueron en general positivos en relación con los sistemas que prevén la posibilidad de confiar los bienes según cada caso, por ejemplo, si existe el riesgo de depreciación o deterioro, a una persona capacitada (por ejemplo, un custodio, un *curator bonis*, un administrador judicial, un gestor de activos o un administrador) o a una entidad (por ejemplo, la autoridad fiscal, una oficina del ministerio público o una oficina del ministerio de finanzas) autorizada para evaluar el valor, ocuparse de los bienes y administrarlos, y realizar cualquier acto necesario para ese fin. Una solución de ese tipo puede suponer la externalización de algunas tareas administrativas a empresas privadas, si encaja mejor con el sistema del país en cuestión. Igualmente, no debe excluirse que los bienes sometidos a embargo queden depositados con su propietario o usuario, uno de sus familiares o las instituciones financieras donde ya se encuentren dichos bienes, si ello es más adecuado a los efectos de preservar el activo de que se trate.

#### **Logros y buenas prácticas**

En un Estado parte se consideró una buena práctica que el sospechoso pudiera recuperar un activo incautado a cambio del pago de una suma de dinero. Este enfoque exonera a las autoridades nacionales de la carga que supone gestionar y mantener los bienes incautados.

Aparte de eso, los examinadores con frecuencia valoraron positivamente los servicios centralizados (oficinas de gestión de activos), que pueden ocuparse de todas las situaciones pertinentes. En algunos países donde en el momento del examen se estaba estudiando la posibilidad de establecer organismos centralizados para administrar los activos incautados, que sustituirían a las autoridades locales o a los numerosos organismos diferentes encargados de ese cometido, se acogió favorablemente ese avance. De modo similar, se alentó en general a los Estados partes objeto de examen a que siguieran procediendo a la creación de esos órganos especializados y consolidaran la gestión de activos incautados. En algunos Estados, las propias autoridades expresaron su interés por conocer las experiencias de otros países sobre esta cuestión. De hecho, se observó que las autoridades locales, como los departamentos de policía, pueden encontrar dificultades al tratar de determinar las medidas o condiciones apropiadas para preservar y administrar los activos incautados. No obstante, cuando se plantean dichas preocupaciones, cabe considerar la posibilidad de adoptar soluciones acertadas desde el punto de vista financiero, ya que la gestión de bienes embargados preventivamente (tanto en sistemas descentralizados como centralizados) puede ser costosa en sí misma y el funcionamiento de un sistema ineficaz puede anular los beneficios derivados de un eventual

decomiso de tales activos<sup>65</sup>. Por lo tanto, debe quedar claro que las oficinas de gestión de activos requieren para su funcionamiento la garantía del apoyo presupuestario para llevar a cabo sus funciones plenamente.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se ha establecido recientemente una institución específica para gestionar los activos, tanto incautados como decomisados, y especialmente los activos complejos que requieren una gestión eficaz (sociedades, empresas, embarcaciones, edificios, animales, etc.). Es interesante señalar que sus operaciones se autofinancian de la venta de los bienes decomisados. El establecimiento de esa institución se consideró una medida fundamental de los esfuerzos del Estado en cuestión por decomisar los bienes derivados de un acto de corrupción, y se observó que debería informarse a los Estados partes que proyectan modificar su legislación para lograr o mejorar una gestión coherente y eficiente de los activos sobre su *modus operandi*, así como sobre otras medidas innovadoras que pueda adoptar en el futuro.

En otro modelo digno de mención se prevé que los activos incautados se inviertan de manera que la inversión sea segura, no se deprecie y produzca un rendimiento. Las autoridades del país en cuestión no consideraron necesario establecer un organismo especial para la gestión de los activos incautados. La responsabilidad incumbe al ministerio público, que permite al banco donde están depositados los activos que adopte su propia política de inversiones, de común acuerdo con el titular de la cuenta, siempre que el enfoque adoptado sea conservador y, de ser posible, produzca un rendimiento. El interés producido por las cantidades incautadas también debe incautarse y el rendimiento de los activos incautados que sean producto de un delito formará parte de las cantidades que se decomisen, si se procede a ello.

También parece que la situación relativa a la utilización de los activos decomisados está fragmentada porque los Estados partes persiguen objetivos y prioridades diferentes. Con frecuencia, los valores decomisados se depositan en una cuenta del Estado y los bienes decomisados (aparte de los que tienen que ser destruidos por ley) se venden en subasta pública o por otros medios comercialmente rentables, y el producto de la venta se deposita en el tesoro del Estado. A este respecto, se alentó a un Estado parte a que procediese a establecer un fondo fiduciario especial de activos decomisados, en el que se abonaría todo el dinero decomisado y todos los beneficios derivados de las inversiones y ventas realizadas en relación con los bienes decomisados.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte, los examinadores destacaron como buena práctica la utilización de un sistema electrónico de adquisiciones que permite a los ciudadanos pujar y comprar bienes decomisados, lo que da mayor transparencia y ayuda a contrarrestar las prácticas corruptas.

En general, no existen políticas claras sobre la reutilización de los activos decomisados. Sin embargo, en algunos casos, los Estados partes tienen organismos especiales que se ocupan

<sup>65</sup>Véase la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 31, secc. V.

de gestionar los bienes decomisados, que en ocasiones son los mismos que gestionan los bienes incautados o embargados preventivamente, y persiguen objetivos concretos centrados en seguir mejorando sus capacidades de aplicación de la ley o disminuir las consecuencias del delito. Además, varios Estados partes han considerado la posibilidad de establecer un marco que permita utilizar el producto del delito recuperado para financiar las operaciones de los organismos de aplicación de la ley, sobre la base de su distribución equitativa entre todas las instituciones. Por lo tanto, no es enteramente exacta la observación de las autoridades de un Estado parte de que una vez que se decomisan los activos no se plantea la cuestión de su administración, ya que pasan a ser propiedad del Estado. Por ejemplo, en un país, los fondos obtenidos de la venta de activos decomisados, tras deducir los gastos de tasación, almacenaje, preservación y venta de bienes decomisados, se abonan al presupuesto del Estado y se utilizan para financiar proyectos destinados a reforzar la capacidad de las autoridades judiciales y el ministerio público, así como la de las autoridades encargadas de los asuntos internos. En otro Estado, el producto de las subastas públicas de activos decomisados se entrega a las víctimas (incluidas las entidades o los organismos del Estado afectados) como reparación. En caso de que no puedan determinarse víctimas, la ley dispone que los bienes incautados en procesos penales, los bienes decomisados y todos los demás ingresos de procedimientos judiciales pertenecen al poder judicial. En varios países del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, el producto de la enajenación de los bienes y valores, así como el dinero decomisado, se asignan a fondos especiales (por ejemplo, bajo los auspicios del ministerio del interior) a fin de ser utilizados para combatir la delincuencia organizada o en programas de prevención del consumo de drogas y de tratamiento y rehabilitación de personas que consumen drogas. Los Estados partes deberían aplicar dichas políticas siguiendo criterios de transparencia adecuados y proporcionar al público información detallada sobre la forma en que se gestionan y distribuyen los activos. Se da por entendido que esas políticas se aplican también sin perjuicio de las obligaciones de los Estados partes de conformidad con el capítulo V, en particular el artículo 57.

#### Logros y buenas prácticas

En un Estado, los examinadores elogiaron como una buena práctica el funcionamiento de la enajenación de los bienes decomisados como incentivo para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. En el país en cuestión, todos los bienes decomisados y el producto de su venta se distribuyen como sigue: *a)* el 50% para las dependencias gubernamentales cuyos funcionarios o empleados llevan a cabo la investigación y cuyo trabajo hace posible la detención del propietario de los bienes decomisados; *b)* el 25% para la oficina del fiscal general que inicia las acciones que dan lugar al decomiso; y *c)* el 25% para un fondo especial de bienes decomisados.

#### *Categorías de bienes sujetos a embargo preventivo, incautación y decomiso*

Los Estados partes deben cerciorarse de que su noción de “producto del delito” corresponde a la definición que figura en el artículo 2, apartado *e)*, de la Convención e incluye los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito. Además, deben asegurarse de que las medidas internas sobre embargo preventivo, incautación y decomiso se extiendan también a las situaciones en que el origen del producto no sea aparente inmediatamente, es decir, el producto del delito que se haya transformado o convertido en otros bienes (artículo 31, párrafo 4), o se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes

lícitas (artículo 31, párrafo 5), así como a los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito (producto secundario) de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito (artículo 31, párrafo 6).

De hecho, en la mayoría de las jurisdicciones se han adoptado medidas a esos efectos, al menos en relación con el decomiso, bien mediante la utilización de definiciones legales apropiadas de “producto”, bien mediante jurisprudencia que aplica interpretaciones amplias, bien recurriendo al criterio basado en el valor según las características de cada caso. Así pues, por ejemplo, cuando el producto del delito se ha entremezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, en un sistema basado en el valor, las autoridades investigadoras y acusadoras suelen estar en condiciones de decomisar el valor tasado de la proporción ilícita de los activos entremezclados o subastar la parte que representa el producto del delito, y devolver los bienes lícitos a su legítimo propietario. Igualmente, los ingresos u otros beneficios derivados de invertir el producto del delito también suelen estar sujetos a decomiso.

### Ejemplo de la aplicación

Un Estado parte utiliza la siguiente definición de producto:

1. Los bienes son producto de un delito si: *a)* se derivan o realizan en su totalidad, directa o indirectamente, de la comisión del delito; o *b)* se derivan o realizan en parte, directa o indirectamente, de la comisión del delito, tanto si los bienes están situados dentro como fuera del país;
2. Los bienes pasan a ser producto de un delito si: *a)* se derivan o realizan en su totalidad o en parte de una enajenación u otro trato del producto del delito; o *b)* se adquieren en su totalidad o en parte utilizando el producto del delito.

Se constataron lagunas en la legislación de un número importante de países, especialmente del Grupo de los Estados de África y el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, en relación con uno o más de los tipos de bienes citados, especialmente en los países que no cuentan con el decomiso basado en el valor. Se formularon numerosas recomendaciones para que se adoptara una definición clara del concepto de bienes como objeto de procedimientos de decomiso y se velara, con carácter prioritario, por que estuvieran sujetos a las medidas previstas en el artículo 31, párrafo 1, el producto de todos los delitos de corrupción (y no, como en algunos casos, solo del blanqueo de dinero) transformado en otros bienes, el producto entremezclado, y los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto (es decir, los beneficios secundarios).

Igualmente, se observó falta de claridad en muchos casos con respecto a la incautación o el embargo preventivo de bienes transformados, convertidos y, sobre todo, entremezclados, así como de los ingresos y beneficios derivados, ámbito en el que se precisan normas claras y detalladas. Aparte del hecho de que algunos Estados proporcionaron información insuficiente para las finalidades del examen, en algunos casos se estimó necesario formular recomendaciones para que se estableciera no solo que los bienes transformados, convertidos y entremezclados pueden ser incautados, sino también, excepcionalmente, para indicar con exactitud las medidas adoptadas a fin de evitar el embargo preventivo o la incautación de la parte de los bienes adquiridos de fuentes lícitas.

### *Presentación de documentos bancarios, financieros o comerciales*

En el artículo 31, párrafo 7, se establecen los requisitos de derecho procesal necesarios para facilitar la aplicación de las demás disposiciones del artículo 31 (y también del artículo 55, relativo a la cooperación internacional con fines de decomiso). Según el artículo, los Estados partes deberán velar por que los documentos bancarios, financieros (como los de otras empresas de servicios financieros) y comerciales (como los de las transacciones de bienes inmuebles o los de las compañías navieras, los transportistas y los aseguradores) sean objeto de presentación obligatoria, por ejemplo, en respuesta a una orden de presentación, o en caso de registro e incautación o en otros casos similares, para que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley dispongan de esos documentos. En el mismo párrafo se establece el principio de que los Estados no podrán ampararse en el secreto bancario como razón para no aplicar sus disposiciones<sup>66</sup>.

De hecho, casi todos los Estados partes tienen procedimientos por los que se faculta a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar que se presenten o incauten documentos bancarios, financieros y comerciales. Los tribunales, los oficiales judiciales, el ministerio público y, a veces, también otras personas especificadas pueden ordenar la presentación o incautación de documentos (como expedientes con información sobre transacciones financieras, estados de cuentas bancarias y datos informatizados) en el contexto de actuaciones penales por delitos de corrupción o como medida administrativa durante la fase de investigación, ya sea contra personas naturales o jurídicas. Algunos Estados incluso han introducido procedimientos simplificados para ordenar a una institución de crédito que proporcione información o documentos, por ejemplo, permitiendo que la orden pertinente pueda notificarse a la institución de crédito por vía electrónica. No se podrá invocar el secreto bancario y la entrega de información no conlleva ninguna responsabilidad penal, civil o administrativa para las instituciones y los particulares que están normalmente sujetos a esa obligación. Por el contrario, si no se cumple la orden de un juez, se podría acusar a cualquier persona involucrada de un delito (por ejemplo, desacato o denegación de asistencia). Asimismo, también se observó que las dependencias nacionales de inteligencia financiera disfrutaban de amplias facultades para tener acceso a cuentas financieras y documentos bancarios en el marco de las investigaciones sobre blanqueo de dinero y que no se podía invocar el secreto bancario u otros regímenes de secretos protegidos legalmente como razón para negarse a presentar información.

#### **Ejemplos de la aplicación**

De conformidad con la legislación de un Estado, a solicitud de un funcionario policial con mando, la policía tiene derecho a obtener toda la información necesaria para prevenir o investigar un delito, sin perjuicio del secreto empresarial, bancario o de seguros que obliga a los miembros, auditores, directores gerentes, consejeros o empleados de una organización. En particular, para levantar el secreto bancario no se precisa autorización judicial.

Análogamente, en otro país se explicó que no era necesario un mandamiento judicial para acceder a documentación bancaria, financiera o comercial; el fiscal o la autoridad investigadora pueden recabar esos documentos. En la práctica, tal solicitud es respondida en un plazo de 8 a 30 días. En caso de negativa se puede imponer una multa a la institución requerida.

<sup>66</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 421.



Habida cuenta de lo anterior, los niveles de aplicación se consideraron en general satisfactorios y solo se formularon recomendaciones esporádicamente para que los Estados partes considerasen la posibilidad de aplicar de manera menos rigurosa las normas y los requisitos procesales oficiales, sobre todo, como se explica en el capítulo III, sección B, subsección 1, del presente documento, a la luz de los posibles retrasos que puedan surgir con respecto a la obtención de mandamientos judiciales para el levantamiento del secreto bancario. Además, en unos 12 casos se plantearon dudas sobre las disposiciones aplicables y acerca de si la legislación citada abarcaba todos los delitos de corrupción (no solo el blanqueo de dinero) o se había aplicado en la práctica. En dos Estados en los que, en principio, solo se puede recabar información bancaria para investigaciones internas cuando el delito investigado está sancionado con una pena máxima de prisión de al menos 4 años, se alentó a las autoridades nacionales a que promulgaran legislación para aumentar las sanciones máximas por soborno o establecieran que el secreto bancario no se aplicaba a la investigación de delitos de corrupción, a fin de asegurar el pleno cumplimiento de la disposición en cuestión. Por último, a fin de garantizar la eficacia de las investigaciones financieras y de otro tipo, se formularon recomendaciones sobre la simplificación y racionalización de los procedimientos que permiten a las autoridades encargadas de la investigación acceder a registros públicos, financieros o comerciales; la eliminación de retrasos en la práctica (por ejemplo, en relación con la obtención de una orden judicial); y el establecimiento de la obligación de que las instituciones financieras conserven datos y registros durante un período adecuado para efectuar la investigación. A efectos prácticos, algunos Estados partes, generalmente los que siguen la tradición jurídica del *common law*, pueden abordar la cuestión desde el punto de vista administrativo, por ejemplo, mediante una carta del director de la autoridad investigadora en la que se solicite la presentación de documentos bancarios y financieros, al considerarse que esa medida simplifica y acelera en gran medida los procedimientos pertinentes.

#### *Inversión de la carga de la prueba*

Más de una tercera parte de las jurisdicciones objeto de examen no han previsto la inversión de la carga de la prueba del origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes susceptibles de decomiso (tal como se había interpretado la disposición pertinente de la Convención en varios Estados partes), al menos no con respecto a ninguno de los delitos de corrupción. Los Estados partes que rechazan la medida correspondiente (facultativa) suelen considerarla una violación del principio de la presunción de inocencia, establecido a nivel constitucional en muchos países, e incompatible con el criterio restrictivo adoptado por los sistemas nacionales de justicia penal con respecto a cualquier inversión de la carga de la prueba en causas penales. Aunque la medida pertinente no se refiere necesariamente a la etapa previa a que el delincuente sea declarado culpable con arreglo a la ley, sino que se puede aplicar en la etapa subsiguiente de determinación de las sanciones imponibles, se aceptaron en general esos argumentos, dado el amplio margen de discreción de los Estados partes para aplicar o no la disposición en cuestión. Sin embargo, en un caso, así como en varios de los países en que no se ofreció esa justificación, se recomendó que los Estados tal vez desearan estudiar la posibilidad de adoptar las modificaciones legislativas necesarias. En un Estado parte concreto, en el que la propia constitución no solo prohibía el decomiso de activos adquiridos lícitamente, sino que también consagraba la presunción de la adquisición lícita de todo patrimonio, no se planteó ningún problema relacionado con la aplicación.

Por otro lado, existen ejemplos de Estados con regímenes de decomiso penal que aplican presunciones probatorias legales en relación con el origen de activos pertenecientes al acusado y que utilizan normas probatorias más flexibles en los procesos de decomiso en comparación con el nivel de prueba requerido para declarar culpable al acusado, entre los que se cuentan los países mencionados antes, donde se aplican facultades ampliadas de decomiso y se exige al delincuente que invierta las dudas sobre la procedencia de sus activos. Sin embargo, cabe

señalar que, en varios casos, eso abarca únicamente los bienes pertenecientes a personas involucradas en la delincuencia organizada, el blanqueo de dinero o el enriquecimiento ilícito (en paralelo con la presunción refutable de culpa establecida según el artículo 20) o declaradas culpables de haber cometido un delito muy grave que suele generar ingresos considerables. Se consideró, en general, que la reducción de los requisitos de prueba era un logro en los países en cuestión.

### Logros y buenas prácticas

Con arreglo a la ley sobre la recuperación del producto en un Estado parte, la norma probatoria requerida para decidir sobre cualquier cuestión que se plantee de conformidad con esa ley acerca de si una persona se ha beneficiado de un delito o de la cantidad que ha de recuperarse mediante un mandamiento de decomiso será la aplicable en un proceso civil.

Además, la presunción probatoria antes mencionada también es práctica normal en los procesos de decomiso civil basados en la existencia de una condena o cuando no medie una condena, como se indica anteriormente y también en el capítulo I, sección B, subsección 4. En uno de esos casos, el acusado tiene que hacer una declaración por escrito para demostrar el carácter lícito de los bienes y, de no hacer tal declaración, o si esta es incompleta, se presume que los bienes son fruto de una actividad delictiva. Análogamente, en otro Estado, la persona cuyos bienes hayan sido incautados o decomisados puede solicitar que dichos bienes se excluyan de la incautación o el decomiso. La carga de la prueba de demostrar que los bienes fueron adquiridos lícitamente recae en el solicitante.

### *Derechos de terceros de buena fe*

Se han planteado pocos problemas en relación con el párrafo 9 del artículo 31 y los examinadores formularon pocas observaciones. En el contexto del examen a fondo, la cuestión de los derechos de terceros de buena fe parece haber sido una de las disposiciones de la Convención más difícil de examinar, pues los expertos externos debían establecer si un acervo de legislación iba o no en perjuicio de los derechos de terceros. Resulta revelador que, en dos casos, los expertos examinadores observaron que la información proporcionada por las autoridades (sobre las disposiciones nacionales de decomiso) no demostraba una disposición positiva en relación con el principio de la protección de los derechos de terceros de buena fe y, al final, tuvieron que emplear un razonamiento *a contrario* para llegar a la conclusión de que no podían estar sujetos a medidas como el decomiso, la incautación o el embargo preventivo de bienes (o lo estaban solo con carácter excepcional). Únicamente en 12 casos se expresaron preocupaciones reales acerca de si los derechos de terceros de buena fe estaban salvaguardados en la práctica en todos los casos de delitos relacionados con la corrupción (en lugar de únicamente en relación con los delitos de blanqueo de dinero, por ejemplo). Los Estados partes deben velar en particular por que los plazos para la impugnación o la afirmación de los intereses de terceros en procedimientos de decomiso no sean demasiado restrictivos ni vayan en perjuicio del ejercicio de dichos derechos.

En cuanto a medidas nacionales positivas que indiquen el cumplimiento de la disposición en cuestión, existen casos en que la legislación nacional incluye una declaración general de que, en toda decisión sobre decomiso, se tendrán presentes o no se vulnerarán los derechos de terceros de buena fe. Aparte de eso, una panorámica comparativa de la información disponible sobre el tema indica los siguientes ejemplos de aplicación, adoptados en distintos grados por

los Estados partes: *a)* disponer en la legislación pertinente que, cuando un instrumento de un delito u otros bienes pertenecen a un tercero, solo se podrán decomisar si le fueron transmitidos después de la comisión del delito y si el tercero en cuestión sabía o tenía motivos justificados para creer que el objeto o los bienes estaban vinculados a un delito, o si los recibió como regalo o gratuitamente de otro modo; *b)* notificar a los terceros interesados los procesos que puedan afectar a sus derechos de propiedad o dar amplia publicidad a esos procesos; *c)* permitir que los terceros soliciten que sus bienes adquiridos de forma lícita queden excluidos de la incautación o el decomiso, recurran una orden de embargo preventivo o decomiso y presenten una demanda civil para impugnar una orden de decomiso; *d)* si se han decomisado bienes obtenidos lícitamente, permitir que la parte afectada solicite indemnización por el valor de los bienes adquiridos lícitamente; *e)* tener en cuenta posibles reclamaciones de las víctimas o de demandantes por vía civil al determinar el grado de las medidas de decomiso y la enajenación de los bienes decomisados; y *f)* si un acusado o sospechoso muere antes de terminar la investigación o el juicio, ofrecer la posibilidad de que el tribunal continúe el procedimiento civil a fin de asegurar la restitución de los bienes a terceros de buena fe.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado, una ordenanza para prevenir la enajenación u ocultación de bienes obtenidos por medio de determinados delitos dispone que no se puede interponer querrela, enjuiciamiento u otro proceso legal contra un tercero de buena fe por algo que haya hecho o que tuviera intención de hacer de buena fe, de conformidad con esa ordenanza. Se invitó a las autoridades nacionales a que estudiaran la posibilidad de incluir en la legislación nacional una disposición que definiera el concepto de la buena voluntad de terceros en procesos de decomiso.

#### *Eficacia*

Un número relativamente pequeño de Estados proporcionó información, ejemplos de casos y datos estadísticos sobre la aplicación y el valor práctico de la legislación pertinente. En al menos un país, los examinadores señalaron la falta de información sobre el cumplimiento de las disposiciones pertinentes y el hecho de que el volumen de los bienes decomisados parecía bajo en comparación con el número de condenas. Por esos motivos, en cuatro casos se recomendó la creación de una base de datos fiable y centralizada sobre activos decomisados, o al menos que se difundieran y actualizaran periódicamente las estadísticas sobre decomisos. De hecho, la creación de una base de datos nacional de bienes incautados en un Estado se puso de relieve como una buena práctica.

Cabe destacar, no obstante, que a menudo es difícil obtener una cifra exacta de la cantidad total de dinero decomisado en relación con casos de corrupción, ya que los enjuiciamientos pueden realizarse por delitos diferentes, más graves o más fáciles de demostrar, lo que supone que no todos los productos decomisados en casos de corrupción son visibles en las estadísticas. Pese a ello, se observaron algunos logros notables, como casos en que las disposiciones nacionales han facilitado el decomiso de activos en asuntos de delitos de corrupción en el extranjero y la repatriación de esos activos a los países en que se cometió la conducta corrupta. El ejemplo más destacado es el sistema que ha establecido un Estado para la incautación de fondos apropiados indebidamente por personas políticamente expuestas y que se ha traducido en el decomiso y la devolución de grandes cantidades de dinero en los últimos 15 años, lo que se consideró como un logro y una buena práctica no solo en la aplicación de las disposiciones del artículo 31, sino también en la esfera de la asistencia judicial recíproca con fines de recuperación de activos.

### *Problemas*

Los problemas que surgen con más frecuencia al aplicar el artículo 31 guardan relación con: *a)* el decomiso del producto de todos los delitos comprendidos en la Convención, incluido el decomiso basado en el valor; *b)* el alcance del producto, los bienes y los instrumentos a los que se aplican las medidas previstas en el artículo 31, especialmente la forma de proceder con el producto transformado, convertido o entremezclado, así como los ingresos y beneficios derivados de ese producto; *c)* la inexistencia o la falta de idoneidad de las medidas para facilitar el decomiso, en particular para permitir la identificación, la localización y el embargo preventivo de activos, lo que incluye, en algunos casos, la falta de capacidad técnica y humana y el carácter demasiado engorroso de los requisitos oficiales para el embargo preventivo de cuentas financieras; *d)* los problemas para administrar los bienes embargados preventivamente, incautados o decomisados; y *e)* la preocupación en un número considerable de Estados partes sobre la adopción de la medida de aplicación no obligatoria que dispone que el delincuente demuestre el origen lícito del presunto producto del delito. En algunos casos se precisa una revisión completa para mejorar y asegurar una mayor coherencia de las medidas, los marcos y la capacidad existentes para proceder al decomiso, el embargo preventivo y la incautación de activos. Por último, es necesario mejorar el conocimiento sobre las posibilidades existentes de localización, incautación y decomiso de activos, y resolver la resistencia de algunas autoridades judiciales a utilizar plenamente los instrumentos de decomiso. Por ejemplo, en un Estado parte, los tribunales nacionales, guiados posiblemente por consideraciones de derechos humanos (una de las cuales es la posibilidad de incumplimiento de las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus protocolos), tienden a reducir el alcance del decomiso, considerándolo una medida extremadamente restrictiva. Una aplicación razonablemente cautelosa de las disposiciones de la Convención contra la Corrupción no entrañaría tales consecuencias.

### **C. Protección de testigos, peritos y víctimas (artículo 32)**

Se observan grandes diferencias entre los Estados partes en lo que respecta a la protección de los testigos, los peritos y las víctimas contra posibles actos de represalia o intimidación. El saldo final de una reseña comparativa de las legislaciones nacionales se puede considerar positivo, aunque se observó que, en varias jurisdicciones, no se habían adoptado medidas para la aplicación efectiva del artículo 32. Igualmente, algunos Estados partes indicaron medidas limitadas y fragmentadas para estructurar un sistema amplio de protección de testigos, tales como disposiciones bastante habituales para penalizar la obstrucción de la justicia (como se prevé en el artículo 25), medidas prácticas oficiosas adoptadas por la policía, o disposiciones sobre la prohibición de revelar la identidad o el paradero de testigos o informantes, o elementos que tal vez permitan descubrirlos. La mayoría de esos Estados partes carecen de procedimientos mejorados para la protección física de los testigos, los peritos y sus familiares, y para proporcionarles una nueva identidad o reubicarlos. También se dan casos en que las leyes vigentes que prevén algún tipo de protección jurídica y física de los testigos no se han aplicado aún, no son aplicables a los delitos relacionados con la corrupción o se aplican únicamente en circunstancias muy limitadas (por ejemplo, por juzgados especializados con jurisdicción territorial limitada).

La falta de un programa amplio de protección o reubicación de testigos no llevó automáticamente a los expertos gubernamentales a considerar que todos los Estados arriba citados incumplían las disposiciones de la Convención, ni debería hacerlo. Además, la introducción de programas de ese tipo no parece ser un aspecto prioritario para las autoridades nacionales de los países donde no existen. Los requisitos del artículo 32, párrafo 1, son obligatorios, pero

solo cuando se consideren apropiados, necesarios, viables y dentro de las posibilidades del Estado parte en cuestión. Esto significa, como se señala en la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, que “la obligación de proteger de manera eficaz a los testigos se limita a casos específicos o a condiciones determinadas en que, en opinión del Estado parte que aplica la Convención, esas medidas sean apropiadas. Por ejemplo, podrá dejarse a criterio de las autoridades la evaluación de las amenazas o los riesgos que se presenten en cada caso y el consiguiente otorgamiento de la protección” (párrafo 438). Igualmente, la obligación de proteger se plantea solo cuando esté dentro de las posibilidades del Estado parte interesado en cuanto a recursos disponibles y capacidades técnicas. Habida cuenta de los principios citados y de las amplias facultades discrecionales otorgadas a los Estados partes con respecto a la aplicación del artículo 32, se pide a los examinadores que adapten sus conclusiones a las condiciones especiales que observen en cada país y pregunten a las autoridades nacionales si necesitan asistencia técnica.

Así pues, en un Estado que carecía de un programa amplio de protección de testigos, el equipo de examen tuvo en cuenta que se trataba de un país relativamente pequeño y homogéneo, con un alto grado de transparencia y un elevado nivel de tecnología disponible en todo su territorio, lo que dificultaba mucho, por ejemplo, reubicar satisfactoriamente a una persona de una parte del país a otra, y que, desde un punto de vista práctico, no existía en el momento del examen la necesidad apremiante de un programa de reubicación. Por ello, los expertos llegaron a la conclusión de que cabía estimar que ese Estado cumplía los requisitos de la Convención y se limitaron a instar a las autoridades a reforzar las medidas de protección de la identidad de los testigos a fin de paliar las preocupaciones de que pudieran rastrearse sus nombres. De manera similar, en un pequeño Estado insular con muy pocos habitantes, los examinadores observaron las limitaciones existentes en cuanto a recursos y las inquietudes sobre la capacidad de garantizar el anonimato de testigos, y se limitaron a sugerir que el Estado en cuestión considerara la posibilidad de participar en un programa regional de protección de la justicia, que facilitaría la cooperación internacional y regional a este respecto. Por último, en el ejemplo de un tercer país, los examinadores tuvieron en cuenta su reducido tamaño y simplemente recomendaron que se aplicaran acuerdos especiales de protección de testigos con los países vecinos.

Sin embargo, no se pudo llegar a las mismas conclusiones en la mayoría de los países que carecían de programas amplios de protección de testigos, especialmente en países del Grupo de los Estados de África y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico<sup>67</sup>. Las autoridades nacionales señalaron repetidamente que la falta de esos sistemas era una deficiencia grave de la lucha contra la corrupción: los testigos no tienen las garantías necesarias para su seguridad a fin de prestar testimonio ante los tribunales y, en los casos en que comparecen, dudan en decir la verdad, especialmente cuando creen que los acusados tienen influencia política, financiera o de otra índole. En la práctica, esto ha impedido que algunos casos se llevaran a juicio porque los testigos no estaban dispuestos a prestar testimonio. El público en general también es reacio a denunciar casos de posibles actos de represalia o intimidación. Por lo tanto, se formularon varias recomendaciones, entre ellas, promulgar legislación amplia y establecer sistemas para la protección de los peritos, los testigos, las víctimas y sus familiares, cuando no existan, y prestar atención adecuada a esas medidas sobre el terreno, por ejemplo, poniéndolas en conocimiento de la policía y otros organismos encargados de hacer cumplir la ley responsables de su aplicación.

---

<sup>67</sup>Véase también el informe preparado por la Secretaría titulado “Aplicación regional de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/IRG/2016/5), párrs. 4 a 27.

La impresión negativa creada por esa situación se ve contrarrestada por el considerable número de países que tienen programas de protección de testigos adecuados, y a veces amplios y progresivos, basados en normas jurídicas sólidas. En varios casos se puso de relieve la manera en que esas cuestiones se regulaban como buena práctica para fomentar las metas de la Convención. En un Estado parte, el derecho de las víctimas y los testigos a recibir protección adecuada en el curso de procesos penales está reconocido incluso a nivel constitucional. Asimismo, en algunos casos, la legislación pertinente se redactó con la asistencia de expertos de la UNODC y la contribución de países asociados, o ha sido fruto de las medidas encaminadas a cumplir los requisitos de instrumentos regionales, como la resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995 relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, la recomendación núm. R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa, y la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Cabe destacar que, al menos en un Estado, se aprobó una ley relativa a la protección de los testigos, peritos e informantes sobre actos de corrupción tras una evaluación de las carencias de la legislación nacional en relación con la Convención.

Aparte de las disposiciones generales (por ejemplo, en los códigos penales o los códigos de procedimiento penal nacionales) que proporcionan protección a los testigos que se haya determinado que corren un riesgo real por la asistencia prestada a la policía y otros organismos encargados de hacer cumplir la ley en procesos penales importantes, muchos Estados cuentan con sistemas especiales nacionales de protección de testigos, leyes de protección de testigos, y leyes y ordenanzas similares que especifican los tipos de protección otorgada, las personas que la disfrutan, el alcance y la duración de la protección, y las funciones de los órganos y las autoridades competentes. Por regla general, la protección abarca a los testigos y peritos que prestan testimonio en relación con delitos tipificados con arreglo a la Convención (con algunas excepciones notables) y se proporciona al margen de la nacionalidad de los testigos. También por regla general (y nuevamente con algunas excepciones), esa protección puede hacerse extensiva, cuando proceda, a sus familiares o a personas con quien la persona protegida mantenga una relación especialmente cercana, como lo exige el artículo 32, párrafo 1. Igualmente, en los mecanismos nacionales de protección de las personas que prestan testimonio en actuaciones judiciales no se suelen establecer distinciones entre las víctimas que actúan en calidad de testigos y los terceros o peritos que prestan declaración en juicios, lo que concuerda con el espíritu del artículo 32, párrafo 4. Por último, parece que las disposiciones nacionales aplicables se hacen extensivas en la mayoría de los casos a la protección de personas que participan o han participado en los delitos tipificados con arreglo a la Convención y que luego cooperan con los organismos encargados de hacer cumplir la ley o les prestan asistencia, como requiere el artículo 37, párrafo 4. Las disposiciones que no parecen ofrecer protección a las víctimas o personas que cooperan, y también, en casos limitados, aquellas que abarcan solo a los testigos y peritos que son asimismo víctimas de un delito o que han participado en este, se consideraron demasiado restrictivas para la eficacia del programa de protección de testigos. En general, los Estados partes pueden estudiar la posibilidad de adoptar un criterio amplio de los términos “testigo” y “perito” y aplicar las medidas de protección existentes, si es necesario, a cualquier persona que aporte pruebas o servicios periciales, o parezca estar dispuesta a cooperar en una fase temprana del proceso de investigación, con independencia de su condición jurídica oficial, incluso cuando haya dudas de que la persona en cuestión vaya efectivamente a prestar testimonio en un juicio o una audiencia judicial<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 32, subsecc. II.1.

Al igual que en el caso de Estados partes con actividades legislativas más limitadas, el contenido exacto de los programas nacionales de protección de testigos debería evaluarse en función de las necesidades reales del sistema de justicia penal de cada país y los límites impuestos por las estructuras, los recursos y las capacidades existentes. Algunas medidas con un coste relativamente bajo o de corto plazo podrían ser suficientes y preferibles a otras soluciones, y los países tal vez deseen diferenciar los tipos y el nivel de la protección otorgada con arreglo a la gravedad del delito, la contribución del testigo o de la víctima y otros factores contextuales<sup>69</sup>. Por ejemplo, en una jurisdicción, la ley sobre la protección de los testigos solo se aplica a delitos que conlleven una pena máxima de 10 años o más de prisión, excluyendo de esa forma una serie de delitos tipificados con arreglo a la Convención. Las autoridades nacionales explicaron que ello reflejaba el equilibrio de recursos en el sistema nacional de justicia penal y señalaron que podrían plantearse modificar ese límite cuando pusieran en marcha el proceso de reforma de la legislación, explicación que aparentemente fue considerada satisfactoria, dada la amplia variedad de opciones de que disponen los Estados partes, como se señaló más arriba. En cambio, en otros Estados partes el sistema jurídico brinda protección a los testigos, los peritos y las víctimas, pero la inclusión de los delitos de corrupción no es automática o depende de que se califiquen como relacionados con la delincuencia organizada o de las penas máximas aplicables (como se analiza anteriormente). En estos casos concretos se formularon recomendaciones para ampliar tal protección de forma directa y explícita a los testigos y las víctimas de todos los delitos de corrupción, teniendo en cuenta los recursos existentes y futuros.

Las siguientes medidas son indicativas de la manera en que los Estados partes han organizado sus programas de protección de testigos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 32<sup>70</sup>.

### *Protección física*

En primer lugar, los Estados partes que, según se considera, cumplen las disposiciones de la Convención emplean metodologías de actuación concebidas para velar por la protección física de los testigos vulnerables, sus familiares y otras personas cercanas. Habitualmente, la policía se encarga de la parte más sustancial de esa tarea, aunque en algunos casos se han establecido órganos especializados a nivel nacional o regional. Se utiliza una gran variedad de medidas, que a menudo entrañan gastos importantes y con frecuencia se supeditan al consentimiento de las personas protegidas, por ejemplo, las siguientes:

a) Medidas para la protección física directa de la seguridad y el bienestar de los testigos que puedan ser objeto de intimidación o acoso por prestar testimonio, como poner escolta a la persona protegida y vigilar su hogar y bienes; dotar su lugar de residencia de dispositivos contra incendios y de seguridad, como sistemas de alarma; cambiar sus números de teléfono y las matrículas de sus vehículos; instalar material y procedimientos para comunicaciones policiales de emergencia, como números de teléfono de servicio permanente; prestar servicios de seguridad durante los desplazamientos; entregar a la persona protegida equipo especial de protección personal y advertirla del peligro existente; brindar alojamiento temporal a la persona protegida en un lugar seguro; y, si las personas protegidas están detenidas en una institución penitenciaria de investigación o una prisión, trasladarlas a otra, o mantenerlas separadas de otros reclusos o incomunicadas;

<sup>69</sup>Véanse la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 439, y la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 32, subsecc. II.2.

<sup>70</sup>Véanse más detalles sobre el contenido y el marco organizativo de los programas de protección de testigos en UNODC, *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada* (Viena, 2008), cap. IV.

b) Medidas de protección de la identidad y de reubicación, como se indica en el párrafo 2 a) del artículo 32, que incluyan desde la protección mínima consistente en no revelar la identidad, los datos personales y el paradero de personas protegidas hasta el cambio de sus documentos de identidad, datos biográficos y aspecto; ofrecer otras oportunidades de empleo, cambiar su lugar de trabajo o de estudio y trasladarlas permanentemente a otro lugar de residencia; y prohibir a todos los servicios de referencia (como autoridades locales de registro de la población, servicios de información telefónica y servicios de registro de pasaportes) que proporcionen información sobre el lugar de residencia u otros datos que afecten a las personas protegidas. Como ya se ha indicado, se considera que la reubicación en particular entraña considerables dificultades prácticas y debe tener en cuenta las condiciones específicas en relación con el territorio y la población del Estado interesado;

c) Garantizar la reinserción segura en la comunidad de los testigos y sus familiares que participen en el programa; medidas auxiliares relativas a asistencia social, médica, psicológica, jurídica o financiera, como el pago de un sueldo o salario íntegro mientras actúan de testigos, y tratamiento médico, hospitalización y medicamentos gratuitos en caso de lesión o enfermedad contraída o sufrida durante ese período; acceso a información y ayuda para resolver cuestiones de organización; reembolso por el total de los posibles costos de traslado y reubicación, así como indemnización por cualquier daño sufrido a causa de su declaración o testimonio; e incluso prestaciones para el entierro y educación gratuita para los hijos menores o a cargo de testigos que fallezcan o resulten incapacitados con carácter permanente por su participación en un programa de protección de testigos;

d) Métodos de protección indirecta que se dirijan contra la propia amenaza y regulen la conducta de los acusados que puedan constituir un peligro para el testigo. Estas medidas, que incluyen las disposiciones por las que se penaliza la obstrucción de la justicia (como se prevé en el artículo 25, apartado a)), pueden resultar al menos tan eficaces como la protección física directa.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, la policía y los organismos encargados de hacer cumplir la ley disponen de numerosas medidas para proteger a testigos y peritos, basadas en legislación especial, entre ellas, programas de protección integral de testigos en que se prevé la reubicación permanente, el cambio de identidad, disposiciones de seguridad personal y domiciliaria, y un elevado nivel de confidencialidad. Los arreglos en materia de protección se hacen constar por escrito y se adoptan en estrecha consulta con los testigos, a los que presta asistencia un servicio especializado de protección de testigos. Se considera en general que los acuerdos por escrito de este tipo (por ejemplo, memorandos de entendimiento o protocolos entre el Estado y los testigos bajo protección) son una forma de mejorar la cooperación, ya que ayudan a aclarar la relación entre las partes y aportan certidumbre sobre el alcance de la protección que se ha de otorgar.

Un Estado parte (entre otros muchos) otorga protección adicional a los testigos estableciendo condiciones para la libertad bajo fianza de los acusados. Al conceder la libertad bajo fianza a una persona, el tribunal puede tener en cuenta la probabilidad de que acose o ponga en peligro la seguridad o el bienestar de otra persona, u obstaculice la aportación de pruebas, intimide a un testigo u obstruya el curso de la justicia.

En otro Estado (también entre otros muchos), la ley dispone como medida procesal de obligado cumplimiento la prohibición de acercarse a la víctima. El tribunal de



primera instancia competente aplica esa medida contra el acusado, a propuesta del fiscal y con el consentimiento de la víctima, o a solicitud de la víctima. El tribunal pronuncia una decisión inmediata sobre la propuesta o la solicitud en sesión pública, tras oír al fiscal, al acusado y a la víctima. La determinación del tribunal es definitiva. La prohibición se anula después de haberse pronunciado un veredicto firme, o cuando el procedimiento se interrumpa por otros motivos. La víctima puede pedir en cualquier momento al tribunal que anule la prohibición.

### *Normas probatorias*

Los programas amplios de protección de testigos incluyen, además de la protección física, normas probatorias que velan por la seguridad de los testigos y las víctimas.

Entre esas medidas figuran las encaminadas específicamente a mantener secreta la identidad de los testigos protegidos durante las actuaciones prejudiciales y el juicio, e incluyen celebrar audiencias de testigos bajo pseudónimo, indicar la dirección del tribunal como dirección del testigo a efectos de citaciones judiciales, situar a las personas que presten testimonio detrás de una pantalla, emplear métodos de camuflaje y alteración de la voz, y suprimir la divulgación de las pruebas.

### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado parte, el testimonio de las personas protegidas durante el interrogatorio se refleja en un acta, redactada en dos copias, en la que solo se hace constar el código de identificación del testigo, en lugar de sus datos de identidad. El testigo firma solo la copia original del acta, que se entrega al juez en un sobre sellado. La otra copia se adjunta al sumario y se presenta al acusado y a su abogado defensor. La parte acusada y su defensor pueden hacer preguntas por escrito al testigo. El interrogatorio se efectúa alterando la voz del testigo (y su imagen, si se utilizan medios de videoconferencia). Antes de comenzar el interrogatorio, un juez del tribunal de primera instancia en la ubicación del testigo verifica que la persona interrogada es la misma que a la que se ha asignado el código de identificación.

En otro Estado parte, un juez encargado de la investigación preliminar, teniendo en cuenta la gravedad del delito o las circunstancias excepcionales relacionadas con el mismo y previa solicitud de la fiscalía, podrá declarar el anonimato de un testigo a fin de garantizar su seguridad. A raíz de la resolución del juez, se asigna al testigo un nombre ficticio que se utiliza en las actuaciones procesales. La información relativa al nombre real, el código de identificación personal o, en su defecto, la fecha de nacimiento, nacionalidad, educación, residencia y lugar de empleo o la institución docente de un testigo declarado anónimo se guardan en un sobre que lleva el número de la causa penal y la firma de la persona que lleva a cabo las actuaciones. El sobre se sella y se guarda por separado del sumario. Solo puede examinar la información del sobre la persona que lleva a cabo el procedimiento, que sella y firma el sobre de nuevo después de examinar la información. En un procedimiento judicial, el testigo anónimo declara por teléfono utilizando equipo de distorsión de la voz, si es necesario. También pueden formularse preguntas al testigo por escrito.

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

En un tercer Estado parte, además del anonimato completo (en los casos en que, con respecto a un delito grave, existe una amenaza inminente contra la vida, la salud, la libertad o los bienes de un testigo importante, una víctima, sus familiares o parientes cercanos), existe la posibilidad también del anonimato parcial. De este modo, solo se guardan como material clasificado datos parciales del testigo o la víctima, como la fecha de nacimiento, el número de identificación personal, el domicilio, la ocupación, el lugar de trabajo y la educación o las relaciones personales, según lo que sea suficiente para asegurar la protección de sus derechos e intereses.

Entre otras medidas para proporcionar protección a los testigos vulnerables al prestar testimonio figuran informar al tribunal de requisitos especiales para la protección del testigo o la víctima; instalar salas de espera específicas para víctimas y testigos; celebrar las actuaciones en sesión privada o sesiones del tribunal a puerta cerrada a fin de evitar el contacto directo con personas que puedan plantear una amenaza para el testigo; interrogar a personas protegidas sin la participación del acusado; utilizar testimonios grabados previamente; disponer de procedimientos para que los testigos puedan prestar declaración mediante enlaces de video, televisión en circuito cerrado u otras tecnologías de la comunicación, como se indica en el párrafo 2 b) del artículo 32; y prestar asistencia práctica y apoyo psicológico durante las audiencias.

### Ejemplos de la aplicación

La legislación de un Estado parte autoriza que un juez o un magistrado, en cualquier momento previo o durante la audiencia de una solicitud o actuaciones ante un tribunal, si se cumplen ciertas condiciones: a) ordene salir de la sala a la totalidad o parte del público durante toda la audiencia o parte de ella; b) ordene que no se publique ningún informe sobre la totalidad o una parte concreta de la solicitud o las actuaciones, o que guarde relación con ellas; o c) dicte las órdenes e instrucciones que estime necesarias para asegurar que nadie tenga acceso (antes de la audiencia, durante su celebración o después), sin autorización del tribunal, a ningún tipo de declaración jurada, elemento de prueba, información u otro documento utilizado en la solicitud o las actuaciones que se encuentre en el sumario de la causa o en los registros del tribunal.

Otro Estado parte ha creado un fondo destinado específicamente a conceder protección y prestar apoyo a las víctimas y los testigos que se utiliza, entre otras cosas, para adquirir una serie de elementos de protección para las audiencias judiciales, como pantallas separadoras que impiden el contacto visual entre la víctima y el acusado, y televisión de circuito cerrado que permite a la víctima o el testigo prestar declaración en una dependencia adyacente a la sala del tribunal.

Las normas probatorias relativas a la protección de testigos pueden estar en conflicto con los principios fundamentales de un proceso penal justo en los Estados partes, principios que guardan relación con la protección de los derechos del acusado y están consagrados en el derecho procesal penal, la constitución o incluso los textos de instrumentos internacionales que prevalecen sobre las disposiciones nacionales contrarias. Así se recoge también en el artículo 32, que dispone que las medidas aplicadas lo sean “sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales”. La prohibición de revelar la

identidad de los testigos o el empleo de métodos para su interrogatorio en privado o a distancia pueden contradecir, por dar algunos ejemplos, el derecho del acusado a ser informado de los cargos y las pruebas en su contra, el principio de la igualdad de medios procesales, el derecho a una audiencia pública, el carácter oral del proceso penal principal, los principios de la evaluación directa y personal de las pruebas, y el derecho del acusado a estar presente en su propio juicio y examinar a los testigos de cargo<sup>71</sup>.

Se deben tener en cuenta los intereses de esa clase que entren en conflicto y plantearse la posibilidad de que la no aplicación de algunas medidas que velen por la seguridad de testigos, peritos y víctimas sea consecuencia de la imposibilidad de conciliarlas con los derechos establecidos de la defensa. Por ejemplo, en un Estado, las autoridades explicaron que la constitución preveía el derecho de careo del acusado con los testigos que testificaran en su contra, por lo que quedaría excluido utilizar el testimonio por videoconferencia en un juicio. Solo se había permitido que, en circunstancias excepcionales, algunos niños prestaran testimonio por televisión en circuito cerrado y, en casos poco frecuentes, también que algunas víctimas o testigos prestaran testimonio camuflados parcialmente con peluca o gafas, u ocultos por una pantalla al público, pero no al jurado. Los expertos examinadores aceptaron esa explicación y no modificaron su opinión de que el Estado parte objeto de examen había adoptado las medidas apropiadas para cumplir los requisitos de la Convención.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un país, en caso de peligro inminente para la seguridad de los testigos en un caso de corrupción, el tribunal, por propia iniciativa o a solicitud del fiscal, podrá autorizar que los testigos comparezcan sin que se revele su identidad. Sin embargo, la ley dispone que no podrá imponerse condena exclusivamente sobre la base de información anónima y prevé varias situaciones en que se permite revelar la identidad de una persona protegida, por ejemplo, para salvaguardar los derechos del acusado. En esos casos, la persona protegida será informada de la decisión de revelar su identidad y tendrá el derecho de recurrir esa decisión ante el tribunal de apelación.

#### *Acuerdos de reubicación*

La mayoría de los Estados partes no han celebrado acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de personas, o no han proporcionado la información pertinente, lo que dio lugar (en algunos casos) a recomendaciones de que, al menos, se estudiase la posibilidad de adoptar medidas de esa índole. Algunos expertos se dieron por satisfechos de que pudieran celebrarse esos arreglos o acuerdos, o de que nada de lo dispuesto en la legislación de los Estados partes les prohibiría celebrarlos, en las circunstancias apropiadas. Por lo tanto, se consideró que los Estados partes en cuestión estaban en conformidad con el espíritu de la Convención. No obstante, cabe observar que el artículo 32, párrafo 3, crea la obligación positiva de considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos concretos para la reubicación, y no simplemente de eliminar obstáculos teóricos a la celebración de tales acuerdos.

De hecho, se informó de que varios departamentos nacionales de protección de testigos suscribían arreglos o memorandos de entendimiento oficiales u oficiosos con autoridades

<sup>71</sup>Véase la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 445.

extranjeras, sobre cuya base tenía lugar la reubicación de personas protegidas. Un Estado informó de que había firmado acuerdos de reubicación con 20 países diferentes, y otro explicó que concertaba un arreglo específico para cada caso, aunque por razones de seguridad no podía presentar ejemplos concretos. Otros Estados partes informaron de que eran partes en acuerdos multilaterales sobre protección de testigos que preveían un marco más general para la reubicación de la persona protegida en un Estado parte de la misma región geográfica o con características lingüísticas o culturales similares, como el Acuerdo sobre la Protección de los Participantes en Procesos Penales entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes, el acuerdo sobre protección de testigos firmado por los Estados miembros del Foro de Salzburgo, el Convenio sobre Cooperación Policial en Europa Sudoriental, el Acuerdo de los Balcanes sobre Protección de Testigos y el Convenio Centroamericano para la Protección de Víctimas, Testigos, Peritos y demás Sujetos que Intervienen en la Investigación y en el Proceso Penal, particularmente en la Narcoactividad y Delincuencia Organizada (que aún no ha entrado en vigor).

### *Participación de las víctimas*

Con respecto a la obligación de los Estados partes de considerar la perspectiva de las víctimas de la corrupción, algunos países proporcionaron información insuficiente o no aclararon la naturaleza exacta de la posible participación de la víctima en las distintas fases de las actuaciones penales, aparte del derecho a protección del que goza. Otros Estados partes, especialmente del Grupo de los Estados de África y el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, parecen no contar con disposiciones de ningún tipo que faciliten la presentación y el examen de las opiniones y preocupaciones de las víctimas, o no parecen prever sino una oportunidad básica, por ejemplo, si son citadas como testigos, para que las víctimas expresen sus opiniones y preocupaciones en relación con la forma en que el caso les ha afectado en lo personal o lo profesional. En ocasiones, las autoridades simplemente declararon que nada de lo dispuesto en la legislación nacional lo impedía y que incumbía al juez presidente decidir si se admitían esas opiniones y preocupaciones. Esas prácticas insatisfactorias dieron lugar a recomendaciones en las que se instaba a las autoridades nacionales a aclarar el papel de las víctimas en el juicio e incrementar las posibilidades de que pudieran dar a conocer su posición al tribunal. Las autoridades de un Estado parte argumentaron que, en los casos de corrupción, la legislación no contenía ninguna disposición que permitiera prestar testimonio a las víctimas, ya que estas normalmente no podían ser identificadas en tales casos. Sin embargo, eso no se aplica a todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención, ni exime a los Estados partes de la obligación de permitir que las víctimas que puedan ser identificadas declaren su posición.

En cuanto a los Estados partes que brindan esa oportunidad, un grupo (el más numeroso), compuesto por países con sistemas jurídicos de tradición romanista, permite que las víctimas de delitos de corrupción no solo emprendan acciones privadas ante los tribunales civiles o presten testimonio cuando se les cite en calidad de testigos, sino que planteen también sus opiniones como demandantes por vía civil o partes en la acusación privada en el juicio penal, disfrutando de una variedad de derechos en todas las etapas de las actuaciones penales. Anteriormente, incluso en esos Estados, las autoridades estaban más preocupadas por sancionar a los autores de los delitos. Sin embargo, en los últimos años, la política oficial parece haberse orientado a mejorar la posición de las víctimas al mismo tiempo que sanciona a los delincuentes. Entre los derechos citados figuran el derecho a impugnar la negativa a que comiencen o terminen las actuaciones penales; a ser informado de la naturaleza de los cargos; a recibir la asistencia de un abogado y un intérprete; a tomar conocimiento del sumario y examinar y hacer copias de los documentos que contenga; a dar su consentimiento a la aplicación de una medida cautelar temporal o solicitar la aplicación de una medida cautelar; a presentar pruebas

para que se incluyan en el sumario y se examinen en el tribunal; a presentar solicitudes y quejas y citar a testigos; a examinar los informes sobre actos procesales y prestar declaración, que se hará constar en el sumario, sobre las condiciones, el curso, los resultados y las actas de actos procesales; a participar como parte de pleno derecho en las audiencias judiciales; a dar el consentimiento a la aplicación de actuaciones de resolución o negarse a darlo; a presentar una opinión sobre los cargos e incluso la sanción, así como sobre los daños establecidos en los cargos y la acción civil; y a recurrir la decisión. En un Estado parte se formuló una recomendación para asegurar la concesión del estatuto de víctima en actuaciones penales a las personas naturales y a las jurídicas, mientras que en otros Estados se recomendó que se velara por que los derechos correspondientes se hicieran extensivos también a las víctimas que no tuvieran la condición de testigos.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, la víctima tiene la posibilidad de iniciar una acción civil en cualquier etapa del proceso. De esa forma, pasa a ser parte en el proceso o juicio y disfruta de los derechos otorgados a esa condición. Así pues, como parte en la investigación, la parte civil tiene derecho, al igual que el acusado, a una copia gratuita del sumario oficial en que se indique la infracción, las declaraciones de los testigos y los informes de los peritos por escrito. También podrá llevarse una copia, a sus expensas, de todos los documentos de las actuaciones, formular solicitudes o peticiones de anulación, citar a testigos en la audiencia del juicio, presentar su argumento y afirmar su derecho a indemnización. Además, por una modificación reciente del código de procedimiento penal se nombró a un juez especial que interviene en nombre de las víctimas de delitos y que, a petición de estas, puede velar por que los derechos de las víctimas sean tenidos en cuenta en las fases de ejecución y cumplimiento de un caso (por ejemplo, la recuperación de la indemnización o la ejecución de una prohibición de contacto).

En otro Estado se puede prestar a las víctimas, si así lo solicitan, asistencia psicosocial y jurídica durante las actuaciones judiciales, en la medida en que sea necesaria por razones de protección de sus derechos procesales, tomando en consideración ante todo su bienestar personal. La asistencia psicosocial incluye preparar a la persona afectada para las actuaciones y la carga emocional conexas, así como acompañarla a las audiencias durante las actuaciones de investigación y el juicio principal. A ese respecto, algunos Estados partes citaron sus obligaciones emanadas de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En un segundo grupo de Estados partes, las víctimas pueden participar extensamente en las actuaciones penales y presentar sus opiniones y preocupaciones en un grado adecuado (por ejemplo, para contribuir al proceso de investigación, prestar testimonio sobre los daños sufridos durante la audiencia de fondo de un caso y en la audiencia en que se dicte la condena, recibir información sobre los progresos y resultados de un caso o impugnar las resoluciones favorables al acusado), aunque no parezcan disfrutar de los plenos derechos de una parte civil como se ha citado anteriormente.

Por último, en un tercer grupo de Estados con un sistema de *common law*, se prevé la posibilidad de que la víctima comparezca y presente sus opiniones en la etapa posterior a la

declaración de culpabilidad del acusado, a fin de excluir que se revele antes información perjudicial para los derechos de la defensa. Esto se lleva a cabo mediante declaraciones orales o escritas (denominadas a menudo declaraciones de la víctima sobre las repercusiones), en las que se ofrecen al tribunal detalles del daño sufrido por las víctimas a consecuencia del delito y que se presentan durante la sesión en la que se dicta la condena (a veces también en las actuaciones que entrañen la puesta en libertad, la negociación de cargos o la libertad condicional). La forma y el contenido previstos en una declaración de las víctimas varían según el régimen legislativo por el que se rijan. En algunas jurisdicciones, el acusado o su abogado pueden citar a una víctima para contrainterrogarla acerca de la declaración. También existen programas de apoyo a las víctimas que prestan servicios de asesoramiento y orientación al comparecer ante el tribunal, parte de los cuales suponen prestar asistencia para preparar y presentar una declaración de la víctima. Los expertos examinadores se dieron en general por satisfechos de que la disposición objeto de examen se aplicaba adecuadamente en esas medidas de participación de las víctimas después de la declaración de culpabilidad, incluso en un caso (algo problemático) en que las autoridades aclararon que la víctima no tenía un derecho inherente a dirigirse al tribunal, y que la decisión de citar a una víctima para que hiciera una declaración en el momento en que se dictara la condena incumbía al fiscal.

### *Eficacia*

Aunque se proporcionaron algunos datos estadísticos sobre programas de protección de testigos, así como indicaciones dispersas de que, incluso en países con firmes disposiciones reglamentarias, la negación de los testigos a prestar testimonio por motivos de seguridad sigue constituyendo un problema principal, la información sobre el grado en que los programas de protección de testigos alcanzan sus objetivos en los Estados partes es, por lo general, escasa. Esto hace imposible llegar a una conclusión global sobre la eficacia de los marcos regulatorios vigentes en casos relacionados con la corrupción. Resulta incluso más difícil evaluar la situación cuando se tiene en cuenta que la legislación sobre la protección de testigos no se aplica en algunos países por falta de recursos y prioridades enfrentadas, o solo se aplica raras veces en casos relacionados con la corrupción, aparentemente porque el fenómeno de la corrupción no está vinculado de manera manifiesta a la delincuencia organizada o al tráfico de drogas en los países afectados. Una medida importante para resolver estas dificultades sería considerar la posibilidad de elaborar y utilizar instrumentos de información estadística a fin de vigilar las políticas de protección de testigos.

### *Problemas*

El principal problema que surge con respecto a la aplicación del artículo 32 es el de subsanar los marcos normativos inadecuados y, en algunos Estados partes, la falta total de medidas o programas amplios de protección de testigos, peritos y víctimas, así como de sus familiares o demás personas cercanas. Esto se explica por los considerables costos de esos programas, el conocimiento limitado de las medidas y prácticas más modernas de protección de testigos y peritos, las características específicas de los sistemas jurídicos nacionales (que incluyen, en ocasiones, el reducido tamaño o el aislamiento geográfico del país), la deficiente coordinación interinstitucional y las capacidades limitadas de los países (por ejemplo, en términos de recursos humanos y de infraestructura tecnológica e institucional). Otro problema guarda relación con la no aplicación en la práctica de las medidas existentes, debido al carácter novedoso de las leyes y los métodos de protección de testigos, la falta de instrucciones y reglamentos para su aplicación, y la falta de experiencia en la administración de esos programas. Se observó que la mayoría de los Estados partes no habían concertado acuerdos de reubicación con otros Estados partes, en algunos casos por la presunta gran complejidad de una operación de dicha

índole. Por último, muchos Estados partes no cuentan con disposiciones que permitan la presentación y consideración de las opiniones y preocupaciones de las víctimas.

#### D. Protección de los denunciantes (artículo 33)

Como en el caso de la protección de los testigos, los peritos y las víctimas, había diferencias considerables entre los Estados partes en cuanto a la aplicación del artículo 33 —una disposición no vinculante— y la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de medidas apropiadas para la protección de los denunciantes, es decir, las personas que denuncien, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la Convención (los denominados “delatores”). Más de dos tercios de los Estados partes no han establecido medidas amplias de protección de los delatores, o se comprobó que estas solo cumplían en parte la disposición objeto de examen, aunque en un número considerable de casos había legislación pendiente de aprobación. Así pues, se formularon numerosas recomendaciones para proceder o incluso otorgar prioridad a la aprobación de esa legislación, que abarcara todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención, o para adoptar más medidas de protección de los delatores, de conformidad con el espíritu de la Convención.

Cabe señalar que se estimó necesario formular una recomendación de esa índole incluso en algunos países del Grupo de los Estados de Europa Oriental, en los que las disposiciones de diversas leyes proporcionaban a los denunciantes protección en un grado adecuado, pero no existía una legislación especial para proteger a los delatores. Así pues, parece que en ocasiones —dado que de la Convención no emana ningún requisito de esa índole y que no se llegó a la misma conclusión en todos los exámenes— la existencia de disposiciones poco sistemáticas y fragmentadas puede traducirse en una aplicación dispar e incoherente de la protección otorgada y menoscabar su eficacia. En estos casos podría considerarse que la introducción del concepto especial de “protección de los denunciantes” contribuye a fortalecer la protección existente y a reducir los casos en que las solicitudes pertinentes son injustamente sobreesididas por los tribunales.

La falta de medidas adecuadas parece ponerse de manifiesto en particular en los Estados partes cuya legislación establece la obligación de los funcionarios públicos y otros ciudadanos de denunciar sospechas de prácticas corruptas, pero no prevé la correspondiente protección contra un trato injustificado. En algunos casos en que no existía un marco concreto de protección de los delatores, las autoridades hicieron referencia a las disposiciones nacionales sobre protección de testigos y peritos. No obstante, debe dejarse claro que esas disposiciones no son suficientes. Si bien es cierto que la seguridad física suele ser una preocupación importante de los informantes y que la aplicación de medidas de protección de testigos a su favor promueve con toda certeza las denuncias de delitos de corrupción, el artículo 33 entraña medidas de carácter y alcance diferentes y abarca no solo a los testigos, sino también a las personas que no participan en ninguna calidad oficial y tal vez no intervengan directamente en el proceso penal, por ejemplo, en casos que no vayan más allá de la etapa de investigación. Además, algunas personas pueden tener información en las etapas iniciales de un caso que no sea lo suficientemente detallada para considerarse probatoria en el sentido judicial del término, pero que pueda constituir un indicio firme de que se ha cometido un delito y alertar a las autoridades sobre la necesidad de iniciar una investigación<sup>72</sup>. Por lo tanto, la disposición en cuestión

<sup>72</sup> *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 33, secc. I. Véase también la publicación *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, elaborada por la UNODC (Viena, 2015), que contiene más ejemplos e información relativos a la aplicación del artículo 33.

se refiere principalmente a la aplicación de medidas de protección en el contexto del empleo tanto en el sector público como en el privado.

A diferencia del grupo de Estados partes mencionado, algunos países, especialmente los que tienen una tradición jurídica de *common law*, han introducido legislación especial sobre revelaciones de interés público y protección de los delatores, que en algunos casos se constató que era compleja y representaba una buena práctica. Al menos uno de esos Estados partes recibió ayuda al respecto de una institución internacional, en este caso el Banco Asiático de Desarrollo. En varios casos se hizo referencia a la aplicación de instrumentos internacionales vinculantes en los que se preveía la protección de los empleados, como el Convenio Civil sobre la Corrupción (artículo 9) del Consejo de Europa. En cuanto a la forma de la protección otorgada a las personas que denuncian actividades relacionadas con la corrupción de buena fe y por motivos razonables (aparte de la ampliación de la protección física concedida a los testigos para que incluya también, en caso necesario, a ese grupo de personas), los tres conjuntos de medidas que se exponen a continuación se consideraron importantes.

Algunos tipos de protección, que algunos examinadores calificaron como buenas prácticas, son de carácter principalmente procesal y atañen a la posibilidad de aceptar e investigar información derivada de denuncias anónimas (por ejemplo, presentadas mediante buzones especiales instalados para ese fin en instituciones públicas o por Internet, correo electrónico o servicios telefónicos de atención) y, lo que es más importante, en el caso de denuncias no anónimas, a la protección de la identidad de los denunciantes contra terceros (en la medida en que esas personas no den su consentimiento a que se revele su identidad), así como a garantizar el secreto con respecto a la información, los registros y los documentos entregados o indicados en el momento de la denuncia. La protección de la identidad del denunciante, en particular, deberá garantizarse al menos al principio de la investigación y hasta el momento en que no se pueda servir plenamente a la justicia sin revelarla, por ejemplo, hasta que haya sido llamado a prestar testimonio como testigo.

Un segundo conjunto de medidas se refiere a la protección contra acciones judiciales, es decir, la prohibición expresa de querrelas civiles, enjuiciamientos (especialmente por difamación, perjurio y acusaciones falsas), o cualquier otro proceso judicial relacionado con revelaciones hechas de buena fe, incluso si los hechos presentados por el delator no son suficientes para adoptar una decisión sobre el enjuiciamiento o la declaración de culpabilidad. Algunos Estados partes conceden esta prerrogativa especialmente a las personas que denuncian transacciones sospechosas indicadoras de la comisión de delitos de blanqueo de dinero. Sin embargo, cabe tener presente que en muchos sistemas penales puede resultar difícil conciliar esas medidas con los derechos de las personas contra las que se formularon las acusaciones<sup>73</sup> o determinar el momento en que esa prerrogativa anticipada deja de ser válida o absoluta. En todo caso, el buen resultado de una actuación judicial por vía civil o penal contra el denunciante dependería probablemente de que se demostrara la mala fe de los actos en cuestión, algo que en sí mismo constituye una forma de garantía de protección y cabe considerar que reduce el valor añadido de las medidas objeto de examen.

Un tercer conjunto de medidas (y el más importante, como se desprende del peso que se le atribuye en los exámenes) para la protección de las personas que denuncian conductas indebidas o corrupción se refiere a sus condiciones de empleo y figura con frecuencia, por esa razón, en la legislación laboral o los códigos del servicio público de los Estados partes.

---

<sup>73</sup>En la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 33, subsecciones II.1 y II.5, se subraya que deben protegerse los derechos y la reputación de los denunciados y que la ley debe prever medidas mínimas para restaurar una reputación dañada.



Teniendo presente el carácter facultativo del artículo 33, la protección de los delatores debería incluir medidas para prevenir el trato discriminatorio o las sanciones disciplinarias contra los denunciantes, incluidas las que se inicien por presuntas violaciones de las normas sobre el secreto o la discreción profesionales. Si un empleado no tiene garantías legales de protección contra las represalias en el lugar de trabajo, tal vez no se presente nunca para dar información a su empleador o a las autoridades reguladoras. A ese respecto, en algunos exámenes se indica que las disposiciones y los principios generales del derecho laboral que protegen contra la rescisión injustificada de un contrato de empleo y establecen el derecho a llevar el asunto a los tribunales tal vez no sean suficientes para la protección de los empleados que denuncien prácticas de corrupción. Se precisa una delimitación clara de los derechos del denunciante y medidas especiales para mejorar su protección, incluida la prohibición expresa de traslado discriminatorio, reasignación, descenso de categoría, reducción del sueldo, suspensión del empleo, despido, jubilación forzosa o cualquier otra desventaja profesional que pueda resultar de la denuncia de un delator; el derecho a ser trasladado a petición propia, sin la posibilidad de denegación, si las revelaciones dan lugar a la formulación de cargos; y, en su momento, hacer recaer en el empleador la carga de la prueba en el proceso laboral conexas. Pueden adoptarse otras medidas para mejorar la obligación de las autoridades competentes de proteger al denunciante cuando sea víctima de acoso, hostigamiento, intimidación o agresión por colegas; para proporcionar compensación financiera por anticipado a fin de cubrir parte de los costos de los procesos judiciales iniciados por delatores que impugnen una decisión de despedirlos o que viole de otra forma sus derechos; o incluso para prever sanciones penales o de otro tipo cuando un funcionario imponga una pena arbitraria o injustificada a un delator por denunciar actos de corrupción. Por último, como han hecho algunos Estados partes, puede ser útil contar con un organismo especial al que las personas puedan presentar sus propias actuaciones o quejas de trato adverso, o bien delegar la competencia pertinente a la autoridad nacional de lucha contra la corrupción, así como estudiar maneras de acelerar el acceso a los mecanismos existentes de protección y eliminar los procedimientos engorrosos.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte, una nueva ley contra la corrupción establece la inversión de la carga de la prueba para proteger a las víctimas de represalias: anteriormente, si los denunciantes de los sectores público o privado creían que estaban siendo objeto de represalias, podían presentar una queja, con lo que se iniciaba un proceso prolongado. La nueva ley racionaliza ese régimen y traslada la carga de la prueba al empleador después de que el denunciante haya demostrado que su delación ha sido un factor que ha contribuido a las presuntas represalias. Existen regímenes similares en un creciente número de Estados partes, incluidos casos en que la aplicación de sanciones disciplinarias contra funcionarios públicos denunciantes se considera abusiva, hasta que se demuestre lo contrario, si ocurre en el plazo de un año tras sus revelaciones.

Igualmente, en otro Estado parte, el código laboral dispone que no se excluirá a nadie de un proceso de contratación o acceso a una pasantía, o de un período de capacitación en una empresa, y no se podrá sancionar, despedir o someter a discriminación, directa o indirecta, en particular en materia de sueldo, capacitación, reasignación, asignación, calificación, ascenso profesional, traslado o renovación del contrato, a ningún empleado por haber informado o testificado, de buena fe, ante su empleador o ante las autoridades judiciales o administrativas, actos de corrupción que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Todo incumplimiento de un contrato de empleo que resulte de lo anterior y toda disposición o todo acto contrarios son nulos y

### Logros y buenas prácticas (*continuación*)

carecen de valor. En caso de controversia, cuando el empleado afectado establezca los hechos sobre los cuales se presume que denunció o aportó pruebas de corrupción, incumbe a la parte demandada, habida cuenta de esos elementos, demostrar que su decisión está justificada por factores objetivos que no guardan relación con las declaraciones o el testimonio del empleado.

Por último, la legislación de un tercer Estado parte proporciona una amplia protección a los delatores, incluida la prohibición a los empleadores de que sometan a un empleado a situaciones de “detrimento ocupacional” por haber realizado una revelación protegida. Los expertos gubernamentales pusieron de relieve como buena práctica el ámbito global de la ley y su amplia definición de “detrimento ocupacional” (que incluye medidas disciplinarias de cualquier tipo, despido, suspensión, descenso de categoría, acoso o intimidación, traslado en contra de la voluntad del empleado, denegación de traslado o de ascenso, o amenazas de aplicación de cualquiera de esas medidas). Cabe también mencionar que distintas empresas y departamentos públicos aplicaron medidas específicas para alentar la denuncia de irregularidades, y que la sociedad civil promueve activamente esa práctica y el establecimiento de mecanismos de protección. Se ha establecido una línea telefónica nacional de emergencia para la lucha contra la corrupción y se reúnen y publican estadísticas centralizadas sobre denuncias.

Cabe observar también que, en algunos Estados partes, existen mecanismos legislativos específicos de ese tipo para la protección de delatores del sector público y el sector privado, pero que en varios casos solo se ofrece esa protección a los funcionarios públicos y no a los particulares; en consecuencia, se formularon recomendaciones para que se considerase la posibilidad de ampliar las normas que ofrecían protección contra un trato injustificado (por ejemplo, el despido injusto) para alentar a las personas que no fueran funcionarios públicos a denunciar delitos tipificados con arreglo a la Convención. Se debería tener presente la especial importancia de proteger a los periodistas, en la medida en que sus informes se ajusten al criterio de actuar de buena fe y se basen en motivos razonables<sup>74</sup>.

Un último aspecto guarda relación con las posibles restricciones a la información que, como se observó en el informe de un Estado parte, pueden tener graves repercusiones en el margen de protección y los canales de divulgación disponibles para los posibles delatores. En el sector público suelen existir leyes que prevén el secreto de clases concretas de información, especialmente en relación con la inteligencia y las relaciones exteriores. Igualmente, los delatores del sector privado pueden celebrar un acuerdo de privacidad y confidencialidad con el empleador afectado, por el que se imponen restricciones acerca de las personas a las que un informante puede revelar información y que puede supeditar la protección del informante a que este observe esas restricciones. Por ejemplo, aunque nada impide directamente que un delator del sector privado revele un acto de corrupción a los medios informativos o a las autoridades del Estado parte mencionado, el empleador podrá adoptar más tarde medidas contra esa persona por tomarse esa libertad. Además, la existencia de delitos relacionados con vulneraciones de secretos comerciales o del secreto de Estado podría suponer otro desincentivo para que los empleados denuncien delitos de corrupción.

<sup>74</sup> *Ibid.*, subsecc. II.3.

Habida cuenta de lo anterior, los Estados partes deben hacer todo lo posible por alcanzar un equilibrio entre el reconocimiento de las obligaciones de lealtad y confidencialidad de los empleados públicos y los del sector privado con el Estado y su empleador, respectivamente, y la obligación de proporcionar protección contra todo trato “injustificado” de los denunciantes. No debería permitirse que el abuso de confidencialidad sea un obstáculo para proporcionar protección si la denuncia se hace de buena fe. Ello podría lograrse mediante el establecimiento de órganos especiales de supervisión o consejeros de confidencialidad que se encarguen de recibir denuncias de conducta indebida que puedan causar graves daños a la organización pertinente, o estableciendo diferentes esferas de revelación, con los niveles correspondientes de protección, la primera dentro de la organización para la que trabaje el denunciante y la siguiente en organismos e instituciones externos, cuando sea probable que las denuncias presentadas al primer nivel no den resultados apropiados o, efectivamente, no los den<sup>75</sup>.

### Ejemplos de la aplicación

Sirve de ejemplo de esta solución el sistema de tres esferas de revelación de un Estado parte. El propio empleador del delator es el receptor más seguro de las preocupaciones relativas a la corrupción. Las revelaciones internas estarán protegidas si el delator actúa de buena fe y observa el proceso establecido por el empleador para tales revelaciones. Las revelaciones a órganos reguladores especificados (por ejemplo, la oficina del defensor del pueblo y el auditor general) también están protegidas, sin necesidad de que se haya planteado antes la preocupación al empleador, cuando el delator haga la revelación de buena fe y el empleado crea razonablemente que el órgano regulador se ocuparía habitualmente de ese tipo de problema. Las revelaciones más amplias (por ejemplo, a la policía, a miembros del parlamento y a los medios informativos) pueden estar protegidas siempre que la revelación sea razonable, se haga de buena fe y, fundamentalmente, que haya un buen motivo para no acudir a las dos primeras esferas.

Análogamente, en otro Estado parte, la jurisprudencia admite una excepción de la obligación de confidencialidad, cuando la revelación atiende a un interés irrenunciable; en esos casos, el empleado debe comunicar en primer lugar los hechos al empleador, denunciarlos seguidamente a las autoridades y, únicamente como último recurso, dirigirse a los medios informativos. La revelación directa a las autoridades también es admisible cuando esté justificada. Así pues, cualquier medida de despido adoptada en tales casos por incumplimiento de la obligación de confidencialidad se considera injustificada y da lugar a una reclamación de indemnización. El país en cuestión también declaró que se proponía adoptar medidas para reforzar el mecanismo de protección en vigor contra el trato injustificado y se le alentó a que adoptara medidas para lograrlo.

### Problemas

Los problemas notificados en relación con la aplicación del artículo 33 son muy similares a los relativos a la protección de los testigos. Además, se subrayó la necesidad de establecer programas auxiliares para sensibilizar sobre la importancia de revelar actos de corrupción, los mecanismos de denuncia y los medios de protección disponibles para los delatores, lo que facilitaría la aplicación práctica de las leyes sobre su protección. Entre otras medidas auxiliares sugeridas figuran la concesión de incentivos financieros a los delatores, la creación de políticas institucionalizadas de protección de los delatores dentro de las empresas, y el

<sup>75</sup> *Ibid.*, subsecc. II.4.

establecimiento de órganos independientes encargados específicamente de aplicar las políticas nacionales de revelación en interés público y de protección de los delatores.

### **E. Consecuencias de los actos de corrupción (artículo 34)**

El artículo 34 crea la obligación general de que los Estados partes adopten medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción y está concebido específicamente para asegurar que las personas (tanto naturales como jurídicas) no se beneficien de contratos, concesiones o instrumentos semejantes obtenidos por medios corruptos. Aunque algunos Estados partes tienden a citar las sanciones y penas impuestas a las personas naturales y jurídicas condenadas por delitos de corrupción (desde privación de libertad, sanciones pecuniarias e inhabilitaciones hasta la revocación de licencias profesionales y empresariales, y la inclusión en listas negras), la disposición en cuestión trata de abordar cuestiones que no están ya previstas en normas más especiales, como las contenidas en el artículo 26, el artículo 30, párrafo 1, y el artículo 35, y velar por que, con arreglo a uno de los principios básicos de la Convención, la corrupción no sea lucrativa. Es decir, la condena de las prácticas corruptas debe ir más allá de las sanciones penales y debe reflejarse en todas las ramas pertinentes del derecho, ya sea el derecho privado, el derecho de la competencia, el derecho administrativo, el derecho tributario, el contractual y el de daños<sup>76</sup>.

Aunque la disposición deja a los Estados partes margen de maniobra con respecto a las medidas correctivas que deben adoptar, la mayoría de los exámenes se centran en las medidas indicativas que incluye, es decir, la anulación o rescisión de contratos y la revocación de acuerdos de concesión u otros instrumentos semejantes. Al llegar aquí, cabe observar que el artículo 34 crea la obligación positiva de que los Estados partes adopten medidas para hacer frente a las consecuencias de la corrupción y expongan la manera en que lo han logrado. La simple declaración, como se hizo en un caso, de que “nada de lo dispuesto en el derecho interno impide que la corrupción se considere un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato, revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva” debe considerarse insuficiente para los propósitos de un examen de un país.

La corrupción es un factor en la anulación o rescisión de contratos o la revocación de concesiones o instrumentos semejantes en la gran mayoría de países, aunque alrededor de una quinta parte de las jurisdicciones, en particular del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, no parecen ofrecer esa posibilidad o no proporcionaron información adecuada. Un método normal de llevarlo a cabo es mediante la aplicación de principios generales (ya sean del *common law* o del derecho civil) del derecho contractual que permiten la anulación o rescisión de un contrato que implique *mala fides* (mala fe o engaño fraudulento) por parte de al menos una de las partes en el contrato. La parte perjudicada y las personas con un interés legítimo pueden impugnar el contrato de que se trate. Cabe señalar que algunos países están obligados a este respecto por el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, que, en su artículo 8, párrafo 2, obliga a las partes a establecer en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante el tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

<sup>76</sup> *Ibid.*, art. 34, secc. I.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se observó una tendencia creciente a incluir cláusulas tipo en contratos públicos que están concebidas para que el Gobierno pueda rescindir contratos, revocar licencias y adoptar otras medidas similares cuando haya existido una conducta corrupta o delictiva. Se observó que podría estudiarse con más detenimiento la utilización más amplia de disposiciones contractuales de ese tipo.

Cabe mencionar que, en ese Estado parte concreto, las actividades fraudulentas, si se establece que han tenido lugar, pueden constituir motivo suficiente para revocar instrumentos, incluso sin tener que iniciar procedimientos judiciales. Ejemplo de ello es la transferencia de titularidad: si el registrador de títulos se da por satisfecho de que la transferencia ha sido consecuencia de una actividad fraudulenta podrá, tras haber oído a las dos partes en la solicitud, revocar o cancelar la transferencia.

Aunque los principios citados se refieren normalmente a contratos con un contenido legal, pero que se consiguen mediante influencias corruptas, lo que los hace anulables, en un número considerable de exámenes también se mencionó la posibilidad general de considerar nulos desde el principio los contratos cuyo objeto sea ilegal o contradiga el orden público y la buena moral. Con arreglo a las disposiciones pertinentes, un contrato que se prepare después de un acto de corrupción será nulo si el acto corrupto ha influido sustancialmente en el contenido del contrato, o si el objeto del contrato es la propia transacción corrupta, por ejemplo, el acuerdo de una comisión específica por los servicios de un intermediario que se ha ofrecido a ejercer influencia ilícita en un funcionario público. A ese respecto, algunos países aludieron nuevamente a la aplicación del Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, que en su artículo 8, párrafo 1, prevé que cada parte disponga en su derecho interno la nulidad de todo contrato o toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción. Sin embargo, debe quedar claro que esa nulidad por sí sola no es suficiente para cumplir los requisitos de la Convención contra la Corrupción, ya que el objetivo del artículo 34 no es el de proteger los intereses de una parte que esté también implicada en una transacción corrupta.

En un segundo grupo de países (distinto del que recurre a los elementos citados del derecho contractual básico), el asunto se regula (a menudo no de forma exclusiva, sino complementaria) mediante las disposiciones especiales de diversos decretos administrativos, leyes contra la corrupción, leyes de contratación pública, o leyes sobre concesiones, que estipulan directa o implícitamente la nulidad de contratos y acuerdos de concesión celebrados mediante la utilización de medios corruptos. Se alentó en general a los Estados partes a que incluyeran disposiciones más detalladas en esos reglamentos en lo que respecta a considerar la corrupción un factor pertinente en la anulación o rescisión de un contrato, o la revocación de una concesión, y a definir claramente los criterios aplicables. En algunos casos se comprobó que los contratos podían rescindirse en virtud de la legislación sobre contratación pública, pero que faltaba la regulación de las concesiones u otras medidas correctivas; en consecuencia, se formularon recomendaciones para que se adoptaran las disposiciones correspondientes. En otro estudio se abordó la importante cuestión de que las disposiciones nacionales pertinentes tendían a referirse a la revocación de licencias y contratos únicamente cuando implicaban a licitadores y contratistas de obras públicas, lo que dejaba claro que los Estados interesados debían considerar también la posibilidad de adoptar medidas para hacer frente a las consecuencias de la corrupción en el sector privado.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, además de cláusulas contractuales generales que prevén las consecuencias de la corrupción, la ley de contratación pública y la ley sobre concesiones establecen que no se celebrará ningún contrato de adquisiciones públicas o de concesión, y si se celebra, se considerará nulo y sin efecto, en caso de inadecuación de los candidatos (debido a una condena previa por un delito de corrupción). La misma disposición se aplica a las infracciones de procedimiento, en particular en casos de soborno con la intención de obtener una licitación.

En otro Estado parte, la legislación administrativa prevé la posibilidad de anular un acto administrativo, incluidos los contratos y acuerdos. El contralor general del Estado, al realizar el control jurídico preventivo a que están sujetos los actos administrativos, verifica si cumplen con la ley y los principios de probidad, transparencia, apertura, igualdad, libre competencia de los licitadores, y observación estricta de las condiciones que rigen el concurso o la licitación y las destinadas a prevenir actos de corrupción. Si se comprueba que se han incumplido esas disposiciones o esos principios, el contralor general se abstiene de tramitar esos actos e informa al organismo público competente afectado, que procede a declarar su nulidad.

En algunos Estados partes, la cuestión también parece estar regulada por disposiciones del derecho penal (en el código penal o el código de procedimiento penal), que prevén la posibilidad de restitución restableciendo la situación anterior, restaurando un derecho anterior, anulando determinadas transacciones o reparando las consecuencias y los daños civiles de la corrupción, normalmente sobre la base de una orden contenida en la condena dictada después de una declaración de culpabilidad por un delito. La anulación del contrato, la concesión u otro instrumento jurídico es considerada parte de esa reparación del daño.

Por último, también se hace referencia a otros tipos de medidas correctivas, como la inclusión en listas negras; la retirada de subvenciones, licencias o autorizaciones administrativas; el decomiso de las garantías proporcionadas por un delincuente en el marco de un proceso de licitación; o la recuperación de las contribuciones a cajas de pensiones financiadas por los empleadores, cuando se ha condenado a empleados del sector público por delitos de corrupción. La recuperación de los fondos de jubilación se basa en la noción de que un empleado condenado por un delito de corrupción no ha cumplido sus obligaciones contractuales.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se consideró buena práctica (en el contexto del artículo 34) que las instituciones públicas afectadas por la comisión de un delito estén obligadas a presentar una demanda y personarse como demandantes para proteger los intereses de la institución, con independencia del proceso penal incoado por el ministerio público.

## F. Indemnización por daños y perjuicios (artículo 35)

El artículo 35, relativo a la indemnización por daños y perjuicios, parece ser una de las disposiciones menos problemáticas de toda la Convención por lo que se refiere a su cumplimiento.

Todos los Estados partes examinados, excepto unos pocos, han adoptado medidas para aplicar el artículo en su totalidad o en parte. En la mayoría de los Estados donde se constató que las disposiciones eran inadecuadas, la legislación nacional da al tribunal penal, al considerar la sanción que se ha de imponer al delincuente, la opción de ordenar la indemnización de la víctima o la restitución de pérdidas razonables y verificables, teniendo en cuenta usualmente el carácter y la gravedad del delito, el grado y la naturaleza de toda lesión personal o de las pérdidas materiales que haya sufrido una persona como consecuencia de su comisión, y cualquier factor que se considere atenuante o agravante de la sanción. Esa “orden de indemnización” es una forma de sanción impuesta a discreción del tribunal, bien por iniciativa propia, bien a instancia del fiscal. Sin embargo, no otorga necesariamente a las personas que han sufrido daños el derecho a reclamar indemnización a los responsables, como se prevé en la disposición examinada; las autoridades de los Estados en cuestión tampoco indicaron que las disposiciones pertinentes permitieran a una víctima presentar una solicitud de indemnización, como ocurría en países con una legislación similar. Por lo tanto, esa solución debería considerarse insuficiente para los propósitos de la Convención. Además, en uno de los casos objeto de examen, la ley nacional de lucha contra la corrupción que se ocupa del asunto se refiere solamente a la indemnización por los daños sufridos específicamente por el principal cuyo agente ha sido condenado por un delito de corrupción, y no cuenta con disposiciones que establezcan las normas y el procedimiento que ha de observar el tribunal para ordenar la indemnización de la víctima.

El objetivo del artículo 35 es instar a los Estados partes a establecer el fundamento jurídico para que quienes hayan sufrido algún tipo de daños y perjuicios como consecuencia de actos de corrupción puedan exigir una indemnización a los involucrados en dichos actos. De hecho, los ordenamientos jurídicos nacionales, por regla general, prevén procedimientos que permiten a personas o entidades exigir indemnización por daños y perjuicios (materiales o inmateriales), o por cualquier consecuencia perjudicial sufrida como resultado de actos de corrupción. En una nota interpretativa a la Convención se indica que todas las personas o entidades que hayan sufrido daños y perjuicios como consecuencia de actos corruptos deberían tener derecho a exigir una indemnización. Se entiende que la expresión “entidades o personas” incluye a los Estados, así como a las personas jurídicas y naturales<sup>77</sup>. La mayoría de los países parecen adoptar esa interpretación. Además, muchos Estados partes parecen haber adoptado un enfoque consecuente dirigido a la recuperación económica del daño del Estado y al resarcimiento del mismo. Por ejemplo, en un caso, el fiscal general está obligado por ley a iniciar un proceso civil en el caso de delitos que afectan a los activos del Estado.

Por lo que se refiere a quién se debe considerar responsable, debería existir un recurso que permita exigir una indemnización por daños y perjuicios incluso cuando se alegue que una autoridad pública ha sido cómplice en un proceso corrupto. La administración puede ser responsable solidariamente de los daños y perjuicios derivados de un acto de corrupción por parte de un funcionario público, junto con la persona culpable. Los elementos de responsabilidad, como la causalidad y la magnitud de los daños causados al demandante por un acto de corrupción (“perjudicadas como consecuencia de”), tendrán que justificarse de conformidad con los principios del derecho interno de cada Estado que rijan la causalidad y la cuantía de la indemnización debida. En el contexto de la intencionalidad, y en consonancia con las disposiciones de la Convención, se observó que la falta de interacción personal entre el autor (o autores) y el demandante (o demandantes), o el desconocimiento por el autor del daño específico a los intereses de demandantes concretos, no debería servir de defensa u obstáculo jurídico para quienes han sufrido daños y perjuicios y tratan de exigir indemnización. Es decir, deben

<sup>77</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 35, secc. C (pág. 323).

existir los medios de exigir indemnización, en la medida en que los actores de una transacción corrupta tenían la intención de causar daño, o sabían que se iba a causar daño, a un determinado grupo de personas.

No suele haber disposiciones jurídicas especiales que prevean una causa de actuación basada en daños y perjuicios debidos a actividades corruptas; esos casos se tramitan con arreglo a los principios generales del derecho civil (contractual o de responsabilidad civil). Existen, sin embargo, excepciones, como en el caso de un país que ha introducido la responsabilidad específica de las personas que han causado daño o perjuicio a otras como resultado de la comisión o autorización de un acto de corrupción, o por no haber tomado las medidas razonables para prevenir este tipo de actos. Esa responsabilidad abarca la restauración de los daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales, en aplicación de los artículos 3 y 5 del Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa.

La vía ordinaria para obtener indemnización consiste en incoar un procedimiento civil ante un tribunal civil contra el delincuente (y/o las personas que tienen la responsabilidad civil por sus actos). La condena penal no es un requisito para que la víctima que solicita una indemnización al presunto autor del hecho ilícito inicie dicho procedimiento, y la reparación civil no excluye la sanción penal. Sin embargo, en muchos casos, las víctimas del delito de corrupción pueden exigir reparación por medio de este conducto ordinario y (como se menciona en el capítulo II, sección C) presentando una demanda civil en el marco de actuaciones penales si los daños fueron consecuencia directa, personal e inmediata del delito. Los mecanismos que permiten a las personas o entidades presentar una demanda civil ante el tribunal penal que falla la causa penal, al margen de que la víctima estuviera en el origen de las actuaciones por presentar una demanda, han sido calificadas de buena práctica, en la medida en que son operativos, eficientes y basados en disposiciones procesales amplias que velan por la restitución de los derechos de las víctimas y la indemnización por los daños y perjuicios que han sufrido como consecuencia de actos delictivos relacionados con la corrupción. Cuando, en particular, es el Estado el que plantea reclamaciones como parte perjudicada, los Estados partes deberían velar por que las autoridades nacionales que representan al Estado hagan esfuerzos desde el principio del proceso con miras a la restitución.

### **Logros y buenas prácticas**

El tribunal de casación de un Estado parte ha reconocido expresamente que es admisible que una empresa sea parte civil en un procedimiento penal cuando sus ofertas son rechazadas a causa de la corrupción de un funcionario público por uno de sus competidores. Igualmente, el tribunal reconoció que un tercero, ajeno al acuerdo de corrupción, puede invocar el daño material y moral que le causaron las consecuencias de ese contrato delictivo. Así pues, se ha declarado admisible que una oficina pública del departamento de vivienda social inicie una acción civil durante un enjuiciamiento por soborno pasivo de su director y secretario por los perjuicios a su reputación que habían causado los actos de sus empleados. En el mismo Estado, así como en otros, las organizaciones no gubernamentales y otros organismos y asociaciones que trabajan en la prevención de la corrupción pueden presentar una demanda civil o una acción civil en actuaciones penales relativas a un delito de corrupción. Los examinadores subrayaron que consideraban esto como una buena práctica para otros Estados partes que proyectan aumentar el papel y la participación de la sociedad civil en sus procesos jurídicos internos.



Además de la posibilidad de que un demandante presente la acción civil resarcitoria para reclamar los daños y perjuicios derivados de un delito relacionado con la corrupción como parte de las actuaciones penales, la ley de otro Estado establece que una acción civil por “daños sociales” puede ser incoada por la procuraduría general del país en el caso de delitos que afectan a intereses colectivos. Esta posibilidad de obtener reparación civil por el daño social causado por delitos de corrupción se puso de relieve como una buena práctica. Por último, se elogiaron también como una buena práctica en el contexto del artículo 35 las disposiciones legislativas que preveían la devolución a la víctima sin demora de los bienes decomisados a un delincuente corrupto. Un Estado, en concreto, ha establecido un fondo especial de indemnización en el ministerio de justicia que está encargado de la ejecución de las decisiones de los tribunales penales relativas a la responsabilidad civil y la indemnización por daños y perjuicios. Mediante dicho Fondo, se adoptan las medidas necesarias para recaudar las cantidades debidas por las personas obligadas (incluso por medio de la incautación de salarios, sueldos y otros ingresos) y su transmisión a las víctimas. En el marco del Fondo, la indemnización está garantizada cuando los infractores no hacen frente a sus responsabilidades. Para esta indemnización se recurre a fondos procedentes de otras fuentes, como deducciones de la remuneración del trabajo de reclusos, el dinero incautado que no ha sido reclamado en un plazo de un año después de que el fallo fuera firme, el valor de activos decomisados, indemnizaciones de casos anteriores que no habían sido reclamadas en el plazo legal y recargos impuestos en casos de retrasos en los pagos.

Sin embargo, cabe señalar que un mecanismo de acción civil vinculado al proceso penal tal vez no sea suficiente por sí solo para garantizar el cumplimiento de la Convención, ya que el artículo 35 no contiene, al menos no directamente, esa restricción. En un caso en que no existían al parecer disposiciones que garantizaran a las personas calificadas para ello el derecho de iniciar actuaciones legales sin una causa penal previa, se formuló una recomendación a las autoridades para que subsanaran ese problema.



## Capítulo III. Aplicación de la ley

### A. Disposiciones institucionales

#### 1. Autoridades especializadas (artículo 36)

En el artículo 36 se exhorta a los Estados partes a que se cercioren de que disponen de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Con contadas excepciones, los Estados partes han creado uno o más órganos o departamentos especializados con ese fin. En el caso de los que no lo han hecho, las razones parecen estar relacionadas con el pequeño tamaño del territorio y de la población de los Estados en cuestión (por ejemplo, los pequeños Estados insulares). Aunque no cabe duda de que esos Estados están sujetos a las mismas obligaciones jurídicas que los demás Estados partes en la Convención, pese a tener en general una menor capacidad administrativa y contar con recursos limitados<sup>78</sup>, los examinadores se han inclinado a reconocer esas limitaciones y han centrado su atención en la necesidad de fortalecer la independencia y las capacidades de las instituciones ordinarias de justicia penal, en particular la policía, el poder judicial, las dependencias de inteligencia financiera y otros organismos dedicados a las investigaciones financieras.

En al menos un caso, los examinadores estimaron que la existencia en la fiscalía de una unidad especializada para los casos de “delitos económicos graves”, como la corrupción, no era suficiente, aunque se consideró que constituía un avance positivo puesto que no existía una sección permanente dedicada específicamente a los asuntos de corrupción. Por consiguiente, se recomendó que se estudiara la posibilidad de crear una estructura permanente en el seno de las autoridades nacionales que actuara como institución rectora en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, en otros casos en que, por ejemplo, se habían creado fiscalías especiales para delitos contra la administración pública o comisiones de investigación del abuso de autoridad, los examinadores se mostraron satisfechos con esos órganos especializados que subsumían la corrupción en categorías delictivas similares o más genéricas, lo que indica que no es el nombre o el alcance de la competencia lo que es importante, sino la especialización del órgano encargado de hacer cumplir la ley y de sus miembros. Esto se aplica especialmente a los países más pequeños, como lo ilustra el ejemplo de un Estado que fue elogiado porque, pese a su reducido tamaño, había creado una dependencia especializada en delitos financieros dentro de la policía criminal. Por otro lado, los Estados partes deberían estudiar la posibilidad de extender el mandato de cualquier órgano de ese tipo a todas las conductas relacionadas con la corrupción, incluida la corrupción en el sector privado, cuando corresponda.

La mayoría de los países han optado por un organismo, comisión, oficina, dirección, departamento o grupo de tareas anticorrupción único o central que funciona (o está a punto de empezar a funcionar) como estructura independiente o dentro del marco institucional del ministerio de justicia, la fiscalía o la policía nacional. Sin embargo, en los Estados federales puede haber autoridades centrales en cada uno de los estados constitutivos. Esas entidades de

---

<sup>78</sup>Véase también la resolución 6/9 de la Conferencia de los Estados Partes, titulada “Fortalecimiento de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en los pequeños Estados insulares en desarrollo”, que figura en el documento CAC/COSP/2015/10.

lucha contra la corrupción están facultadas, en diversos grados, para investigar y/o enjuiciar los delitos relacionados con la corrupción, coordinar las operaciones nacionales, tratar de conseguir la devolución de los bienes y los productos derivados de la corrupción y centralizar la información relativa a los modos y métodos utilizados para cometer los delitos relacionados con la corrupción.

Algunos de esos órganos tienen competencias operacionales exclusivas para realizar investigaciones dirigidas a detectar casos de corrupción y para utilizar medios y técnicas especiales en el curso de las investigaciones penales. Ese es el caso, por ejemplo, de un país que creó un departamento de lucha contra la corrupción dentro de la fiscalía en aplicación de las recomendaciones de la Red Anticorrupción para Europa Oriental y Asia Central. En otros casos solo se llevan a cabo investigaciones preliminares encaminadas a descubrir los delitos de corrupción o se comparten las capacidades para hacer cumplir la ley en los asuntos de corrupción con las autoridades judiciales y los servicios “ordinarios” de la policía y el ministerio público, que también pueden tener cierto grado de especialización. Los organismos especializados de este tipo suelen centrarse en los casos de corrupción más graves y complejos, o en los casos que conciernen a funcionarios públicos de alto rango, y dejan que los órganos ordinarios encargados de hacer cumplir la ley se ocupen de los casos de corrupción de nivel inferior. Además, algunos órganos de lucha contra la corrupción que tienen facultades de investigación y aplicación de la ley cumplen también funciones preventivas, por ejemplo, de educación, sensibilización y coordinación. Asimismo, pueden elaborar estudios criminológicos analíticos sobre la aplicación de las disposiciones penales contra la corrupción y tienen derecho a redactar y proponer enmiendas a la legislación vigente. Esta práctica se ajusta a una nota interpretativa sobre la Convención en la que se declara que el órgano u órganos mencionados en el artículo 36 pueden ser los mismos que los mencionados en el artículo 6<sup>79</sup>. Corresponde a las autoridades nacionales decidir si la aplicación de la ley y la prevención recaen bajo el mandato de un mismo órgano o si las funciones preventivas se asignarán a una o varias entidades diferentes.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, el órgano de lucha contra la corrupción se divide en dos secciones: la primera se ocupa de investigar los delitos y la segunda se encarga de la prevención y la elaboración de programas y políticas públicas para prevenir y combatir la corrupción.

En otro Estado parte, la oficina de lucha contra la corrupción, además de cumplir funciones de investigación, fomenta activamente la sensibilización y combate la corrupción mediante programas de conferencias, exposiciones, publicidad en los medios de comunicación y actividades promocionales a fin de alentar a la población a denunciar los casos de corrupción.

El mandato de la comisión de lucha contra la corrupción de un tercer Estado parte consiste en sensibilizar y educar a la población en materia de corrupción, realizar actividades de prevención de la corrupción, llevar a cabo operaciones encubiertas, averiguaciones e investigaciones para detectar casos de corrupción, y examinar e inspeccionar las declaraciones de patrimonio e ingresos de los funcionarios públicos de nivel superior. Los expertos observaron que ese enfoque propiciaba la lucha contra la corrupción debido a que englobaba las tres estrategias principales, a saber, la educación, la

<sup>79</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 36, secc. C (pág. 325).

prevención y la aplicación de la ley. Además, se observó que la legislación anti-corrupción contenía una disposición singular que prohibía la reducción del presupuesto del organismo de lucha contra la corrupción con respecto al año anterior y exigía la aplicación de las recomendaciones relacionadas con la corrupción que el organismo formulara a las instituciones del sector público. Existía un acuerdo tripartito entre el organismo, el Gobierno y la sociedad civil para promover la colaboración en la lucha contra la corrupción, y en el consejo consultivo del organismo participaban también representantes de la sociedad civil.

En otro grupo, los Estados partes no cuentan con organismos aparte especializados en la lucha contra la corrupción que tengan una función claramente definida entre sus instituciones nacionales. En lugar de ello aplican un enfoque más descentralizado o individual. Esos países han establecido departamentos especiales en los ministerios públicos nacionales, han designado fiscales especializados en las regiones del país para investigar los casos relacionados con la corrupción, han introducido unidades policiales e investigadores especializados o estructuras de investigación de delitos económicos a nivel regional, o han establecido divisiones de tribunales especializados para conocer de casos de corrupción. En uno de estos Estados partes, los fiscales pueden solicitar el apoyo y la asistencia de una unidad especializada de lucha contra la corrupción, que presta apoyo jurídico durante las investigaciones, en la que trabajan analistas financieros y contables que evalúan la información reunida en los casos relacionados con delitos económicos. Del mismo modo, en otro Estado parte, varios fiscales forman un “centro de conocimientos especializados” sobre delincuencia económica y corrupción, que trabaja en estrecha colaboración con contables y analistas financieros. Por último, en un tercer país, algunos de los delitos más graves y complejos y algunos casos con conexiones internacionales se trasladan generalmente a una autoridad policial especial, en que los investigadores están especializados, entre otras cosas, en delitos financieros y económicos, incluidos los de corrupción.

Un tercer grupo de Estados partes aplica un enfoque pluriinstitucional que confiere la responsabilidad de la lucha contra la corrupción a numerosos organismos independientes o a divisiones encargadas de hacer cumplir la ley adscritas a distintas autoridades o ministerios (por ejemplo, el ministerio de justicia y el ministerio del interior), y en algunos casos, a organismos de lucha contra el blanqueo de dinero que tienen facultades de aplicación de la ley superiores a las de una dependencia básica de inteligencia financiera. Esto se basa en la idea de que la lucha contra la corrupción no debería estar bajo la responsabilidad de un único organismo. Por ello, se establecen diversos órganos e iniciativas gubernamentales a fin de promover la rendición de cuentas y la transparencia. Se consideró que los ejemplos de este enfoque eran satisfactorios y aplicaban plenamente el artículo 36. No obstante, en un caso se observó que las unidades especializadas se centraban principalmente en el fraude y el soborno en el extranjero, en lugar de la corrupción interna. Aunque ello se consideró encomiable y en muchos aspectos excepcional, se instó a las autoridades nacionales a que estudiaran la posibilidad de concentrar recursos adicionales en el ámbito nacional y elaborar una estrategia nacional de lucha contra la corrupción.

Aunque se ha observado que los tres sistemas básicos arriba descritos, y sus diferentes variaciones, están en consonancia con los requisitos de la Convención, dado el amplio margen de discrecionalidad de que gozan los Estados partes para elegir el modelo que mejor se ajuste a sus necesidades y condiciones estructurales<sup>80</sup>, los expertos encargados del examen se han

<sup>80</sup>Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para la elección del modelo adecuado y los argumentos a favor y en contra de la concentración de la labor de lucha contra la corrupción en una autoridad única, véase la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 36, subsecc. II.1.

inclinado por favorecer los enfoques más centralizados o los modelos más integrados que reducen al mínimo el riesgo de fricción y de superposición de funciones. Así, por ejemplo, con respecto a un Estado, expresaron su apoyo a un plan para fortalecer el ministerio público mediante la creación de una fiscalía suprarregional encargada de procesar los casos sumamente complejos. Del mismo modo, en dos Estados que aplican el enfoque pluriinstitucional, instaron a las autoridades a que siguieran avanzando en el establecimiento de una comisión de integridad o un órgano nacional de lucha contra la corrupción similar, o a que subsanaran los problemas de coordinación interinstitucional otorgando a una autoridad anticorrupción competente las facultades de aplicación de la ley y procesales necesarias, los recursos y la capacitación adecuados y un mandato legislativo claro para que desempeñaran eficazmente sus funciones en todo el país. Por último, en un caso, elogiaron el establecimiento y el funcionamiento de órganos especializados en cada etapa del proceso de aplicación de la ley (a saber, una unidad de policía anticorrupción para los fines de la investigación, una fiscalía especial encargada de procesar los delitos relacionados con la corrupción, y un tribunal penal especializado con jurisdicción exclusiva sobre los principales delitos de corrupción y otros delitos económicos graves). Los expertos encargados del examen observaron que los miembros de esos órganos estaban muy motivados, como lo demostraban las estadísticas que ponían de manifiesto un aumento importante del número de casos de corrupción presentados ante los tribunales tras la introducción de la estructura.

Otra medida acogida favorablemente por los examinadores fue el nombramiento de jueces especializados en la sustanciación de delitos de corrupción, financieros y económicos y el establecimiento de tribunales especiales contra la corrupción. Por ejemplo, en el caso de un Estado que tenía un tribunal especializado con competencia sobre un solo delito específico relacionado con la corrupción (el enriquecimiento ilícito), se recomendó que se ampliara su competencia de modo que abarcara todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención. De hecho, esos tribunales pueden ayudar a reducir la acumulación de casos pendientes y brindar una buena oportunidad para que los funcionarios judiciales se familiaricen con los detalles técnicos de los casos de corrupción y puedan gestionar sus complejidades de manera rápida, eficaz y eficiente<sup>81</sup>.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se señaló, en particular, que la creación y el funcionamiento de un organismo específico de lucha contra la corrupción eran la principal explicación de los logros alcanzados por el país en esa esfera. Este organismo ha presentado demandas contra exministros, parlamentarios, altos funcionarios, alcaldes, directores de empresa y uno de sus propios funcionarios. Gracias a ello, el funcionamiento del sistema de lucha contra la corrupción ha mejorado mucho. El organismo parece disfrutar de la independencia necesaria y de facultades de investigación considerables. También goza de gran respeto y confianza entre la población, ha atraído una atención positiva a nivel internacional y parece constituir un logro ejemplar y una fuente de enseñanzas que pueden ser útiles para otros países.

En el mismo Estado parte se señaló que otra medida positiva había sido la creación de un tribunal especial contra la corrupción, que había resultado ser un aliado eficaz del organismo, además de los magistrados especializados del tribunal supremo. En la actualidad hay planes en curso para establecer más tribunales, uno en cada región del país.

<sup>81</sup> Véase también CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1, párr. 27.

### *Independencia*

El órgano o los órganos o personas previstos en el artículo 36 deben gozar de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado parte, para poder desempeñar sus funciones con eficacia, sin injerencias políticas u otras influencias indebidas. A ese respecto, en un país, la creación del organismo anticorrupción actual fue consecuencia de una sentencia de su tribunal constitucional, por la que este resolvió, en primer lugar, que la constitución y varios acuerdos internacionales vinculantes imponían al Estado la obligación de establecer y mantener un órgano eficaz e independiente para luchar contra la corrupción y, en segundo lugar, que la ley por la que se regía la dirección de policía, que se había ocupado hasta entonces de los casos de corrupción, era incompatible con la constitución e inválida en la medida en que no garantizaba un grado adecuado de independencia.

Entre los elementos que se evalúan en relación con la aplicación del artículo 36 figuran los recursos, el presupuesto y la autonomía fiscal de los órganos interesados, la existencia de garantías constitucionales de su independencia y la forma de nombramiento y destitución de sus miembros y dirigentes (por ejemplo, por decisión parlamentaria tras un procedimiento abierto y consultivo). Los elementos evaluados en este contexto son, entre otros, la duración del mandato (estabilidad en el cargo); la formación y el desarrollo profesional; el sueldo, las prestaciones, la seguridad en el empleo y las inmunidades de que gozan (por ejemplo, frente a los litigios civiles o el enjuiciamiento en relación con actos cometidos de buena fe en el ejercicio de sus funciones); el grado en que pueden autorizar medidas especiales de investigación (como la interceptación de comunicaciones), establecer la prioridad de las investigaciones o incoar procesos judiciales sin ninguna supervisión externa; las obligaciones de presentación de informes y rendición de cuentas a que están sujetos (por ejemplo, la obligación de presentar un informe anual sobre sus actividades); la evaluación de su actuación profesional y si tienen suficientemente en cuenta la naturaleza y complejidad de los casos; la existencia de mecanismos de vigilancia y de sistemas de frenos y contrapesos (incluida la participación de organizaciones no gubernamentales) como garantía de un funcionamiento efectivo y justo; y la existencia de reglamentos sobre conflictos de intereses.

#### **Ejemplos de la aplicación**

El departamento de lucha contra la corrupción de un Estado parte está adscrito a la fiscalía general, pero oficialmente no forma parte de ella. Eso significa que otros departamentos de la fiscalía general no pueden interferir en sus actividades. El director del departamento es independiente desde el punto de vista del procedimiento y tiene derecho a firmar autos de procesamiento, que son necesarios para presentar los casos ante los tribunales. Los sueldos de los empleados del departamento son definidos por separado por el Jefe de Estado. Este último también aprueba el nombramiento del candidato para el cargo de director del departamento. El departamento goza de las facultades de una fiscalía, que, con arreglo a la constitución, es un órgano de la rama del poder judicial.

La autoridad central de lucha contra la corrupción de un país invitó a sus homólogos de los países vecinos a realizar un examen entre pares de su estructura y facultades como institución, con el apoyo de la UNODC y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. La evaluación y los debates a que ello dio lugar facilitaron el otorgamiento del rango constitucional a la autoridad y la promulgación de una nueva ley orgánica, que la dotó de independencia administrativa, una organización adecuada y más recursos para la lucha contra la corrupción.

En varios casos se formularon observaciones sobre la independencia operacional de los órganos nacionales de lucha contra la corrupción. Por ejemplo, en un caso se expresó preocupación por el hecho de que la independencia del organismo de lucha contra la corrupción no estuviera establecida en la ley aprobada para su creación, y de que el presidente del organismo pudiera ser destituido del cargo por decisión exclusiva del presidente del país, en interés de la población o de la comisión. En otro país, las investigaciones sobre corrupción o las actuaciones conexas contra funcionarios públicos requerían la autorización previa de la fiscalía. Aunque se observó que la legislación anticorrupción prohibía la influencia o injerencia en el funcionamiento del organismo, se formuló una recomendación en el sentido de que se considerase la posibilidad de establecer sanciones penales contra las personas que lo hicieran (y también para ampliar el mandato del organismo a fin de que incluyera la investigación de todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención). Por último, en un tercer Estado parte, estaba pendiente la aprobación de una propuesta legislativa que otorgaría al Gobierno facultades de autorización similares, así como la competencia para nombrar a los altos funcionarios del organismo. También se plantearon preocupaciones sobre la independencia de los contratistas y los miembros del personal del organismo que podían ocupar cargos fuera de este (incluidas las adscripciones a otras instituciones y ministerios) y que no estaban sujetos a ninguna ley sobre conflictos de intereses. Se instó al país en cuestión a que velara por que los funcionarios que ejercieran funciones en el organismo disfrutasen de la independencia necesaria para desempeñar su trabajo con eficacia y sin presiones indebidas, y por que recibieran una formación adecuada y recursos suficientes.

#### *Formación y recursos*

Además de garantizar la independencia de las autoridades especializadas, los Estados partes deben velar por que las personas que trabajen en ellas cuenten con la formación y los recursos adecuados para llevar a cabo sus tareas, a menudo de considerable dificultad. Para lograr eso, al menos en lo que respecta a la formación, algunos Estados partes han firmado memorandos de entendimiento con organizaciones internacionales y regionales para formar al personal de sus organismos de supervisión y auditoría en todas las especialidades necesarias. La UNODC también ha organizado sesiones de formación y talleres de ese tipo. Se señaló que la confección de un módulo de formación sobre los delitos de corrupción dirigido específicamente a jueces y fiscales, que mencionara, entre otras cosas, los requisitos de la Convención, era una buena práctica que favorecía el fomento efectivo de la capacidad de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en la lucha contra la corrupción.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El departamento de lucha contra la corrupción de un Estado parte tiene facultades de aplicación de la ley y de enjuiciamiento, y cuenta con una plantilla de 145 personas formada por fiscales, investigadores, detectives y especialistas. Las autoridades nacionales hicieron hincapié en que ese número de funcionarios es suficiente para desempeñar sus funciones y tareas con eficacia, en vista del volumen de trabajo actual y de la complejidad de las investigaciones, incluidos los casos financieros. El Estado parte indicó que el personal es nombrado por orden del fiscal general de entre los empleados de la fiscalía y otros organismos encargados de hacer cumplir la ley y de auditoría, sobre la base de sus cualificaciones profesionales y su experiencia. Los empleados de la fiscalía se seleccionan mediante un proceso competitivo que consiste en un examen en tres fases, una prueba escrita, una disertación y una entrevista. Cada año, el director del departamento aprueba el programa de formación, que se desarrolla a lo largo



del año. La formación de los funcionarios del departamento se lleva a cabo mediante seminarios y sesiones de capacitación internos semanales, y a través de seminarios y conferencias organizados en cooperación con varias organizaciones internacionales. El número de causas penales iniciadas e investigadas por el departamento ha aumentado año tras año desde su creación, e incluye casos de soborno pasivo.

### *Problemas*

Un problema habitual tiene que ver con el aumento de la independencia operacional de las fiscalías y los órganos de aplicación de la ley especializados. Además, al ser órganos de reciente creación, las autoridades nacionales de lucha contra la corrupción se enfrentan a menudo a dificultades relacionadas con el carácter limitado de la capacidad y los recursos de que disponen para la aplicación. En un número significativo de casos se formularon recomendaciones para mejorar los procedimientos de dotación de personal (por ejemplo, mediante la contratación basada en concursos públicos, el mérito y la experiencia, y no en la cooptación); asegurar, mantener o aumentar el personal y los recursos destinados a la formación y sustentar económicamente el fomento de la capacidad de los órganos u organismos pertinentes; reforzar la presencia de esos organismos en las regiones y provincias; ampliar su mandato en materia de aplicación de la ley; estudiar medios y formas de aprovechar mejor los recursos disponibles, incluida la creación de sinergias entre las autoridades de investigación y las fiscalías; lograr una gestión más eficiente y eficaz de los casos; aumentar el apoyo político; y proseguir los esfuerzos de lucha contra la corrupción mediante órganos de aplicación de la ley independientes, centrándose, en particular, en buscar soluciones a los problemas de aplicación en esa esfera.

Además de lo anterior, en varios casos se recomendó que se considerase la posibilidad de aclarar las líneas de responsabilidad entre las distintas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, ya que existía cierta superposición en sus diversas funciones. En efecto, a pesar del considerable esfuerzo que se dedica a la creación de marcos jurídicos e institucionales de lucha contra la corrupción, un problema grave parece ser la falta de una visión integral de las reformas relacionadas con esa lucha, que genera duplicaciones de esfuerzos. Esa fragmentación institucional reduce la eficiencia de la lucha contra la corrupción en la práctica. En el mismo contexto, los expertos encargados del examen también observaron en varias otras jurisdicciones la necesidad de una coordinación interinstitucional eficaz, así como la necesidad de elaborar indicadores estadísticos para establecer puntos de referencia, formular estrategias y medir los progresos de los órganos de lucha contra la corrupción en cuestión.

## **2. Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (artículo 37)**

El artículo 37 de la Convención exige a los Estados partes que adopten medidas apropiadas para alentar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley de las personas que (a diferencia de los delatores o los testigos ordinarios) estén (o puedan estar) sujetas a enjuiciamiento debido a su participación directa o indirecta en delitos de corrupción (los denominados “colaboradores de la justicia”). En primer lugar, con arreglo al párrafo 4 de esa disposición, los Estados partes deben velar por que esa categoría especial de testigos disfrute, *mutatis mutandis*, de la protección contra posibles actos de represalia o intimidación prevista en el artículo 32. Eso es lo que sucede en general en los Estados partes, en la medida

en que la legislación nacional contiene programas adecuados de protección de testigos; los problemas surgen cuando las disposiciones nacionales no cumplen ni salvaguardan la norma del artículo 32. En algunos exámenes se plantearon también preocupaciones relativas a la falta de medidas de protección específicas para los delincuentes que cooperan (por ejemplo, la protección del anonimato), o de datos específicos sobre casos concretos en que se hubieran aplicado esas medidas. Los Estados partes normalmente no llevan un registro aparte de las medidas de protección que se aplican a quienes colaboran con la justicia.

También se pide a los Estados partes que ofrezcan incentivos y alicientes concretos a los delincuentes a fin de obtener su cooperación en el suministro de información que pueda ser útil para la investigación y con fines probatorios, para privar a los delincuentes del producto del delito y para recuperar ese producto. La esencia de esos incentivos y alicientes y las posibles medidas que se adopten para su introducción se dejan a la discreción de cada país. Entre las medidas que pueden fomentar los objetivos de la Convención, se insta a los Estados partes, en particular, a que prevean la posibilidad de mitigar la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de un delito de corrupción (artículo 37, párrafo 2) o de conceder inmunidad judicial a esas personas (artículo 37, párrafo 3).

Se determinó que un número importante de Estados partes no tenían políticas explícitas o disposiciones jurídicas adecuadas, aunque en algunos casos había legislación pendiente de aprobación para solucionar esa cuestión o mejorar la situación. En muchos de esos casos se formularon recomendaciones en el sentido de que se considerara la posibilidad de prever la mitigación de la pena de las personas que hubieran participado en la comisión de delitos de corrupción, se ampliara el ámbito de las disposiciones vigentes o se adoptaran otras medidas para alentar una cooperación activa y sustancial con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

### *Mitigación de la pena*

La mayoría de los Estados Partes han aplicado medidas conformes con el espíritu del artículo 37, párrafo 1. Si bien en algunos países existen disposiciones especiales que prevén la imposición de penas reducidas a los autores de delitos de corrupción que cooperen durante el proceso y faciliten la detención de uno o varios de los autores, las disposiciones vigentes en la mayoría de los Estados partes son de carácter genérico (se encuentran por lo general en el código penal) y permiten que la colaboración se considere una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal y que el tribunal la tenga en cuenta al imponer la condena, es decir, en el momento de determinar la pena concreta del autor del delito. En algunos países, esa posibilidad no está consagrada explícitamente en la legislación, pero se reconoció que constituye una práctica habitual de los tribunales nacionales.

La consideración de la cooperación del acusado en el sentido arriba señalado solo tiene efectos tangibles durante las deliberaciones de los tribunales, y no se ofrecen garantías por anticipado a la parte interesada. Los actos de colaboración que pueden dar lugar a la mitigación del trato (por ejemplo, a la imposición de una pena inferior a la prevista; a la sustitución de una condena, por ejemplo, de prisión, por otra menos severa, como una sanción monetaria; o a la no imposición de una pena adicional obligatoria prevista en la ley) suelen incluir las medidas activas que puedan haber conducido a la detección y comunicación de un delito, como el hecho de que una persona se entregue y confiese un delito, ponga al descubierto a otros cómplices, colabore en el acopio de pruebas y también preste asistencia en la investigación y detección del producto del delito, como forma de reparar el daño causado o de prevenir otras consecuencias lesivas del delito. La medida en que se opte por una condena más leve

dependerá normalmente del grado de cooperación del acusado en cuestión y del efecto en la reducción del daño causado por el delito, y se deja a la discreción del tribunal. Dado que se trata de un principio general relativo a la imposición de condenas, no suelen existir directrices u otros criterios a ese respecto y cada caso se trata con arreglo a sus circunstancias.

Cabe señalar que las disposiciones genéricas de este tipo no siempre son consideradas suficientes a los efectos de la Convención. Por ejemplo, en un pequeño número de Estados partes se recomendó que se ampliara el alcance de la legislación interna en materia de mitigación de penas y que se previera la posibilidad de no sancionar a los colaboradores espontáneos y activos, aunque en los códigos de los países en cuestión ya se reconociera como motivo para reducir la pena o como “circunstancia atenuante” cualquier intento del autor de prevenir, eliminar o paliar los efectos del delito. Del mismo modo, se hicieron extensas recomendaciones a las autoridades de un Estado parte cuyas disposiciones eran todavía más limitadas, ya que solo la “confesión espontánea de un delito”, concepto que muchos expertos gubernamentales juzgan de manera crítica, se consideraba una circunstancia que justificaba la mitigación de la pena. Esta cuestión también se examina en el capítulo I, sección A, subsección 1, más arriba.

En algunos países existen disposiciones que prevén incentivos especiales a fin de recuperar el producto de determinados delitos, por ejemplo, en el caso de malversación de fondos públicos o privados. En estos casos, la devolución de los bienes malversados o el pleno resarcimiento de la parte perjudicada antes de que el proceso penal llegue a un determinado punto (por ejemplo, antes de la inculpación formal del acusado) pueden suponer la imposición de una pena considerablemente menor. En general, se alentó este tipo de planteamiento por estar en consonancia con el artículo 37, párrafo 1. En muchos sentidos, es deseable desde el punto de vista de las víctimas, ya que significa que pueden recibir una indemnización inmediatamente, en lugar de esperar hasta la conclusión del juicio, que podría tardar años.

#### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado, las penas por malversación y apropiación indebida se reducen a la mitad si el daño causado o el beneficio obtenido por el autor son mínimos, o si resarce totalmente a la víctima el daño causado antes de que el caso se remita a un tribunal. Si el resarcimiento se produce durante el juicio y antes de que se pronuncie la sentencia, la pena se reduce en una cuarta parte.

En otro Estado, en algunos casos destacados de corrupción se ofrece a los acusados la opción del decomiso voluntario de bienes antes del juicio, que puede tenerse en cuenta al imponer la pena. Aunque no forma parte de un procedimiento oficial, esa posibilidad fue elogiada por propiciar los fines de la Convención y salvaguardar los intereses de las víctimas.

Además, en más de un tercio de los Estados partes ya existen o se están preparando leyes por las que se establecen diversas formas de negociación de los cargos y la condena, acuerdos de cooperación prejudicial y enjuiciamientos sumarios. En virtud de los arreglos pertinentes, el acusado puede tener que declararse total o parcialmente culpable de un delito, aceptar posibles demandas civiles (incluida la renuncia al título o la entrega de objetos que se hayan incautado y estén sujetos a decomiso, y el pago del producto estimado obtenido por medio del delito o su valor tasado y una indemnización por los daños causados) y no cuestionar las circunstancias que figuran en la acusación, a cambio de un cargo más leve o una reducción de la condena. En estos casos, el tribunal no celebra una audiencia ordinaria, sino que

pronuncia el veredicto basándose en las pruebas reunidas durante la instrucción del sumario, confirmando de hecho el acuerdo entre el fiscal y el abogado defensor de la persona que se ha prestado a cooperar. En algunos Estados partes parece que se aplica específicamente un régimen de este tipo con respecto a los delitos de corrupción; cuando es así, la comisión nacional de lucha contra la corrupción puede reducir o modificar de otro modo los cargos estudiando las circunstancias particulares de cada caso apropiado de cooperación. Los procedimientos simplificados de este tipo son considerados un incentivo importante para los delincuentes que puedan estar ansiosos de evitar las consecuencias negativas de un juicio penal para su reputación y, por lo tanto, estén dispuestos a cooperar con las autoridades reconociendo los hechos de que se les acusa. Sin embargo, la posibilidad de mitigar una condena puede estar relacionada no solo con la cooperación, sino también con la gravedad del delito y la culpabilidad del acusado, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la mitigación de la pena puede estar excluida en el caso de un delito grave de corrupción o cuando existan circunstancias que agraven seriamente la conducta de la persona que se presta a cooperar<sup>82</sup>.

En los casos de negociación de los cargos y la condena, el tribunal normalmente conserva un cierto grado de discrecionalidad y control con respecto a la autorización del acuerdo a fin de cerciorarse de que el acusado ha contado con la asistencia de un abogado, que entiende su derecho a hacer valer su inocencia y exigir un juicio, que declara voluntariamente, que entiende las condiciones de cualquier acuerdo y las consecuencias de una declaración de culpabilidad, en particular la renuncia del derecho a interponer un recurso contra la decisión dictada sobre la base del acuerdo, y que no ha sido objeto de coerción o promesas improcedentes por parte del fiscal. De hecho, como se señala en la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (párrafo 475 a)), la posibilidad de que los jueces se vean obligados a imponer penas más clementes y de que no se les conceda un margen de discrecionalidad a este respecto debe abordarse con cautela, dado que puede plantear problemas en cuanto a la independencia judicial, dar cabida al abuso y crear posibilidades de corrupción por parte de los fiscales. La necesidad de actuar con cautela se confirmó en un Estado en que el juez tenía la función de validar las transacciones extrajudiciales entre el acusado y el fiscal pero no podía modificar su contenido. En ese Estado, el tribunal constitucional nacional consideró que la limitada participación y el reducido papel del juez en el procedimiento en cuestión eran inconstitucionales, y se están tomando medidas para modificar la legislación correspondiente. Con respecto al examen de las transacciones extrajudiciales, también se puso de relieve la necesidad de transparencia y de previsibilidad.

### *Inmunidad procesal*

El número de Estados partes en que puede concederse inmunidad procesal a los acusados que cooperen es generalmente inferior al de los Estados partes en que es probable que se mitigue la pena de esos acusados. Es interesante observar que en algunos países no parece tener cabida una ley que prevea la inmunidad, o una medida equivalente, debido a los principios fundamentales del derecho interno (por ejemplo, los principios de legalidad y de igualdad de trato) que prohíben conceder inmunidad durante el enjuiciamiento. Del mismo modo, en otros Estados partes, las autoridades argumentaron también que esa práctica sería incompatible con su tradición jurídica. Si bien todos esos Estados partes se basan en un sistema jurídico de tradición romanista, cabe señalar que no todos los países con tradiciones jurídicas similares parecen compartir sus reservas, al menos no en la misma medida. En cualquier caso, como se mencionó anteriormente en el capítulo I, sección A, subsección 1, la disposición del artículo 37, párrafo 3, señala la posibilidad de conceder a las fiscalías nacionales competentes

<sup>82</sup> *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 37, subsecc. II.2.

la facultad de ofrecer ese incentivo tan atractivo a la persona que coopere, en caso de que se estime conveniente.

Entre los Estados partes que prevén alguna forma de inmunidad (si no procesal propiamente dicha, al menos de imposición de una pena), muchos países (especialmente los que se basan en un sistema de *common law*) aludieron a las amplias facultades discrecionales de los fiscales, que les permiten, en determinadas condiciones y en consonancia con el artículo 31, párrafo 3, no iniciar, aplazar o sobreseer un proceso penal (o presentar una moción pertinente al tribunal) a cambio de la cooperación sustancial de un participante en actividades delictivas con un órgano de aplicación de la ley. Además, otros Estados partes citaron disposiciones legales especiales que regulaban el trato favorable de las personas que se prestaban a cooperar, ya fuere en general con respecto a todos los delitos o concretamente en relación con delitos económicos o con acusaciones relacionadas con la corrupción. Se ha constatado que esos mecanismos facilitan significativamente la detección de delitos de corrupción y alientan la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. En virtud de esas disposiciones, la plena inmunidad presupone normalmente que la persona en cuestión aporte pruebas decisivas necesarias para la condena de un funcionario público u otro autor, cómplice o encubridor de la comisión del delito pertinente. En casos concretos también puede concederse inmunidad si se concierta un acuerdo de indemnización por daños y perjuicios. En tales casos sería aconsejable tomar en consideración la posibilidad de suspender la prescripción hasta la ejecución efectiva del acuerdo.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, una disposición especial del código penal faculta a la fiscalía para poner fin a un proceso penal contra una persona sospechosa o acusada, con su consentimiento, si esa persona ha facilitado de manera considerable la verificación de hechos relacionados con un objeto de prueba de un delito que es importante desde el punto de vista del interés público en el proceso, y si, sin su asistencia, la detección del delito y la reunión de pruebas hubieran sido imposibles o se hubieran complicado sustancialmente. La fiscalía puede, por iniciativa propia, reanudar el proceso si el sospechoso o acusado deja de prestar asistencia o comete intencionalmente un nuevo delito en un plazo de 3 años después de haberse puesto fin al proceso.

En otro Estado parte, un coautor o cómplice puede comparecer como testigo de cargo con sujeción a ser eximido de enjuiciamiento. En virtud de las condiciones de la ley correspondiente, el fiscal puede informar al tribunal de que una persona citada como testigo de cargo tendrá que responder a preguntas que pueden incriminarla en relación con un delito. A continuación, el tribunal informará al testigo de que, entre otras cosas, está obligado a prestar declaración y a responder a cualquier pregunta que se le formule; y de que, si responde con franqueza y honestidad a todas las preguntas, será eximido de enjuiciamiento por el delito especificado y por cualquier delito respecto del cual sería pertinente un veredicto de culpabilidad por un cargo relacionado con el delito especificado.

Por último, en una tercera jurisdicción se reconocen dos tipos de inmunidad: la inmunidad absoluta y la inmunidad parcial. La inmunidad absoluta protege a un acusado del enjuiciamiento por todos los delitos respecto de los que preste testimonio o coopere. Aunque se concede raras veces, este tipo de inmunidad suele utilizarse en el caso de pequeños delincuentes que pueden prestar un testimonio importante contra acusados más culpables. El segundo tipo de inmunidad, la inmunidad parcial, es más

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

restringido, y está concebido para que un testigo no pueda apelar al derecho de no declarar contra sí mismo en respuesta a una pregunta en particular. En esos casos, la inmunidad se aplica solo a la respuesta a una pregunta específica, y la persona a la que se concede esa inmunidad puede ser enjuiciada, siempre y cuando las pruebas aportadas durante el testimonio prestado bajo inmunidad no se utilicen en ese enjuiciamiento.

Aparte de esas posibilidades, en un gran número de países (especialmente en el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de Europa Oriental, como se vio anteriormente en el capítulo I, sección A, subsección 1) se puede conceder inmunidad en determinadas condiciones en casos de soborno activo y, más rara vez, en casos de soborno pasivo o tráfico de influencias cuando el delincuente, antes de ser reconocido como sospechoso, sin dilación o en un breve plazo (1 o 2 meses a lo sumo), informe voluntariamente a las autoridades competentes del ofrecimiento del soborno y, de ese modo, dé a conocer el delito antes del inicio de una investigación. Un enfoque similar, más parecido a la concesión de inmunidad que a la mitigación de la pena, y que en ocasiones adopta la forma de una conmutación o remisión de la pena, es el que se aplica en algunos casos con respecto al blanqueo de dinero y que consiste en no sancionar al infractor si, cuando aún no se haya consumado el delito, pone fin a su participación y/o lo notifica a las autoridades antes de que sea revelado por otra fuente.

Curiosamente, uno de los Estados que aplican este principio a las personas que informan de haber participado en delitos de soborno activo y tráfico de influencias comunicó los resultados de un análisis nacional, realizado en 2012, en el que se había concluido, entre otras cosas, que: *a)* la cláusula de inmunidad para los delincuentes que denunciaban había resultado ser un instrumento útil para descubrir e investigar delitos de corrupción, a falta de otro instrumento igualmente eficiente en el procedimiento penal nacional; *b)* si no hubiese existido la disposición jurídica en cuestión, el número de casos en que la autoridad nacional de lucha contra la corrupción habría realizado investigaciones sobre delitos de soborno pasivo y tráfico de influencias y logrado condenas firmes se habría reducido en dos terceras partes; *c)* si no hubiera existido esa disposición jurídica, habría sido mucho más difícil determinar las formas organizadas de comisión de delitos de corrupción; y *d)* no se había notificado ningún caso en que esa cláusula se hubiera aplicado de forma abusiva.

Teniendo en cuenta este tipo de consideraciones, la mayoría de los equipos de examen se dieron por satisfechos con tales disposiciones en el contexto del artículo 37, y en algunos casos alentaron a las autoridades nacionales a que considerasen la posibilidad de ampliar el ámbito de la legislación pertinente para incluir casos específicos de un conjunto más amplio de delitos previstos en la Convención, no solo los de soborno activo o de blanqueo de dinero.

Sin embargo, al igual que con respecto al artículo 15, algunos examinadores expresaron reservas sobre el cumplimiento de las disposiciones relativas a la inmunidad automática en relación con el artículo 37 de la Convención, especialmente en el caso de soborno de funcionarios públicos extranjeros y respecto del tipo de disposiciones que funcionan como exenciones generales en el caso de las confesiones espontáneas. Esas reservas fueron especialmente evidentes en la evaluación de una disposición particular de una legislación nacional que otorgaba inmunidad al funcionario que, habiendo recibido un soborno, lo denunciase en un plazo de 30 días. El equipo de expertos criticó esa disposición, sosteniendo que, en principio: *a)* el artículo 37 solo mencionaba la inmunidad como una posibilidad para personas que no hubieran

participado en el delito, interpretación que es errónea, como se explica a continuación; *b*) la disposición nacional iba demasiado lejos al permitir que un funcionario recibiera de hecho un soborno y dispusiera de 30 días para considerar el riesgo de ser descubierto; y *c*) eso equivalía a un tipo disposición de “arrepentimiento efectivo” y podía ser objeto de abuso, ya que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley carecían de discrecionalidad y la declaración del funcionario público tenía que ser aceptada, con independencia de la gravedad del delito y la cuantía del soborno. No obstante, ese rechazo rotundo de la disposición en cuestión sobre la inmunidad se basa en parte en premisas falsas. Debe quedar claro que el artículo 37 no se refiere a la posibilidad de otorgar inmunidad solo a las personas que no hayan participado en el delito relacionado con la corrupción que se esté investigando, sino a la posibilidad de otorgarla principalmente a las que hayan participado en él. Además, y a pesar de que este tipo de disposición de arrepentimiento efectivo para autores de delitos de soborno pasivo no es habitual entre los Estados partes, puede considerarse que su establecimiento queda dentro de su margen de discrecionalidad, aunque quepa pensar que algunas medidas nacionales de mayor amplitud podrían ser más eficaces para la plena aplicación de la Convención.

Una cuestión diferente es si las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley deberían gozar de discrecionalidad sobre la decisión de conceder la inmunidad a los acusados en cuestión, y en qué medida. Esta, en efecto, es una cuestión controvertida: algunos examinadores opinaron que la falta de discrecionalidad en el caso antes descrito y en el de otros Estados partes era un elemento que menoscababa los objetivos de la Convención e impedía evaluar adecuadamente la culpabilidad del delincuente, mientras que otros consideraron que el hecho de que las autoridades gozaran de facultades discrecionales y no concedieran automáticamente la inmunidad procesal en los casos de autodenuncia era un factor que desalentaba la cooperación de las personas que hubieran participado en la comisión de un delito. Por ejemplo, en un Estado parte en que la legislación facultaba al juez de instrucción o al tribunal, en cualquier fase del proceso, a ofrecer el indulto a una persona a condición de que revelara íntegra y fielmente las circunstancias en su conocimiento relativas al delito y a todas las demás personas implicadas en su comisión, las autoridades nacionales argumentaron (y el equipo de expertos pareció aceptar) que ese arreglo no garantizaba una cooperación suficiente debido a que, entre otras cosas, no ofrecía a los cómplices la opción de cooperar por iniciativa propia para exigir inmunidad o una exención. El problema aquí parece no ser otro que el carácter discrecional de la decisión de conceder el indulto.

Esas opiniones encontradas indican que la prerrogativa de elegir la solución adecuada para la aplicación procesal de las diversas formas de inmunidad debería dejarse en manos de los propios Estados partes. Dicho esto, cabe señalar que un cierto grado de discrecionalidad parece apropiado e incluso inevitable en la mayoría de los casos, aunque solo sea en lo que respecta a la evaluación del grado de cooperación, los motivos de la persona que denuncie la conducta ilícita a las autoridades, y la sinceridad y el valor de la información pertinente revelada. Con esa discrecionalidad, puede conseguirse una aplicación más flexible de las disposiciones pertinentes, que permita al fiscal “sopesar”, caso por caso, el grado de cooperación del autor del delito y los beneficios que ha generado. Esta es probablemente la razón de que, como ha quedado en claro en la mayoría de los exámenes, no sean habituales las medidas completamente no discrecionales. La exención de responsabilidad o la exención de la pena son normalmente facultades discrecionales que los fiscales o tribunales ejercen en función de la asistencia prestada a la investigación.

Cuando así sea, es importante esforzarse por disipar las dudas y reservas acerca del método utilizado adoptando todas las precauciones necesarias para frenar posibles abusos. Por ejemplo, es aconsejable que la ley contenga algunas condiciones claras en cuanto al plazo

en que debe denunciarse el delito (por ejemplo, antes de que las autoridades tengan conocimiento de la conducta delictiva en cuestión), así como una referencia a otras circunstancias en que la conducta del delincuente constituya una razón para conceder la inmunidad, como la cooperación durante la investigación o el enjuiciamiento posteriores. Además, los organismos encargados de hacer cumplir la ley podrían tratar de corroborar la información proporcionada antes de conceder la inmunidad a un colaborador. Si son los fiscales quienes toman la decisión, tal vez deba preverse alguna forma de revisión judicial, a fin de ratificar las condiciones de cualesquiera arreglos oficiosos y garantizar que la decisión sea vinculante para todas las partes<sup>83</sup>. Las leyes nacionales podrían prever la posibilidad de retirar la inmunidad en caso de que la persona implicada haya intentado inducir a error a los órganos encargados de hacer cumplir la ley. Asimismo, el Estado parte podría impartir directrices que estableciesen detalladamente los principios para ejercer la discrecionalidad disponible, lo que podría ayudar a las autoridades competentes a decidir si la concesión de la inmunidad procesal podría ser apropiada en el interés de la justicia<sup>84</sup>.

Por último, aunque la inmunidad puede constituir un poderoso aliciente para que una persona involucrada en un delito coopere, y servir para llevar ante los tribunales importantes casos de corrupción que de otro modo quedarían sin resolver, cabe tener presente, como se señala en la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, que la concesión de la exención total de la pena a un delincuente podría socavar la validez de las normas de lucha contra la corrupción si se aplica de forma categórica o con demasiada frecuencia o, peor aún, si el público tiene la impresión de que la inmunidad se concede a personas con influencia política o financiera. Por lo tanto, es necesario alcanzar un equilibrio entre las ventajas indiscutibles que ofrece la concesión de inmunidad para el tratamiento de determinados casos y la necesidad de salvaguardar la confianza del público en la administración de justicia<sup>85</sup>.

#### *Otros incentivos*

Aparte de las medidas básicas de mitigación de la pena y concesión de inmunidad procesal, existen otros alicientes e incentivos importantes que pueden utilizarse para alentar a los autores de delitos de corrupción a cooperar con las autoridades. Entre las medidas posibles cabe citar las siguientes: *a)* que la fiscalía acepte una solicitud del acusado de suspender la detención preventiva o se abstenga de oponerse a ella; *b)* que se acelere la devolución de los bienes incautados pertenecientes al delincuente, en la medida en que ello no se oponga a los intereses de la fiscalía; *c)* que las autoridades garanticen un régimen penitenciario más clemente para el delincuente que coopere después de su condena; *d)* que la ejecución de la detención preventiva del sospechoso o acusado tenga lugar en un centro de detención más cercano a su lugar de residencia; *e)* que las autoridades promuevan una situación en que el cumplimiento de una condena impuesta en el extranjero continúe en instituciones penitenciarias nacionales; y *f)* que el fiscal actúe de intermediario entre el delincuente y los órganos administrativos encargados de tramitar asuntos que le afecten, como los organismos de inmigración y naturalización, la administración tributaria y aduanera o incluso las autoridades extranjeras. En estos casos, cuando el consentimiento o la cooperación de terceros sean necesarios para conceder un incentivo, el fiscal podrá asumir la obligación de desempeñar la tarea de mediación de la mejor forma posible, aunque no se puedan ofrecer garantías sobre el resultado que se logrará.

<sup>83</sup>Véase la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 475 b).

<sup>84</sup>Véase también la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 37, subsecc II.3.

<sup>85</sup>*Ibíd.*



### *Arreglos internacionales*

En el párrafo 5 del artículo 37 se insta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos entre sí con respecto a la concesión de un trato preferente por las autoridades competentes de un Estado parte a una persona que coopere desde otro país. Pese a la importancia de esta disposición y a las soluciones que puede aportar a los problemas derivados del aumento de los procesos penales que se celebran en paralelo en más de un Estado y que se basan en los mismos hechos (por ejemplo, en relación con el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros en un Estado y el soborno pasivo de funcionarios públicos nacionales en otro), la gran mayoría de los Estados partes no han concertado ningún arreglo de esa índole y no han dado indicaciones de que hayan considerado hacerlo, lo que indujo en muchos casos a formular las recomendaciones correspondientes. Algunos Estados partes expresaron su disposición a adoptar medidas de cumplimiento y otros simplemente observaron que en su legislación no existían obstáculos a la celebración de arreglos especiales cuando surgiera la necesidad, como se estipula en la disposición que se examina. En algunos casos, las autoridades nacionales expresaron interés en conocer la experiencia de otros países en esta cuestión y en recibir acuerdos o arreglos modelo.

### **3. Cooperación entre organismos nacionales (artículo 38)**

La cooperación de las autoridades y los funcionarios públicos con los organismos y las autoridades encargados de investigar y enjuiciar los delitos es esencial para la labor general de lucha contra la corrupción, y la mayoría de los Estados partes han adoptado medidas destinadas a alentar y fomentar esa cooperación. El artículo 38 insta a los Estados partes a que velen, en particular, por que los funcionarios y las instituciones públicas informen por iniciativa propia a los organismos encargados de hacer cumplir la ley cuando haya motivos razonables para creer que se ha cometido un delito de soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno en el sector privado o blanqueo de dinero, y también proporcionen a esos organismos toda la información necesaria para la investigación de tales delitos.

De hecho, aunque algunos Estados partes parecen regular solamente la forma y los procedimientos de remisión de presuntos delitos a los servicios nacionales de fiscalía, muchos otros (alrededor de dos quintas partes del total) han establecido además (por ejemplo, en su código de procedimiento penal) una obligación directa y clara de los funcionarios públicos de notificar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, por iniciativa propia, cualesquiera delitos e irregularidades, incluidos los incidentes de corrupción, que lleguen a su conocimiento en el curso del desempeño de sus funciones. En algunos Estados también existen disposiciones y reglamentos especiales que se refieren explícitamente al deber de denunciar los delitos relacionados con la corrupción, las infracciones financieras o administrativas o las transgresiones relacionadas con fondos públicos. En general, se alentó a los Estados partes a que consideraran la posibilidad de establecer esas obligaciones o, cuando ya estuvieran estudiando la posibilidad de hacerlo, a que siguieran adelante y aprobaran esa medida.

#### **Ejemplos de la aplicación**

La legislación de un Estado parte especifica los procedimientos que deben seguir los funcionarios públicos al informar sobre cualquier motivo razonable que puedan tener para creer que se ha cometido un delito de corrupción. La información que reciba un funcionario público o una institución pública de parte de los ciudadanos en relación

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

con un presunto delito de corrupción deberá remitirse a la unidad de investigación interna de esa institución. La unidad de investigación interna llevará a cabo un examen preliminar y, si hay motivos suficientes para creer que se han detectado elementos de un delito de corrupción, podrá recomendar que el jefe de esa institución remita el asunto a los organismos encargados de la aplicación de la ley (la fiscalía, con arreglo al código de procedimiento penal).

Del mismo modo, en otro Estado parte, todo funcionario público tiene la obligación directa de notificar los errores y las infracciones administrativas que creen condiciones para la corrupción, el fraude o la comisión de irregularidades, como se estipula en los códigos de ética existentes y en la ley de funcionarios públicos. Además, cada órgano público central cuenta con servicios especializados de inspección que se encargan de reunir, analizar y verificar los indicios de corrupción y de informar a la fiscalía de la existencia de pruebas de actividades delictivas. Un servicio principal de inspección adjunto al consejo de ministros coordina y apoya las actividades de cada uno de los servicios de inspección.

Un tercer Estado ha introducido directrices dirigidas específicamente a los inspectores fiscales y empleados del servicio de impuestos internos sobre su obligación de denunciar los casos sospechosos de soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Se imparten orientaciones acerca del momento en que deben denunciarse los casos, la autoridad ante la que debe presentarse la denuncia y el contenido de esta.

El funcionario que no notifique una preocupación o pruebas *prima facie* respecto de una actividad delictiva podrá incurrir en medidas disciplinarias. Además, en algunos países, especialmente en el Grupo de los Estados de Europa Oriental, la no comunicación de las sospechas, especialmente de delitos graves o muy graves, incluidos algunos de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (como el blanqueo de dinero y el soborno), constituye un delito y es punible con una multa o con penas de privación de libertad de hasta 5 años en algunos casos. La denuncia puede no ser obligatoria cuando exista un riesgo razonable de enjuiciamiento penal del propio funcionario o de sus familiares.

Los Estados partes también han establecido diversas medidas para alentar la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades nacionales, incluida la obligación, consagrada en la ley, de cooperar y proporcionar toda la información necesaria a la fiscalía o a los organismos nacionales de lucha contra la corrupción. En los casos en que esa obligación no existía se alentó a los Estados partes a velar por que su legislación exigiera explícitamente que las autoridades públicas respondieran a las solicitudes pertinentes y facilitaran la cooperación. También existen leyes que otorgan a los miembros de la fiscalía o de los órganos de lucha contra la corrupción la facultad y la autoridad para exigir y reunir informes de inteligencia e informes específicos de organizaciones nacionales, provinciales y locales, solicitar el apoyo de la policía y las fuerzas de seguridad para iniciar actuaciones y citar a personas para prestar testimonio, y analizar la información presentada por otras autoridades públicas. A ese respecto, en muchos exámenes se citaron específicamente las funciones de las dependencias nacionales de inteligencia financiera de recibir, analizar y vigilar los informes sobre transacciones sospechosas comunicados por las entidades informantes y de transmitir las pruebas de corrupción o blanqueo de dinero a las autoridades estatales competentes, para que realizaran nuevas investigaciones y adoptaran las medidas procedentes. En muchos casos se han establecido acuerdos, memorandos de entendimiento, instrucciones conjuntas o redes

de cooperación e interacción interinstitucionales. Cabe citar como ejemplos diversas formas de acuerdos entre la fiscalía o el organismo nacional de lucha contra la corrupción y diferentes ministerios, entre la dependencia de inteligencia financiera y otras partes interesadas en la lucha contra el blanqueo de dinero, o entre los distintos organismos encargados de hacer cumplir la ley, todas ellas con el objetivo de intercambiar inteligencia sobre la lucha contra la delincuencia y la corrupción y llevar a cabo otras formas de colaboración. Se elogió especialmente el intercambio proactivo de información.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, una disposición constitucional exige a los poderes del Estado que cooperen entre sí con confianza mutua y de buena fe, fomentando las relaciones amistosas, prestándose asistencia y apoyo recíprocos, consultándose sobre asuntos de interés mutuo y respetando los procedimientos convenidos. La política establecida exige una cooperación eficaz entre la fiscalía, los órganos de investigación y otras autoridades públicas, y el incumplimiento puede dar lugar a procedimientos disciplinarios.

Otros países han puesto en marcha comités oficiales de aplicación interinstitucionales o sistemas de intercambio de información (denominados a veces “foros anti-corrupción” o “foros de integridad”) entre diversos organismos; otros celebran reuniones de coordinación periódicas. Estas iniciativas tienen por objeto mantenerse al corriente de las últimas novedades y velar por la coordinación y el intercambio de información entre todos los agentes que participan en la lucha contra el soborno y la corrupción. La mayoría de los examinadores consideraron que esas iniciativas constituían novedades positivas o incluso una buena práctica.

Se atribuyó particular importancia a la existencia de registros (en particular registros electrónicos), bases de datos, sistemas de actualización automáticos y otras formas de compartir información para promover la cooperación entre las autoridades competentes. En un caso se alentó a las autoridades nacionales a seguir adelante con los planes para permitir el acceso del organismo nacional de lucha contra la corrupción a las bases de datos de todas las instituciones del Estado. Más importante aún, muchos expertos gubernamentales pusieron de relieve el valor de establecer una única base de datos central o un único sistema nacional de información sobre los delitos de corrupción y la recuperación de bienes del Estado (por ejemplo, en el seno del órgano nacional de lucha contra la corrupción), ya que ello podría facilitar la transmisión y presentación de información por los organismos del Estado a las autoridades de investigación y las fiscalías, y contribuir también a mejorar el seguimiento de los casos desde el inicio de la investigación hasta la conclusión del proceso penal. Sin embargo, las bases de datos compartidas pueden no responder siempre a las necesidades del sistema de justicia penal, e incluso pueden ser contrarias a otras consideraciones, especialmente los requisitos de confidencialidad y de protección de datos. Como ejemplo de ello, la policía de un Estado parte informó de que era necesario mantener bases de datos separadas debido a las diferencias entre los mandatos. Desde su punto de vista, en la medida en que los fiscales y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley colaborasen estrechamente, se compartiría la información crítica y pertinente.

Por último, se señaló que la cooperación en general mejoraría si se realizaba un análisis completo de la situación de la corrupción, su estructura, dinámica y tendencias, así como un análisis de las actividades de detección y prevención de delitos, ya que ello permitiría determinar las principales direcciones futuras en la lucha contra la corrupción. Las medidas para

promover ese resultado comprenden la reunión centralizada de estadísticas, la presentación de informes unificados sobre los casos de corrupción y la consolidación de los informes por un solo órgano; también en este contexto, el establecimiento de bases de datos centralizadas parece ser útil, al igual que la celebración periódica de consejos de coordinación de los organismos de aplicación de la ley y los órganos de supervisión.

### Logros y buenas prácticas

Se consideró que las adscripciones de funcionarios entre los distintos organismos públicos y de aplicación de la ley que tuvieran un mandato de lucha contra la corrupción, incluida la dependencia nacional de inteligencia financiera, así como la colocación de personal de inspección de la autoridad de lucha contra la corrupción en cada ministerio y a nivel regional, fomentaban la cooperación y la coordinación interinstitucional y contribuían al funcionamiento eficiente de esas entidades.

Se determinó que el uso de las tecnologías modernas para establecer un enlace electrónico entre la fiscalía y las comisarías de policía era un factor que aceleraba los procedimientos de investigación y remisión de casos y facilitaba el seguimiento y la elaboración de estadísticas. Igualmente, se elogió a un Estado parte por haber desarrollado un proceso informatizado especial para el intercambio rápido, eficiente y seguro de información entre la policía y las autoridades fiscales y del mercado de valores.

### Problemas

Los problemas más comunes en esta esfera se relacionan con la necesidad de establecer una coordinación interinstitucional eficaz y una gestión más eficiente de los casos de corrupción, especialmente entre las entidades que tienen un mandato de lucha contra la corrupción; reducir el riesgo de que se lleven a cabo investigaciones paralelas por parte de funcionarios o fiscales con competencias materiales o territoriales concurrentes; mejorar las capacidades de actuación de los órganos de lucha contra la corrupción y los organismos encargados de hacer cumplir la ley, sobre todo en lo tocante a la comunicación y el intercambio de datos; y estudiar formas y medios de mejorar el uso de los recursos disponibles, por ejemplo, mediante la creación de sinergias, a fin de establecer estadísticas completas sobre la lucha contra la corrupción. Se formularon varias observaciones y recomendaciones en relación con estas esferas, especialmente en los países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de África. Como se ha señalado en el contexto de los artículos 38 y 36, la mejora y el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional podrían impedir la fragmentación de los esfuerzos y garantizar la existencia de un sistema eficiente de “frenos y contrapesos” como respuesta eficaz a la corrupción.

Aparte de ello, en algunos casos se informó de que los funcionarios públicos se mostraban renuentes a enviar notificaciones a los organismos de aplicación de la ley por iniciativa propia, especialmente cuando no estaban previstas las denuncias anónimas, y temían posibles represalias. Por consiguiente, es importante asegurar a las personas que denuncien de buena fe y cooperen respondiendo a las solicitudes de información que no sufrirán consecuencias negativas si la asistencia que prestan no da resultados concretos<sup>86</sup>. También se informó de que la falta de financiación para sufragar los costos de la prestación de testimonio por los funcionarios en los casos de corrupción y la ausencia de incentivos financieros para la prestación de

<sup>86</sup> *Ibid.*, art. 38, secc. II.

testimonio por los funcionarios públicos jubilados dificultaban la aplicación plena del artículo en examen. Además, en un Estado parte, las organizaciones públicas no denunciaban sistemáticamente los incidentes de corrupción, sino que los resolvían adoptando sus propias medidas administrativas; se consideró que esto comprometía la lucha contra la corrupción.

#### 4. Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado (artículo 39)

El artículo 39 exige a los Estados partes que alienten la cooperación entre sus organismos de investigación y el ministerio público, por un lado, y el sector privado, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de delitos de corrupción. Este es un reconocimiento del hecho de que esa relación de cooperación es fundamental para detectar los actos de corrupción y llevar a cabo las investigaciones pertinentes de manera eficaz<sup>87</sup>. En efecto, varios Estados partes informaron de la existencia de robustos marcos reguladores y de regulación conjunta que regían la relación entre el sector privado y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, con diferentes medidas que fomentaban la cooperación y promovían los controles internos, desde principios de gobernanza empresarial y recomendaciones y códigos de conducta hasta memorandos de entendimiento, pactos de integridad, promesas de integridad empresarial y otras alianzas oficiales u oficiosas con partes interesadas, entidades reguladoras y profesionales del sector privado. Otros marcos contienen disposiciones jurídicas que facultan a los miembros de la fiscalía o del organismo nacional de lucha contra la corrupción para solicitar informes y pruebas de entidades privadas y personas físicas, como se expone parcialmente en el artículo 31, párrafo 7, y que prevén sanciones en caso de incumplimiento.

##### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, el organismo de lucha contra la corrupción coopera activamente con la sociedad civil, y ha firmado un memorando de entendimiento con una red de organizaciones no gubernamentales para combatir la corrupción. Funcionarios del organismo participan regularmente en actos organizados por organizaciones no gubernamentales, llevan a cabo actividades de sensibilización pública contra la corrupción, aparecen en la televisión y la radio y participan en mesas redondas y otros debates públicos. Al mismo tiempo, representantes de la sociedad civil contribuyen a la formación de esos funcionarios, y las organizaciones no gubernamentales proporcionan al organismo información sobre las denuncias de corrupción.

En otra jurisdicción, el ministerio de justicia ha creado una red de cooperación contra la corrupción que reúne a las principales autoridades públicas, así como a otros interesados en representación del sector privado, la sociedad civil y la comunidad investigadora, con miras a asegurar la coordinación interinstitucional y la sensibilización. Se espera que esa red impulse la labor futura del país para perfeccionar sus mecanismos jurídicos e institucionales de lucha contra la corrupción.

Las medidas citadas por los Estados partes guardan relación, en su mayoría, con las instituciones financieras —una de las principales esferas a las que está dirigido el artículo 39,

<sup>87</sup>En este contexto, véase también UNODC, *Programa Anticorrupción de Ética y Cumplimiento para las Empresas. Guía práctica* (Viena, 2013), págs. 99 a 101.

párrafo 1— y se centran a menudo en el blanqueo de dinero. Se refieren en gran medida a las actividades de las dependencias nacionales de inteligencia financiera, y en especial a la obligación de una serie de entidades informantes del sector privado especificadas en la legislación contra el blanqueo de dinero (por ejemplo, bancos, instituciones de crédito, sociedades financieras, agentes de bolsa, intermediarios de futuros y opciones, oficinas de cambio, aseguradoras, notarios, abogados y auditores) de adoptar medidas de diligencia debida, informar a la dependencia de inteligencia financiera respectiva (o en algunos casos al fiscal) de todo hecho o transacción sospechosos, a los efectos de detectar delitos, y proporcionar información y documentos a los funcionarios autorizados cuando lo soliciten. Normalmente, durante la investigación de una denuncia de transacciones sospechosas, las personas implicadas no pueden apelar al secreto bancario, de bolsa o profesional ante la dependencia de inteligencia financiera, ni invocar ningún compromiso jurídico o contractual relacionado con la confidencialidad. Entre las medidas conexas en la esfera del blanqueo de dinero que se señalaron como buenas prácticas en algunos Estados figuran los cursos y talleres de formación para intermediarios financieros y auditores, así como iniciativas encaminadas a sensibilizar a las autoridades nacionales competentes y al sector privado.

En varios casos se formularon recomendaciones para ampliar el ámbito de cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley y las entidades del sector privado y aumentar la sensibilización pública sobre la lucha contra la corrupción, especialmente cuando no existían políticas estructuradas de colaboración, cuando solo se habían adoptado medidas relativas a la participación de la sociedad civil o cuando los Estados partes habían informado solamente de alianzas con instituciones financieras en relación con el blanqueo de dinero. Las limitaciones existentes para obtener información y registros de instituciones del sector privado, debido a restricciones relacionadas con el secreto bancario y la confidencialidad fuera del contexto de los informes sobre transacciones sospechosas, se consideraron un motivo de preocupación, y en un caso se recomendó que se redujera el límite de las transacciones en efectivo que obligaba a presentar un informe sobre operaciones sospechosas.

#### *Alentar las denuncias de delitos de corrupción*

En el párrafo 2 del artículo 39, que es una disposición de aplicación no obligatoria, se insta a los Estados partes a alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos encargados de hacer cumplir la ley la comisión de todo delito de corrupción de la misma manera que los funcionarios públicos. De hecho, varios Estados partes han establecido una obligación general de denunciar los incidentes de corrupción, aplicable a todos los ciudadanos o a categorías específicas de profesionales del sector privado. Además, como en el caso de los funcionarios públicos, la no divulgación por los ciudadanos puede a veces constituir un delito en sí misma. No obstante, el número de Estados partes que cuentan con disposiciones de este tipo es muy inferior al de los Estados que han impuesto la obligación de denunciar para los funcionarios públicos. Normalmente, el sector privado goza de discrecionalidad en cuanto a la denuncia a los organismos encargados de hacer cumplir la ley de los casos que entrañen delitos tipificados con arreglo a la Convención. En general, los expertos examinadores aceptaron esa situación, aunque en algunos casos se formularon recomendaciones en el sentido de que se adoptaran medidas equivalentes, en particular cuando los países interesados habían introducido o planeaban introducir en su marco jurídico el delito de corrupción en el sector privado.

En algunos exámenes también se hizo referencia a otras medidas para alentar a los particulares a denunciar delitos de corrupción, como la introducción de procedimientos prácticos para facilitar las denuncias de corrupción, la creación de líneas de atención telefónica de

emergencia, servicios de Internet y herramientas electrónicas para denunciar los delitos en general y la corrupción en particular, la concienciación social acerca de esas posibilidades (por ejemplo, mediante conferencias, exposiciones, publicidad en los medios de comunicación y actividades promocionales), y la organización de programas de cooperación para luchar contra la delincuencia y prevenirla con la participación de todas las partes interesadas pertinentes (miembros del Gobierno, la policía, los medios de comunicación y la comunidad). Se destacaron como buena práctica el establecimiento de campamentos juveniles y el desarrollo de formas creativas de atraer la participación de los jóvenes en la lucha contra la corrupción. La puesta en marcha de líneas telefónicas especiales gratuitas sobre la corrupción por las autoridades competentes de lucha contra la corrupción de algunos Estados también fue considerada un ejemplo importante y positivo de la aplicación del párrafo 2 del artículo 39. En otros casos, se valoraron positivamente la creación y el funcionamiento de un portal nacional de examen de alegaciones y denuncias o de una “oficina de información y verificación” para la presentación de denuncias. Los Estados partes deberían tratar en general de no restringir esas posibilidades a determinados sectores (por ejemplo, la contratación pública), y garantizar la visibilidad de los canales de denuncia y el fácil acceso a ellos. En el mismo contexto, se subrayó que podía lograrse una aplicación mejor y más eficaz de la disposición a nivel interno si se fomentaba la capacidad de recopilar y sistematizar la información reunida a través de las líneas telefónicas de emergencia sobre la corrupción (por ejemplo, el número de denuncias recibidas, el número de denuncias que contribuyeron a la investigación o enjuiciamiento de delitos de corrupción y el seguimiento de esas denuncias). Cabe señalar que algunas de esas medidas coinciden con las expuestas en el anterior capítulo II, secciones C y D, y plantean muchas de las cuestiones ya analizadas en ese contexto, por ejemplo, con respecto a la garantía de la seguridad física y la seguridad en el empleo de las personas que denuncien, la confidencialidad de la identidad del denunciante y la posibilidad de presentar denuncias anónimas.

#### **Ejemplo de la aplicación**

A fin de facilitar las denuncias de corrupción a la fiscalía por cualquier persona, la fiscalía general de un país ha creado una herramienta electrónica por medio de la cual la persona que denuncie el presunto delito debe exponer los detalles de este, introducir las fechas, identificar al sospechoso y las entidades implicadas y explicar cómo llegó a su conocimiento esa información. La persona que denuncia los hechos dispone de una contraseña para acceder a su comunicación y tiene acceso a la investigación. Se protege la identidad del informante. Las denuncias son confidenciales y pueden dar lugar o no a la incoación de actuaciones penales.

Una medida de carácter diferente, pero destinada también a alentar a las personas a denunciar la comisión de delitos, es la concesión de incentivos materiales o inmateriales. En varios Estados partes, especialmente en el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y en algunos Estados de África, las personas que proporcionen información que se traduzca en la devolución de bienes del Estado, en la revelación de todo tipo de delitos o de delitos específicos (incluidos el soborno y la malversación) o, en general, en la detención de un delincuente, podrán reclamar una recompensa, ya sea del propio Estado (por ejemplo, una cantidad equivalente a una décima parte del valor de los bienes decomisados al delincuente) o, con menos frecuencia, de fondos privados reunidos en el contexto de un programa de cooperación en la lucha contra la delincuencia. En algunos de esos casos se señaló que la disposición pertinente constituía una buena práctica, incluso cuando todavía no se había aplicado. En algunos Estados partes, la ley

prevé la posibilidad de conceder distinciones a los particulares o funcionarios públicos que hayan prestado asistencia en actividades para prevenir y erradicar actos de corrupción.

### *Problemas*

Un motivo de preocupación fue el hecho de que se informase de que en ocasiones las entidades del sector privado estaban más dispuestas a dirigirse a sus asociaciones profesionales para obtener asistencia, a fin de resolver una controversia relacionada con la corrupción por la vía civil, en lugar de pasar por el proceso penal oficial. Incluso cuando esas entidades se dirigían a las autoridades, los informes que facilitaban solían ser incompletos o de escasa calidad. En un contexto similar, en algunos de los exámenes se analizaron los aspectos de la política de lucha contra la corrupción contemplados en el artículo 39, párrafo 2, desde una perspectiva más amplia, y se señaló la importancia decisiva de inculcar en la población la confianza en el marco institucional encargado de defender el estado de derecho como condición previa básica para convencer a los ciudadanos, así como a las entidades del sector privado, de que denunciasen los delitos de corrupción. Para ello, es necesario hacer hincapié en la supervisión de los ciudadanos (por ejemplo, mediante el derecho a la información) y, sobre todo, garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la coherencia del sistema judicial, incluida la pronta resolución de los procesos penales. Se señaló con aprecio que, en apoyo de estos objetivos, uno de los Estados en cuestión había, entre otras cosas, reconocido los límites de la autorregulación con respecto a la supervisión de la profesión jurídica; prohibido los procedimientos judiciales a puerta cerrada y las reuniones *ex parte*; mejorado el sistema disciplinario con respecto a la posibilidad de mala praxis por parte de los jueces; y proseguido las reformas de la gestión de casos eliminando la posibilidad de elegir a los jueces y mejorando de otras formas el procesamiento de los casos.

## **B. Otras disposiciones**

### **1. Secreto bancario (artículo 40)**

Como ya se señaló en el capítulo II, sección B, en la mayoría de las jurisdicciones el secreto bancario no parece plantear problemas importantes. El cumplimiento de las disposiciones de la Convención sobre la denuncia de transacciones sospechosas y el establecimiento de dependencias de inteligencia financiera (artículos 14 y 58) ya constituye una medida básica para eliminar los obstáculos a las investigaciones penales nacionales que puedan derivarse de la aplicación del secreto bancario. El artículo 40 complementa esas disposiciones al introducir una obligación más amplia de velar por que las leyes y los reglamentos que protegen la información bancaria se modifiquen para poder aplicar eficazmente las medidas de lucha contra la corrupción.

Efectivamente, incluso en los casos en que existían normas estrictas sobre el secreto bancario, los Estados partes informaron de que disponían de mecanismos apropiados para salvar los obstáculos dimanantes de la aplicación de esas normas al investigar los delitos tipificados con arreglo a la Convención y para obligar a los bancos y las instituciones financieras a revelar la información que tuvieran sobre sus clientes, o cualquier operación o transacción que hicieran con ellos, a petición de un juez, un fiscal u otra autoridad competente (incluida, en la mayoría de los casos, la dependencia nacional de inteligencia financiera), dependiendo, por lo general, de la fase del proceso<sup>88</sup>. Eso suponía también que las personas que presentarán

<sup>88</sup>Con respecto a la cuestión de quién debe tener la autoridad para acceder a la información bancaria confidencial, en qué circunstancias y con qué fines, véase *ibid.*, art. 40, subsecc. II.1.



denuncias o información a las autoridades competentes tenían inmunidad frente a las sanciones civiles, penales o administrativas y estaban exentas de la responsabilidad que emanara de la revelación de secretos, es decir, de la divulgación de información que estaban obligadas a no divulgar. Se hizo referencia en concreto a la práctica de otorgar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley un acceso eficaz y rápido a la información financiera. Se aplaudieron las disposiciones legislativas que reducían los requisitos probatorios o procesales para las órdenes de levantamiento del secreto bancario en el marco de las investigaciones penales y que permitían a los fiscales y a otras personas a cargo de las investigaciones preliminares prohibir a las instituciones financieras que informaran a los clientes y partes externas de que se estaban realizando determinadas comprobaciones.

### Logros y buenas prácticas

En un Estado parte se ha creado un registro nacional de cuentas bancarias para facilitar la labor de los servicios de investigación. La dirección general de hacienda pública lleva este registro, que se utiliza para identificar cuentas de todo tipo (bancarias, postales, de ahorros, etc.) y proporcionar a las personas autorizadas (incluidos los funcionarios del poder judicial y de la policía judicial que investiguen un delito) información sobre las cuentas mantenidas por particulares o empresas. En otros países existen registros centralizados similares de cuentas bancarias, llevados por las autoridades fiscales, los bancos centrales, las dependencias de inteligencia financiera o autoridades conexas. Tanto los profesionales como los expertos encargados del examen elogiaron esos registros como un medio eficiente para ahorrar tiempo y aumentar la eficacia de los procedimientos pertinentes, siempre y cuando se actualizaran regularmente y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tuvieran un acceso adecuado a su contenido.

Como excepciones, se comprobó que las leyes de unos 12 Estados estaban plagadas de graves limitaciones: en dos de ellos, ya mencionados en el capítulo II, sección B, no se podía recabar y presentar información bancaria en el caso de delitos punibles con una pena máxima de prisión de menos de 4 años, incluidos algunos delitos tipificados con arreglo a la Convención, si bien en un caso se hallaba pendiente de aprobación un proyecto de ley para subsanar esa cuestión. En al menos otros nueve Estados, del Grupo de los Estados de África y del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, las vías jurídicas para salvar los obstáculos derivados de las leyes de secreto bancario parecían guardar relación solamente con las investigaciones nacionales de casos de blanqueo de dinero y no se extendían a otros delitos relacionados con la corrupción.

Aparte de estas excepciones, en las escasas jurisdicciones en que el levantamiento del secreto bancario era un motivo de preocupación, se observó que los obstáculos se relacionaban principalmente con la posibilidad de retrasos en el proceso de obtención de la autorización judicial para ese fin. Esos retrasos podían dar lugar, entre otras cosas, a que los sospechosos se enterasen prematuramente de una investigación en curso. Por consiguiente, se formularon algunas recomendaciones para que los Estados considerasen la posibilidad de flexibilizar las normas y los procedimientos pertinentes en el contexto de las investigaciones nacionales de casos de corrupción, teniendo en cuenta el enfoque general de la legislación nacional respecto de la autoridad competente para conceder la autorización necesaria. Por ejemplo, en un caso en que el levantamiento del secreto bancario se obtenía mediante una autorización judicial a solicitud de un fiscal cuando existían pruebas de la comisión de un delito, se recomendó que se relajaran los requisitos formales para obtener la autorización, posiblemente teniendo presente un procedimiento simplificado ya establecido en el Estado parte en cuestión con

respecto al blanqueo de dinero, con arreglo al cual el fiscal general podía exigir a los bancos que presentaran los datos pertinentes. Se formularon recomendaciones similares en el caso de un Estado en que el procedimiento de solicitud de documentos bancarios, aunque se realizaba *ex parte*, podía estar sujeto a trabas jurídicas cuya resolución requería tiempo, lo que entrañaba demoras innecesarias que podían entorpecer el progreso de las investigaciones en curso. En el caso de otro Estado, se formuló la recomendación de introducir un registro central de cuentas bancarias, dado que la orden judicial de revelar información se debía enviar en primer lugar a las asociaciones bancarias del país y solo después se transmitía a los bancos afiliados (varios centenares), y tanto las asociaciones como los bancos afectados podían recurrir el mandamiento judicial en un proceso que podía durar varias semanas.

En particular, en otro caso se observó que los investigadores tenían dificultades para obtener el levantamiento del secreto bancario, no solo por los retrasos en la tramitación de las solicitudes correspondientes por los jueces y en el posterior suministro de la información por los bancos afectados, sino también por las normas probatorias especialmente estrictas que exigía el juez supervisor para otorgar su autorización. Se formuló una recomendación en el sentido de que se adoptasen medidas adecuadas para facilitar la aplicación práctica de las normas sobre el levantamiento del secreto bancario.

Por último, en un Estado parte, si bien los organismos encargados de la aplicación de la ley y los jueces pueden, en la práctica, obtener o incautarse de documentos bancarios, comerciales o financieros de bancos y otras instituciones financieras, este trámite parece estar condicionado a la autorización por escrito del presidente del banco central. Se recomendó que se eliminase ese requisito.

## 2. Antecedentes penales (artículo 41)

El artículo 41 es una disposición facultativa que propone que los Estados partes evalúen si sería apropiado tener en cuenta toda declaración de culpabilidad anterior de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la Convención. Según la nota interpretativa, por “declaración de culpabilidad” ha de entenderse una declaración de culpabilidad no sujeta a apelación<sup>89</sup>.

Este artículo no se ha aplicado en un número considerable de jurisdicciones (más de la tercera parte). En algunos casos no parece existir ninguna ley o práctica relativa a la utilización de antecedentes penales extranjeros, si bien algunas autoridades nacionales sostuvieron que teóricamente esa utilización podría ser posible, debido a la ausencia de disposiciones que la impidieran o a la existencia de una posibilidad general de admitir en los procesos documentos expedidos en jurisdicciones extranjeras. En otros Estados partes está claro que las declaraciones de culpabilidad anteriores dictadas en otro Estado parte no pueden tenerse en cuenta con respecto a los delitos de corrupción, o bien pueden tenerse en cuenta únicamente con un alcance limitado (por ejemplo, en relación con el blanqueo de dinero o cuando se originaron en un Estado miembro de una organización regional). El código penal de un país establece que, si un delito se ha enjuiciado en otra jurisdicción y ha dado lugar a una declaración de culpabilidad y a la ejecución de una condena, el tribunal nacional (que juzgue el mismo caso) tendrá en cuenta, al determinar la pena, la condena extranjera ejecutada. Los expertos encargados del examen consideraron que esa disposición estaba en conformidad con la Convención. No

<sup>89</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 41, secc. C (pág. 349).

obstante, ese tipo de disposiciones no entrañan un examen general de los antecedentes penales extranjeros de los delincuentes (en el curso de actuaciones penales por hechos diferentes) y solo marginalmente son pertinentes para la aplicación del artículo en cuestión.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, los tribunales nacionales pueden tener en cuenta las declaraciones de culpabilidad que se hayan dictado en otros lugares, bien al determinar la responsabilidad de la persona acusada de un delito de corrupción (por ejemplo, como prueba de la mala conducta o la falta de credibilidad de una persona), bien, como suele ocurrir más a menudo, en la fase de imponer la condena a una persona declarada culpable (por ejemplo, al determinar la reincidencia, la aplicación de circunstancias atenuantes, como una conducta anterior irreprochable, o la aplicación de una pena accesoria o una medida de seguridad). De los Estados que prevén esa posibilidad, muchos están vinculados por instrumentos internacionales como el Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales (artículo 56) y la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, que establece una obligación mínima de atribuir a una declaración de culpabilidad extranjera todos o algunos de los efectos que su legislación atribuye a los fallos dictados en su territorio.

#### **Ejemplo de la aplicación**

El código penal de un Estado parte establece que las declaraciones de culpabilidad extranjeras se considerarán en principio iguales a las nacionales si el delincuente ha sido declarado culpable de un delito que es punible también con arreglo al derecho interno y si la sentencia se dictó como consecuencia de un procedimiento conforme a los principios enunciados en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Las condiciones en que se toma en consideración una declaración de culpabilidad anterior, las consecuencias que atribuyen las diferentes leyes nacionales a la existencia de declaraciones de culpabilidad anteriores, si las leyes nacionales consideran esos efectos cuestiones de hecho o de derecho procesal o sustantivo, y si se aplican en la fase previa al juicio (por ejemplo, con respecto a las normas sobre detención preventiva), durante el juicio o en el momento de la ejecución de la condena, son asuntos que se dejan a la discreción de los Estados partes. Aunque algunos examinadores parecen considerar que la utilización de los antecedentes penales extranjeros exclusivamente durante la fase de imposición de la condena es suficiente solo en parte, cualquiera de las opciones citadas responde a la disposición de la Convención de que los Estados pueden tener en cuenta toda declaración de culpabilidad extranjera anterior en los procesos penales relativos a delitos de corrupción, en las condiciones y para los fines que estimen apropiados. De hecho, la lógica de los registros de antecedentes penales en la mayoría de los Estados no es otra que permitir la imposición de penas y medidas de seguridad adecuadas y proporcionadas, que garanticen los efectos preventivos necesarios y reflejen, entre otras cosas, la personalidad y el comportamiento anterior del delincuente<sup>90</sup>.

No obstante, la existencia de una posibilidad puramente teórica en el sentido arriba citado puede resultar insuficiente si las declaraciones de culpabilidad extranjeras no llegan a conocimiento de las autoridades nacionales. Por consiguiente, los Estados partes deberían esforzarse por recabar datos de los registros de antecedentes penales extranjeros, especialmente en lo que

<sup>90</sup>Véase la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 41, secc. II.

respecta a sus propios nacionales, lo que a menudo se logra mediante acuerdos bilaterales de asistencia judicial recíproca u otros instrumentos jurídicos internacionales en asuntos penales, como el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial (artículo 5), la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo de la Unión Europea de 26 de febrero de 2009 relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (artículo 17), la Convención sobre Asistencia Judicial y Relaciones Jurídicas en Cuestiones Civiles, Familiares y Penales de la Comunidad de Estados Independientes (artículo 79), y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (artículos 13 y 22). Estos instrumentos establecen disposiciones sobre el intercambio de datos de sentencias nacionales con otros Estados y, más concretamente, sobre el intercambio sistemático de información acerca de las declaraciones de culpabilidad o las medidas de seguridad impuestas a nacionales o residentes de los Estados participantes en sus respectivos territorios. Además, se intercambia regularmente información sobre las sentencias dictadas contra delincuentes por países extranjeros a través de los instrumentos generales sobre asistencia judicial recíproca y de los canales policiales, así como por medio de las redes de dependencias de inteligencia financiera (por ejemplo, en relación con los delitos determinantes del blanqueo de dinero).

#### **Ejemplos de la aplicación**

En un Estado parte, los datos relativos a un ciudadano o residente permanente, un extranjero titular de un permiso de residencia o con derecho de residencia permanente o una persona jurídica registrada en el país que haya sido condenado por un tribunal extranjero se incluyen en el registro de penas, en los casos y con arreglo a los procedimientos prescritos en los instrumentos internacionales y los acuerdos de cooperación entre organismos estatales.

En 2012, los Estados miembros de la Unión Europea establecieron el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales informatizado, que permite el intercambio de información sobre condenas y de extractos de antecedentes penales de manera casi totalmente automatizada y segura. Ofrece traducción automática y utiliza un cuadro de delitos y penas que tienen validez en todos los Estados miembros y en que se asigna un código exclusivo a cada grupo de delitos y forma de sanción. El sistema da a los jueces y fiscales un acceso fácil a una información completa sobre los antecedentes penales de cualquier ciudadano de la Unión Europea, al margen del Estado miembro de la Unión Europea en que la persona haya sido condenada.

Los Estados partes que estén estudiando la posibilidad de aplicar el artículo 41 de manera más completa pueden considerar útil crear una base de datos unificada sobre los antecedentes penales y permitir que otros países tengan acceso directo a ella, lo que facilitaría el intercambio de información desde los puntos de vista jurídico y técnico. En cuanto al aspecto jurídico, los Estados partes deben evaluar si su legislación permite la transferencia internacional de datos, como los antecedentes penales, y actualizarla a tal efecto. Con respecto al aspecto técnico, puede ser conveniente que los Estados partes designen una autoridad central encargada del intercambio internacional de la información pertinente; esta función podría asignarse a la autoridad nacional encargada de la cooperación internacional en asuntos penales<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

### 3. Jurisdicción (artículo 42)

Con respecto a la jurisdicción nacional sobre los delitos tipificados con arreglo a la Convención (derecho internacional penal en sentido estricto), las disposiciones obligatorias del artículo 42 exigen en primer lugar que los Estados partes adopten los principios de territorialidad y del pabellón, así como el principio *aut dedere aut iudicare* (extraditar o enjuiciar), a los efectos del artículo 44, párrafo 11, es decir, en los casos en que no extraditen a una persona presente en su territorio por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

#### *Principios de territorialidad y del pabellón*

Todos los Estados partes, excepto uno, han establecido su jurisdicción sobre los actos que se cometan parcial o íntegramente (o que tengan un efecto) en su territorio, con independencia de la nacionalidad del delincuente, tal como lo requieren el artículo 42, párrafo 1 *a*), y la nota interpretativa pertinente sobre la Convención<sup>92</sup>. La única excepción importante se refiere a un país en que el acervo principal de la legislación contra la corrupción no es aplicable a una parte semiautónoma de su territorio, mientras que algunos otros Estados aplican limitaciones en relación con los delitos cometidos a bordo de buques extranjeros en puertos nacionales o en sus aguas territoriales, así como en aeronaves que sobrevuelen el espacio aéreo nacional. Igualmente problemático es el caso de un Estado que no parece disponer de normas que traten la cuestión de la jurisdicción.

La territorialidad se interpreta a menudo en el sentido amplio de que basta que exista un vínculo real y sustancial entre el delito y el territorio nacional, incluyendo las tentativas o los actos preparatorios, aun cuando hayan tenido lugar fuera del territorio nacional, si la intención era cometer el delito íntegra o parcialmente en el territorio nacional. El establecimiento de la jurisdicción territorial también se refiere normalmente a los delitos cometidos mediante tecnología informática, por lo que cabe entender en general que la Convención contempla el ejercicio de la jurisdicción sobre los delitos que se hayan cometido utilizando computadoras, incluso si los efectos de esos delitos se produjeron fuera del territorio del Estado parte.

La gran mayoría de los Estados partes también hacen extensiva su jurisdicción territorial a los delitos que se cometan íntegra o parcialmente a bordo de aeronaves registradas conforme a sus leyes respectivas y de buques que enarbolan su pabellón, tal como se requiere en el artículo 42, párrafo 1 *b*). En algunos casos, la jurisdicción nacional se extiende incluso a las aeronaves extranjeras si aterrizan en el territorio nacional después de haberse cometido el delito. En cambio, alrededor de uno de cada seis Estados partes, en su mayoría con sistemas basados en el *common law*, no parecen aplicar el principio del pabellón o no lo aplican en todas las ocasiones posibles (por ejemplo, respecto de todos los delitos relacionados con la corrupción o fuera de sus fronteras territoriales). En la mayoría de los casos se formularon recomendaciones apropiadas al respecto.

---

<sup>92</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. III, art. 42, secc. C (pág. 361).

### Logros y buenas prácticas

Según las normas jurisdiccionales de un Estado parte, se considera que un delito se ha cometido en el territorio nacional si el delincuente: *a)* cometió el acto, al menos en parte, en el territorio nacional, aun cuando la infracción real o la amenaza a un interés protegido haya tenido lugar, o estuviera previsto que tuviera lugar, íntegra o parcialmente fuera de ese territorio; *b)* cometió el acto fuera del territorio nacional, si estaba previsto que la infracción real o la amenaza a un interés protegido tuviera lugar en su territorio, o si dicha consecuencia debería haber tenido lugar, al menos en parte, en su territorio; o *c)* cometió el acto fuera del territorio nacional a bordo de un buque que enarbolaba el pabellón nacional o a bordo de una aeronave inscrita en el registro nacional de aeronaves.

### *Principio aut dedere aut iudicare*

En cuanto a la adopción del principio *aut dedere aut iudicare*, que requiere ante todo la posibilidad de establecer la jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero por los propios nacionales de un país, la mayoría de los Estados partes han aplicado (al menos en cierta medida) el requisito pertinente, y en ocasiones fueron elogiados por los examinadores por esa práctica. Varios Estados partes han establecido medidas que prohíben la extradición de sus nacionales, o que la permiten solamente en aplicación de los tratados internacionales y con arreglo al principio de reciprocidad, como se analiza más adelante con mayor detalle en la segunda parte, capítulo I, sección A. No obstante, cabe señalar que en varios casos no existen limitaciones constitucionales o jurídicas a la entrega, mediante extradición, de los nacionales de un país. De hecho, la tendencia en muchos Estados partes que se basan en el *common law* es a no denegar la extradición de sus nacionales en función de la nacionalidad, por lo que en esos países la cuestión del enjuiciamiento en lugar de la extradición mantiene su pertinencia solo si se deniega la extradición por otros motivos.

En cambio, el artículo 42, párrafo 4, que insta a los Estados partes a establecer su jurisdicción en todos los casos en que no se produzca la extradición del presunto delincuente, no parece aplicarse, o se aplica en circunstancias limitadas (por ejemplo, en relación con el blanqueo de dinero o si se establece en un tratado bilateral o multilateral), en la mayoría de los Estados. En esos países, la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* se limita normalmente a permitir la jurisdicción extraterritorial respecto de los casos de no extradición de nacionales. Sin embargo, cabe señalar que con frecuencia pueden existir otras razones que impidan la extradición de un delincuente, como las cuestiones relativas a la situación de los derechos humanos en el Estado requirente. Esas situaciones pueden surgir en particular en los casos que entrañan delitos de corrupción. Por consiguiente, es importante que esos obstáculos a la extradición no permitan la impunidad del delincuente.

### Ejemplos de la aplicación

En un Estado parte, puede extraditarse a los nacionales del país. Si en un tratado internacional se establece que la nacionalidad es intrascendente a los efectos de la extradición, la persona no tendrá la opción de ser enjuiciada por los tribunales nacionales, sino que deberá ser extraditada. Lo habitual es que se concedan las solicitudes de extradición

de nacionales. Si no existe tratado de extradición, la persona puede tener la opción de ser enjuiciada en su propio país por el mismo tribunal que tendría la facultad de rechazar la extradición. En este caso, se reclamará al Estado que haya solicitado la extradición el traslado de las pruebas existentes. Así pues, el Estado en cuestión ha aplicado plenamente el requisito de enjuiciar a sus nacionales cuando se rechaza una solicitud de extradición solamente en función de la nacionalidad.

Además de lo anterior, la legislación penal de otro Estado también es aplicable a un extranjero que cometa en el extranjero, contra un país extranjero o contra un ciudadano extranjero, un delito punible de conformidad con la ley del país en el que se cometió con una pena de prisión de 5 años o más si fuera detenido en el territorio del Estado en cuestión y no fuera entregado a otro país. Si no se dispone otra cosa, un tribunal no puede imponer en ese caso una condena más grave que la prevista en la ley del país en que se cometió el delito.

Por último, la ley de una tercera jurisdicción es aplicable a cualquier delito cometido por un ciudadano extranjero en el extranjero si el acto en cuestión se considera delito de conformidad con la legislación nacional y también es punible con arreglo a la ley del país en que se cometió. Existe una base jurisdiccional no solo cuando se deniega la extradición en razón de la nacionalidad, sino también cuando se deniega por otros motivos no relacionados con la naturaleza de los delitos.

Aparte de los principios básicos citados, también se alienta a los Estados partes (en el artículo 42, párrafo 2) a ampliar extraterritorialmente el ámbito de su jurisdicción a los casos en que las víctimas sean nacionales suyos (principio de la personalidad pasiva), el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida residente en su territorio (principio de la personalidad activa), el delito esté vinculado con delitos de blanqueo de dinero que se proyecte cometer en su territorio, o el delito se cometa contra el Estado (protección del Estado). De hecho, la mayoría de los países han ampliado el ámbito de su jurisdicción para incluir uno o más de los vínculos jurisdiccionales citados, y muy pocos continúan observando una tradición jurisdiccional principalmente territorial que no prevea ninguna forma de jurisdicción.

#### *Principio de la personalidad activa*

Entre las bases jurisdiccionales extraterritoriales alternativas, la que debería ser considerada más importante parece ser el principio de la personalidad activa, dada también la necesidad de incluir delitos como el de soborno internacional, cometido habitualmente por nacionales en el extranjero<sup>93</sup>. En efecto, la aplicación del artículo 16, párrafo 1, requiere el principio de la personalidad activa. La mayoría de los Estados partes han introducido este principio, al menos con respecto a los delitos más pertinentes de blanqueo de dinero y/o soborno en el extranjero, y a veces aplican las disposiciones pertinentes incluso cuando el autor obtiene la ciudadanía después de la comisión del delito. Los expertos encargados del examen han formulado observaciones sobre las amplias disposiciones jurisdiccionales de esa naturaleza, que se aplican tanto a la conducta en el país como a la conducta de ciudadanos, residentes y empresas en el extranjero, y han destacado como buena práctica las versiones ampliadas del principio de la personalidad activa que engloban todos los delitos cometidos en el extranjero por funcionarios públicos nacionales y miembros del cuerpo diplomático en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ello, o específicamente actos de corrupción cometidos en el extranjero

<sup>93</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 213; y *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, cap. III, art. 42, subsecc. II.3.

por ciudadanos extranjeros en el ejercicio de funciones oficiales nacionales o por funcionarios públicos de una organización internacional con sede en el territorio nacional.

#### Ejemplo de la aplicación

Con respecto al soborno, en una jurisdicción se aplica un principio de nacionalidad activa ampliado, que comprende a todas las personas que tienen “una relación estrecha” con el Estado parte, incluidos no solo los ciudadanos, sino también las personas que tengan su residencia habitual en el país y las entidades constituidas de conformidad con el derecho interno (incluidas las filiales nacionales de empresas extranjeras).

En alrededor de un quinto de los Estados partes, especialmente en el Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico y el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe, se observaron problemas en relación con el hecho de que el principio de la personalidad activa no había sido establecido de conformidad con lo previsto en la Convención (por ejemplo, se limitaba a personas tales como los funcionarios o representantes diplomáticos que ejercían funciones oficiales en el extranjero), y en al menos un cuarto de los Estados partes, las disposiciones pertinentes no habían sido extendidas a las personas apátridas que residían habitualmente en el territorio de ese Estado. Aparte de esos casos, varios Estados partes aplican el requisito de la doble incriminación (o de la falta de una autoridad del Estado que ejerza facultades penales en el lugar de la comisión del delito) a los delitos cometidos en el extranjero por un nacional, aunque ese principio general podría no aplicarse con respecto a delitos graves, delitos de corrupción u otros delitos contra el servicio, o específicamente con respecto al soborno activo y pasivo y/o el tráfico de influencias con funcionarios públicos nacionales y extranjeros. El requisito de la doble incriminación supone normalmente que la conducta reprochable esté sujeta a una pena en el país en que se cometió. La calificación del delito no tiene que ser la misma en los dos países, ni es importante que sea realmente posible enjuiciar por el delito. Por ejemplo, es indiferente que los delitos hayan prescrito debido a la expiración del plazo de prescripción de conformidad con la legislación del otro país.

Además, en algunos Estados partes, el enjuiciamiento de los nacionales por varios delitos cometidos en el extranjero solo es posible si existe una querrela de la víctima, o de los sucesores legales de la víctima, o una denuncia oficial por la autoridad del país en que se cometió el delito. En varios de esos países, los examinadores consideraron que, respecto de los delitos cometidos por sus ciudadanos en el extranjero, debía alentarse a los Estados partes en la Convención a que establecieran su competencia independientemente de cualquier condición, y por ese motivo recomendaron que los Estados en cuestión eliminaran de la legislación las condiciones antes mencionadas. Se formularon recomendaciones similares a Estados cuya jurisdicción nacional se extendía a los delitos cometidos por nacionales en el extranjero solo cuando fueran contrarios a los intereses jurídicos de otro nacional, o cuando se denegara la solicitud de extradición del Estado extranjero debido a la nacionalidad del delincuente, en consonancia con el principio *aut dedere aut iudicare*. No obstante, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 42 son facultativas y ofrecen a los Estados partes una amplia diversidad de opciones en cuanto a la determinación de las bases jurisdiccionales de su derecho penal.

#### *Principio de la personalidad pasiva*

En aproximadamente la mitad de los Estados partes, el principio de la personalidad pasiva no ha sido establecido, tiene limitaciones o no ha sido definido con claridad, lo que en



algunos casos dio lugar a las correspondientes recomendaciones de los expertos encargados del examen. En muchos casos, cuando existen disposiciones que establecen la jurisdicción sobre los delitos cometidos contra los nacionales fuera del territorio del Estado, no se incluyen los delitos de menor importancia; además, es posible que tenga que cumplirse la condición de la doble incriminación (o de la falta de una autoridad estatal que ejerza facultades penales en el lugar de la comisión del delito), como ocurre también en el caso de la personalidad activa.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La legislación de un Estado parte reconoce un principio de personalidad pasiva ampliado conforme al cual los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero contra un ciudadano, una empresa, fundación u otra entidad jurídica nacional, o un extranjero con residencia permanente en el país, si el acto es punible con una pena de prisión de más de 6 meses. Además, se aplica el requisito de la doble incriminación, lo que significa que, si el delito se ha cometido en el territorio de un Estado extranjero, la legislación nacional se aplicará solamente si el delito es punible también con arreglo a la legislación del lugar de comisión y un tribunal de ese Estado extranjero podría haber dictado una condena al respecto. En ese caso no puede imponerse una sanción más severa que la prevista por la legislación del lugar en que se cometió el delito.

#### *Protección del Estado*

En la mayoría de los Estados partes, el principio de protección del Estado tenía limitaciones o no se había establecido respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, y en muchos casos se formularon recomendaciones al respecto. Entre esos casos figuraban países cuyas normas jurisdiccionales se referían únicamente a los delitos que atentaran contra la seguridad nacional, la seguridad exterior o interior o el sistema constitucional del Estado; los delitos de corrupción no pueden considerarse comprendidos en esas categorías. También figuraban países cuyas legislaciones preveían los delitos cometidos contra funcionarios públicos nacionales en el ejercicio de su empleo o servicio, o en relación con ello, dado que en algunos delitos relacionados con la corrupción (en particular, el soborno activo) el propio funcionario público no es una víctima (es decir, el delito no se comete contra él). La cuestión merece un examen más detenido, ya que algunos examinadores expresaron una opinión diferente al respecto.

Entre los países que reconocen el principio de protección del Estado, la mayoría se refieren en general a actos dirigidos contra los derechos o intereses nacionales, militares o económicos del Estado, actos dirigidos contra el ejercicio de la autoridad del Estado o que lo obstaculizan, o delitos contra el Estado o la administración pública. La adopción de bases jurisdiccionales de ese tipo puede resultar especialmente importante en los casos de corrupción en que una persona extranjera haya sobornado a un funcionario nacional en el extranjero. En esos casos, el principio de protección del Estado permite el enjuiciamiento del sobornador (la persona extranjera), debido a que el delito de soborno va dirigido contra los intereses del Estado, es decir, el funcionamiento correcto de sus instituciones y su administración públicas.

### Ejemplo de la aplicación

De acuerdo con la legislación de un Estado parte, los siguientes actos delictivos están sujetos a enjuiciamiento con independencia del derecho penal del Estado extranjero en que se haya cometido el acto delictivo: *a)* las infracciones penales de las funciones oficiales, la corrupción y otros actos delictivos conexos, si el acto se comete en provecho de un funcionario público nacional; y *b)* los actos delictivos cometidos contra un funcionario público nacional en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales.

### *Jurisdicción sobre los actos preparatorios del blanqueo de dinero*

Con respecto a la base jurisdiccional facultativa prevista en el artículo 42, párrafo 2 *c)*, en relación con las tentativas y los actos de participación cometidos fuera del territorio de un Estado con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito de blanqueo de dinero, los Estados partes no han establecido normalmente ninguna disposición jurisdiccional especial destinada a incluir esa conducta. Además, en varios de los exámenes, la información proporcionada a este respecto fue vaga o inadecuada. No obstante, en la mayoría de los casos, el principio propuesto parece cumplirse en virtud de las disposiciones generales (por ejemplo, las disposiciones sobre tentativa y participación previstas en la parte general del código penal nacional) que rigen el lugar en que se considera que se ha cometido un delito, por ejemplo, que establecen la jurisdicción contra personas que actúan en el extranjero cuando existe la intención de que las consecuencias del acto se produzcan en el territorio nacional, o contra los cómplices cuando el acto principal se comete dentro de las fronteras nacionales.

Se recomienda cautela con respecto al hecho de que el artículo 42, párrafo 2 *c)*, no se refiere a la cuestión de aplicar los delitos de blanqueo de dinero nacionales al producto o los instrumentos de delitos determinantes cometidos en otro país. Como se indica en el capítulo I, sección D, subsección 1, la distinción entre este asunto y la cuestión presente de ejercer la jurisdicción sobre actos de participación cometidos en el extranjero es en ocasiones motivo de confusión entre las autoridades nacionales y los expertos examinadores.

### *Coordinación de las medidas*

La mayoría de los países parecen cumplir la obligación de coordinar sus medidas con otros Estados partes al realizar una investigación, un encausamiento o una actuación judicial respecto de la misma conducta corrupta, como se establece en el párrafo 5 del artículo 42. Esa coordinación suele estar basada en los principios establecidos de asistencia judicial recíproca y cooperación internacional (incluso mediante la aplicación directa de la Convención), facilitando el intercambio de información entre los organismos de aplicación de la ley y las autoridades centrales en relación con los procesos de extradición y estableciendo mecanismos de consulta para resolver las posibles reclamaciones jurisdiccionales contrapuestas respecto de una misma conducta. Esos procedimientos de consulta pueden dar lugar a que un Estado parte defiera la investigación o el enjuiciamiento a otro Estado, o a un acuerdo de perseguir a determinados actores o delitos, dejando otros actores o conductas conexas en manos de los otros Estados partes interesados<sup>94</sup>. Sin embargo, algunos países han proporcionado información insuficiente sobre la forma en que cumplen este requisito. En varios casos, los examinadores destacaron la necesidad de medidas legislativas o de otra índole para fomentar las consultas

<sup>94</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 512.

entre las autoridades competentes y de velar por que los canales de comunicación existentes se utilicen en la práctica.

#### *Otras bases jurisdiccionales*

Por último, en el párrafo 6 del artículo 42 se especifica que la enumeración de las bases jurisdiccionales contenidas en este artículo no es exhaustiva y que los Estados partes pueden perfectamente establecer normas de competencia penal que vayan más allá de las previstas por la Convención —siendo el ejemplo más importante evidentemente la jurisdicción universal— sin perjuicio de las normas del derecho internacional general. De los exámenes se desprende que en la gran mayoría de los Estados partes no se han establecido otras bases de competencia penal sobre los delitos de corrupción. Sin embargo, también parece haber cierta confusión entre las autoridades nacionales en relación con el significado de esa disposición, y la información proporcionada no siempre es adecuada. Además, aunque algunos Estados señalaron que, junto con las bases jurisdiccionales a que se hace referencia en el artículo 42, aplicaban la jurisdicción universal o hacían extensiva su jurisdicción a todos los delitos mencionados en los tratados internacionales en que eran parte, a condición de que los autores de los delitos no hubiesen sido objeto de condena a una pena en otro Estado, esas posibilidades no parecen aplicarse específicamente a los delitos de corrupción.

En cambio, algunos países proporcionaron indicaciones más claras de la manera en que habían aplicado el párrafo 6 del artículo 46 (que trata sobre el principio de universalidad). Por ejemplo, al menos dos Estados partes han introducido al parecer ese principio con respecto a los delitos de soborno activo y pasivo; un Estado parece tener jurisdicción sobre los delitos de blanqueo de dinero cometidos por cualquier persona en el extranjero cuando exista una convención internacional que otorgue jurisdicción a sus tribunales nacionales; y otro Estado parece haber introducido una versión más limitada de ese principio, en relación con los delitos de blanqueo de dinero cometidos en el territorio de una organización regional de la que es miembro el Estado en cuestión. Sin embargo, incluso en estos casos sigue existiendo cierta incertidumbre, y se recomendó en general que se aclararan las cuestiones pertinentes con respecto a la interpretación de la legislación vigente a fin de establecer un régimen de jurisdicción penal amplio y flexible sobre los delitos de corrupción.



## SEGUNDA PARTE. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

### Observaciones generales

#### A. Ámbito de aplicación

Como se señala en el artículo 1, párrafo *b)*, de la Convención, uno de sus principales objetivos consiste en promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción. El capítulo IV establece un marco jurídico que abarca seis modalidades importantes de cooperación internacional en asuntos penales, a saber, la extradición, el traslado de personas condenadas a cumplir una pena, la asistencia judicial recíproca, la remisión de actuaciones penales, la cooperación en materia de cumplimiento de la ley y las investigaciones conjuntas.

Al examinar el estado de la aplicación del capítulo IV de la Convención, es importante recordar el carácter de un número considerable de disposiciones, que se limitan a exigir que los Estados partes cumplan una serie de requisitos formales, consideren la posibilidad de establecer determinadas estructuras o concierten acuerdos en determinados ámbitos. Por ejemplo, la Convención exige a las partes que consideren la posibilidad de establecer órganos mixtos de investigación. En otras palabras, a menudo la Convención exige que los Estados se doten de determinadas estructuras y mecanismos operacionales o consideren esa posibilidad. No obstante, el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención ofrece a los países examinadores y los países objeto de examen la oportunidad de debatir la eficacia de los mecanismos que han adoptado, además de analizar la forma en que se utilizan en la práctica. En la medida de lo posible, esas consideraciones se han reflejado en las secciones que figuran a continuación.

#### B. Modalidades de aplicación

En términos generales, con respecto a la aplicación de las obligaciones dimanantes del capítulo IV de la Convención, los Estados partes pueden dividirse en dos categorías. El primer grupo de países sigue el denominado enfoque “dualista” en asuntos de cooperación internacional, que conlleva la promulgación de legislación nacional a fin de que los tratados internacionales se apliquen en el Estado. Por el contrario, otro grupo de países adopta un enfoque “monista”, según el cual los tratados internacionales ratificados pasan automáticamente a formar parte integrante de los sistemas jurídicos nacionales (tras su publicación en el diario oficial). Normalmente, esos tratados adquieren una condición jurídica superior a la de las leyes. En la medida en que las disposiciones contenidas en los tratados internacionales ratificados son “directamente aplicables”, las autoridades competentes de los países “monistas” pueden aplicarlas directamente sin necesidad de aprobar legislación habilitante. Una disposición contenida en un tratado internacional puede considerarse directamente aplicable si, en relación con un sistema jurídico dado, contiene los detalles necesarios para su cumplimiento directo e inmediato.

Teniendo en cuenta la distinción anterior entre sistemas monistas y dualistas<sup>95</sup>, se hace patente que la legislación interna tiene dos objetivos principales en relación con la cooperación internacional: en primer lugar, dar efecto a las disposiciones de los tratados o acuerdos multilaterales o bilaterales ratificados en los países con un régimen dualista; y, en segundo lugar, disponer requisitos sustantivos y procesales adicionales o complementarios que deben cumplirse en relación con distintas modalidades de cooperación internacional.

Desde una perspectiva diferente, cabe señalar que varios países consideran que ciertas disposiciones de la Convención deben ser aplicadas simplemente como una práctica habitual. La aplicación de la Convención mediante la práctica establecida atañe principalmente a disposiciones que se ocupan de obligaciones de consulta con los países requirentes y, en varios casos, cuestiones de reserva (artículo 46, párrafo 20) y respeto del “principio de especialidad” (artículo 46, párrafo 19). Se suele considerar que la totalidad o parte de esas obligaciones son aplicadas por respeto a principios generales, como la buena fe o la cortesía internacional.

### **C. Tendencias y dificultades en la aplicación**

El análisis comparativo de los informes de los países objeto de examen ha puesto de manifiesto las tendencias generales (y las dificultades asociadas) en la aplicación de las disposiciones del capítulo IV, que se describen a continuación.

Varios Estados han aprobado o tienen previsto aprobar reglamentos de nivel ministerial en el ámbito de la cooperación internacional en asuntos penales. El uso de instrumentos jurídicos administrativos, entre otras cosas, a fin de hacer efectivas las disposiciones de la Convención, ofrece la oportunidad de agilizar las actuaciones internas de asistencia judicial recíproca, en particular, y lograr que sean más eficaces, mediante procedimientos normativos por la vía rápida que no conlleven procesos legislativos completos y, a menudo, lentos. Los ámbitos que los países parecen o pretenden regular mediante leyes de carácter administrativo son, principalmente, los relacionados con el funcionamiento de las autoridades centrales en materia de asistencia judicial recíproca y con la gestión de casos para las solicitudes de asistencia judicial recíproca recibidas.

Algunos países muestran una clara tendencia a aplicar las disposiciones del capítulo IV mediante instrumentos legislativos que no están específicamente diseñados para dar efecto a la Convención, sino que, en cambio, se ocupan de la respuesta de la justicia penal a la delincuencia organizada y/o transnacional, en sentido amplio. Es el caso, entre otros, de los estatutos internos en el ámbito de las técnicas de investigación especiales. Además, el hecho de que la gran mayoría de los Estados partes en la Convención sean también partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en vista de la considerable superposición entre las disposiciones sobre cooperación internacional en ambos instrumentos, debería haber alentado a los Estados a abordar su aplicación conjunta. La ventaja de ese enfoque radica claramente en evitar una respuesta compartimentalizada de los Estados a múltiples delitos que a menudo (y cada vez más) están interrelacionados. Al mismo tiempo, presenta el riesgo de no incluir algunas necesidades específicas de cada Convención.

En varias ocasiones, el impulso de los Estados partes de promulgar legislación interna en consonancia con la Convención no ha sido necesariamente una respuesta directa a sus

---

<sup>95</sup> Para más información, véase UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (Nueva York, 2012), págs. 10 y 11.

obligaciones internacionales en el marco de la Convención. Los factores internos jugaban un papel igualmente importante. Por ejemplo, en un país fue necesario incluir todo un capítulo nuevo sobre asistencia judicial recíproca en la legislación procesal tras una amplia reforma de sus principios jurídicos encaminada a introducir un sistema de justicia penal acusatorio.

Si bien varios Estados monistas afirmaron estar en condiciones de aplicar las disposiciones de la Convención sin necesidad de aprobar leyes de ejecución, se observó que ciertas disposiciones del capítulo IV establecían únicamente marcos jurídicos generales y no directamente aplicables. Es el caso, por ejemplo, del artículo 45 (Traslado de personas condenadas a cumplir una pena), el artículo 47 (Remisión de actuaciones penales) y el artículo 49 (Investigaciones conjuntas). A pesar de que las autoridades competentes, en teoría, pueden estar en condiciones de aplicar directamente esas disposiciones, en la práctica es difícil hacerlo a menos que se haya promulgado algún tipo de legislación de ejecución a nivel nacional.

En cuestiones de cooperación internacional, en general los países consideran que los marcos bilaterales y regionales por los que están obligados son bases jurídicas “prioritarias” para la extradición y la asistencia judicial recíproca sobre delitos relacionados con la corrupción y de otros tipos. Los países también alegan frecuentemente el cumplimiento de las disposiciones de la Convención remitiéndose a la aplicabilidad de disposiciones idénticas o similares contenidas en tratados regionales existentes. Podría decirse que la experiencia de los países en la aplicación directa de los arreglos regionales puede aportar enseñanzas aprendidas y prácticas establecidas que tal vez resulten útiles para la aplicación directa de disposiciones similares o idénticas contenidas en la Convención.





## Capítulo I. Extradición y traslado de personas condenadas

### A. Extradición (artículo 44)

La mayoría de los Estados partes regulan la extradición en sus ordenamientos jurídicos internos, habitualmente en códigos de procedimiento penal o en leyes especiales de extradición y leyes sobre cooperación internacional. En los exámenes se pusieron de manifiesto grandes diferencias en el grado de detalle con que se aborda el asunto. En un extremo, en seis Estados no existen disposiciones internas y la extradición se maneja exclusivamente mediante la aplicación directa de los tratados existentes. En tres Estados no se han adoptado disposiciones especiales, salvo por un número limitado de artículos relacionados con la extradición en la constitución. Uno de los países, ante la falta de legislación interna sobre extradición, ha adoptado un enfoque específico en relación con sus tribunales y ha actuado de manera pragmática analizando la manera en que otros países pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico han abordado la misma cuestión o una cuestión similar. Un país dispone de legislación nacional, pero únicamente respecto de los delitos de blanqueo de dinero. El hecho de que el mismo país haya anunciado la aprobación de un proyecto de ley de lucha contra la corrupción con disposiciones relacionadas con la extradición limitadas a la esfera de la corrupción podría indicar una tendencia hacia un enfoque compartimentalizado de la extradición. En general, en algunas jurisdicciones, las leyes sobre lucha contra el blanqueo de dinero figuran como fuentes “autónomas” de reglamentación sobre asuntos de extradición, como *lex specialis*, al lado de las disposiciones sobre extradición generalmente aplicables a los delitos penales.

Si bien algunos Estados recurren en gran medida a los tratados, otros mencionan la importancia que tienen los arreglos no vinculantes en sus prácticas de extradición. Entre ellos figuran los arreglos celebrados a nivel subregional o en forma de programas legislativos que vinculan a grupos de países con la misma tradición jurídica (por ejemplo, los países del Commonwealth). Esos arreglos proporcionan a menudo un enfoque menos formalista a la entrega de fugitivos que los tratados en toda regla.

La mayoría de los Estados notificaron sus planes o su intención de concertar nuevos tratados bilaterales de extradición. Un país anunció una estrategia relacionada con la colaboración con países de la misma región con miras a elaborar un tratado modelo de extradición. Una vez terminado, el tratado modelo proporcionaría una pauta y un patrón de referencia para que los países de la región negociaran nuevos tratados de extradición entre sí.

#### *Delitos que dan lugar a extradición*

Solo una minoría de Estados parece recurrir exclusivamente a listas de delitos que dan lugar a extradición, lo que en algunos países provoca una situación en la cual los delitos comprendidos en la Convención se incluyen solo en parte. En uno de esos países, la lista incluye solo el soborno, la malversación o peculado y el blanqueo de dinero. En esos casos, los expertos encargados del examen recomendaron que se modificara la lista de delitos que daban lugar a extradición para que incluyera, como mínimo, los tipos de conducta cuya tipificación es obligatoria con arreglo a la Convención.

Las leyes nacionales y los tratados de extradición más recientes parecen determinar los delitos que dan lugar a extradición sobre la base del requisito de una pena mínima y no mediante una lista de esos delitos, siguiendo, por lo tanto, el enfoque del Tratado Modelo de Extradición (artículo 2, párrafo 1)<sup>96</sup>. Por lo general, esas leyes y esos tratados establecen diferentes umbrales en función de si se solicita la extradición con fines de enjuiciamiento penal o para la ejecución de una condena extranjera.

Con respecto a la extradición solicitada a efectos de enjuiciamiento penal, un país prevé una pena mínima de al menos 4 años de prisión, mientras que algunas partes no aplican requisitos de pena mínima. No obstante, la mayoría de los Estados partes han establecido el umbral en un año de privación de libertad o una pena más severa, salvo disposición en contrario mediante un arreglo especial. Con menor frecuencia, las leyes nacionales o los tratados bilaterales prevén un período de privación de libertad de al menos 2 años, y en dos Estados, de al menos 6 meses.

Un país sigue un enfoque único al establecer un umbral mínimo de 3 años, con excepción, entre otras cosas, de los delitos fiscales, económicos o financieros. En ese país, los delitos de corrupción se consideran delitos económicos y, por lo tanto, pueden dar lugar a la extradición aunque no se cumpla con el umbral mencionado.

Los umbrales son considerablemente más bajos en lo que respecta a la extradición con fines de la ejecución de una condena extranjera, donde se permite la entrega de los delincuentes si han sido condenados a penas de prisión de entre 2 y 8 meses (habitualmente, 4) o a una pena más severa, o bien si el resto de condena pendiente de cumplimiento está en ese intervalo.

Como se ha señalado en el examen de algunos países, el paso de la utilización de rígidas listas de delitos a la aplicación del criterio de una pena mínima en la negociación de nuevos tratados internacionales ha introducido un importante elemento de flexibilidad en la práctica de la extradición. No obstante, como consecuencia de esos umbrales, cuando los delitos tipificados de conformidad con la Convención son punibles con una pena más leve, tal vez no sea posible la extradición. En este sentido, en los exámenes de algunos países se pusieron de manifiesto delitos de corrupción punibles con sanciones penales inferiores al umbral mínimo necesario para la extradición. A modo de ejemplo, en un país solo se considera que dan lugar a extradición los delitos graves, lo que hace imposible conceder la extradición para algunos delitos tipificados en la Convención, como el soborno en el sector privado. Por el mismo motivo, en otro país, los delitos de abuso de funciones y obstrucción a la justicia tampoco dan lugar a extradición.

Las limitaciones mencionadas anteriormente podrían subsanarse reduciendo el umbral mínimo para la extradición en las leyes nacionales y los tratados aplicables o aumentando las penas aplicables para los delitos que no alcanzan el umbral. Ambos enfoques garantizarían que todas las formas de conducta tipificadas como delito con arreglo a la Convención den lugar a extradición.

#### **Logros y buenas prácticas**

Una de las partes no tiene pena mínima de prisión requerida para la extradición con respecto a los delitos de blanqueo de dinero.

<sup>96</sup>Resoluciones de la Asamblea General 45/116, anexo, y 52/88, anexo.

En consonancia con el espíritu del artículo 44, párrafo 3, de la Convención, la mayoría de los Estados partes prevén que los delitos accesorios den lugar a extradición si el delito principal cumple el requisito de la pena mínima. Algunos de esos Estados carecen de legislación nacional a este respecto, pero afirman estar en condiciones de conceder la extradición por delitos accesorios sobre la base de la práctica establecida o la aplicación directa de la Convención. Se detectaron leves variaciones en dos casos: en un Estado, las personas buscadas tienen que expresar su consentimiento para ser extraditadas por delitos accesorios que no dan lugar a extradición de por sí (es decir, delitos punibles con una pena de menos de 12 meses). En el otro caso se considera que los delitos accesorios dan lugar a extradición solamente si la pena máxima en la que se incurre por todos ellos juntos alcanza el límite de 2 años de privación de libertad. Al menos 44 Estados partes confirmaron que, por norma, la extradición por delitos accesorios no sería posible. En algunos casos, ello dio lugar a recomendaciones de algunos expertos examinadores. De todos modos, hay que tener presente que el artículo 44, párrafo 3, contiene una disposición facultativa.

### *Doble incriminación*

La mayoría de los Estados partes establecen explícitamente el principio de la doble incriminación en su legislación interna; no obstante, dos países se limitaron a afirmar que el principio se aplicaba en la práctica. Solamente dos Estados partes parecen no considerar que la inexistencia de doble incriminación sea motivo para denegar una solicitud de extradición, mientras que otro considera que es un motivo opcional, no obligatorio. Dos países confirmaron que podían conceder la extradición por formas de conducta que no constituyen delitos en su legislación penal sobre la base del principio de reciprocidad o la aplicación directa de la Convención. En la legislación de otra de las partes, por regla general, se requiere la doble incriminación solamente para extraditar a sus propios nacionales, mientras que las solicitudes de extraditar a los no nacionales se pueden aprobar aunque no exista la doble incriminación. Además, dos Estados partes expresaron interés en elaborar, o han elaborado, proyectos de disposición que modifican su legislación para eliminar el requisito de doble incriminación en el caso de algunos de los delitos establecidos en su legislación penal, o todos ellos, indicando de esa forma su intención de aplicar la disposición facultativa contenida en el artículo 44, párrafo 2, de la Convención.

Si bien la doble incriminación parece ser una condición uniforme para conceder la extradición en virtud de la legislación nacional, en ocasiones se encuentran excepciones en determinados tratados bilaterales de extradición. De manera similar, algunos instrumentos internacionales prevén una flexibilización del principio de la doble incriminación entre los Estados participantes. El ejemplo más notable es la orden de detención europea, en virtud de la cual los Estados miembros de la Unión Europea han eliminado este requisito entre ellos para una amplia variedad de delitos, incluidos la corrupción y el blanqueo de dinero, siempre que sean castigados en el país emisor con privación de libertad de al menos 3 años. Otros Estados hicieron referencia a la convención sobre la orden de detención nórdica y al acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega (que aún no ha entrado en vigor), así como a un acuerdo cuatripartito firmado recientemente sobre extradición simplificada. En virtud de ese último acuerdo, el requisito de la doble incriminación se considera cumplido cuando se solicita la extradición por razón de conductas delictivas que se consideran delitos en los Estados (requerente y requerido) de conformidad con los acuerdos internacionales que les obligan a hacerlo.

De acuerdo con el artículo 43, párrafo 2, de la Convención, en casi todos los casos se considera que el requisito de la doble incriminación se cumple con independencia de la terminología empleada para designar el delito en cuestión o la categoría de delitos a la que se

considera que pertenece. Así pues, los Estados requeridos solo tienen que establecer que una conducta equivalente a la que ha dado lugar a la solicitud de extradición está tipificada como delito en su derecho interno. En varios casos, los expertos que realizaron el examen pusieron de relieve este enfoque de interpretación como un logro y una buena práctica. Un país ha establecido explícitamente el concepto “basado en la conducta” al referirse en su legislación interna a la idea de doble punibilidad, en lugar de a la de doble incriminación.

Aunque algunos Estados no han encontrado ningún obstáculo para obtener o prestar cooperación a otros Estados atendiendo al principio de la doble incriminación en delitos relacionados con la corrupción, otros han tenido problemas vinculados al hecho de que otros países no han penalizado actos previstos en artículos no obligatorios de la Convención, como el soborno pasivo de funcionarios extranjeros, el soborno en el sector privado y el enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, un Estado puso de relieve que el hecho de no incluir a los funcionarios públicos extranjeros ni a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas en la definición de funcionarios públicos utilizada en la legislación interna, sumado a una interpretación estricta del principio de doble incriminación, significaba que no era posible la extradición por los delitos establecidos en el artículo 16 de la Convención. Teniendo en cuenta ese aspecto, se instó a menudo a los Estados partes a que considerasen la posibilidad de flexibilizar el requisito de la doble incriminación y conceder la extradición de una persona por delitos no punibles en su derecho interno. Un aspecto muy importante es que se recomendó la plena penalización de todos los delitos tipificados por la Convención como forma de garantizar que la inexistencia del requisito de la doble incriminación no constituía un obstáculo a la entrega de presuntos autores de delitos.

#### *Bases jurídicas para la extradición*

En lo que respecta al fundamento jurídico para recibir o formular solicitudes de extradición, en la mayoría de los Estados no es necesario un tratado. Los párrafos 5 y 6 del artículo 44 no son aplicables técnicamente a esos Estados; no obstante, varios expertos gubernamentales les alentaron a que notificaran al Secretario General si estaban dispuestos (o no) a utilizar la Convención como base jurídica para la extradición, aunque no estuvieran técnicamente obligados a formular esa notificación.

Lo que es más importante, no depender de tratados formales —lo que varios expertos gubernamentales consideraron una buena práctica— no es una prerrogativa solo de los países de tradición romanista. Aunque la mayoría de los países con tradición de *common law* exigen la existencia de un tratado o permiten la extradición sin basarse en un tratado solamente con respecto a miembros designados del Commonwealth, se han registrado algunas excepciones notables. Además, al menos nueve Estados con tradición del *common law* han permitido a sus respectivas autoridades competentes formular una declaración especial según la cual se considera a otros países como países de extradición o países merecedores de cortesía, de no haber un tratado.

En la mayoría de los casos en que se puede conceder la extradición con independencia de la existencia de un tratado se ha establecido una condición de reciprocidad; un país exige incluso la obligación específica de reciprocidad por escrito y otro subordina la extradición a sus propios intereses y a la buena relación con el país requirente. En algunos casos se informó de problemas importantes debido a que los delincuentes huían a un país de la región con el que el país en cuestión no había celebrado un tratado de extradición.

Es interesante señalar que en algunos países la concesión de la extradición depende de la existencia de un tratado en relación con determinadas categorías de países y no con otras. El

requisito de la existencia de un tratado también está vinculado a otras consideraciones. Por ejemplo, un país solo exige tratado en caso de solicitudes relativas a sus nacionales. En lo que respecta a las leyes ordinarias, la legislación nacional que establece una jerarquía o priorización entre los países requirentes a efectos de extradición suele reflejar el trato preferencial otorgado a países designados específicamente o a países pertenecientes a determinados grupos regionales, pero ese trato preferencial también puede derivarse de otras razones.

Pese a que la mayoría de los Estados partes no exigen un tratado como base para la extradición, en la práctica la mayoría recurren en gran medida a procesos basados en tratados, reconociendo implícitamente el carácter formal del proceso de extradición. En ese contexto, se informó de una enorme gama de arreglos de extradición diferentes, desde tratados bilaterales y convenciones especializadas que contienen disposiciones sobre cooperación internacional (incluidos otros instrumentos de lucha contra la corrupción, como el Convenio sobre la Lucha contra el Soborno de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales), hasta arreglos multilaterales e instrumentos regionales de amplio alcance, como las convenciones sobre extradición interamericana, europea y de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental y el Plan de Londres para la Extradición dentro de los Países del Commonwealth. Un país —que exige disponer de un tratado como base para la extradición— informó de que había celebrado tratados bilaterales de extradición con al menos 133 Estados y organizaciones multilaterales, como la Unión Europea, y que habían entrado en vigor 30 nuevos tratados generales sobre extradición desde la entrada en vigor de la Convención. En otro Estado, los tratados bilaterales se consideran válidos y aplicables, aunque hubieran sido celebrados por la antigua potencia colonial del Estado en cuestión. Los tratados regionales suelen consistir en tratados completos de extradición o tratados generales sobre asistencia judicial recíproca con algunas disposiciones sobre extradición. En general, los tratados bilaterales suelen celebrarse con países de la misma región, con los que se comparte el mismo idioma o con los que se mantienen lazos históricos o económicos estrechos.

Además de los arreglos sobre extradición existentes, la mayoría de los Estados partes indicaron su buena disposición a estudiar las posibilidades de adherirse a nuevos tratados o celebrarlos a fin de proceder a la extradición o aumentar su eficacia, o indicaron que fomentaban activamente una política de esa índole, como se promueve en el artículo 44, párrafo 18. Unos pocos Estados proporcionaron los nombres de los países con los que mantenían negociaciones sobre un tratado o estaban a punto de comenzarlas, y un Estado destacó su política vigente de otorgar prioridad a las negociaciones con países en los que hubiera gran número de sus propios nacionales. Por lo general, se alentaron esas medidas como medio de lograr la plena aplicación del capítulo IV, especialmente con relación a países que tuvieran arreglos de extradición formales limitados con otros Estados.

En vista de las complejas redes de extradición que se describen más arriba, la Convención está concebida para desempeñar un importante papel de apoyo, complementando o reforzando las disposiciones ya existentes<sup>97</sup>. La mayoría de los Estados partes estiman cumplido el requisito principal consagrado en el artículo 44, párrafo 4, a saber, considerar los delitos de corrupción incluidos en cualquier tratado de extradición ya existente entre Estados partes como casos que dan lugar a extradición —al menos en la medida en que los delitos en cuestión se han incluido en el derecho interno del país requerido y las penas previstas están comprendidas en las especificaciones enunciadas en los tratados vigentes. Igualmente, en el caso menos habitual de listas de delitos contenidas en tratados

---

<sup>97</sup>Véase también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 541.

bilaterales, aunque el delito de corrupción pertinente no figure en la lista del tratado, un país podrá no obstante considerar una solicitud de extradición formulada por el asociado, ya sea en ejercicio de su discreción en virtud del tratado bilateral en cuestión o en virtud de la aplicación directa de la Convención contra la Corrupción. Así pues, dos países que, según se observó, estaban en conformidad con el párrafo 4 del artículo 44 declararon que, aunque la Convención no podía constituir la base jurídica por sí sola, podía utilizarse para ampliar el ámbito de un tratado bilateral en lo referente a los delitos que daban lugar a extradición. La mayoría de los Estados parecen conscientes de la obligación de incluir los delitos de corrupción como delitos que dan lugar a extradición en todo tratado que puedan firmar en el futuro.

### Logros y buenas prácticas

Un Estado parte aplica el denominado “principio del trato favorable”. Elaborado originalmente en relación con el derecho laboral y sobre derechos humanos, la jurisprudencia de ese Estado parte ha ampliado su alcance a la cooperación internacional. En consecuencia, las disposiciones de los tratados internacionales, como la Convención, se interpretan de la forma que resulta favorable a la cooperación internacional en materia judicial. Eso se consideró una buena práctica y un ejemplo de la forma en que la política y la jurisprudencia podían promover la cooperación internacional.

Además, la propia Convención puede servir de base jurídica para la extradición. El artículo 44, párrafo 5, alienta a los Estados que supeditan la extradición a la existencia de un tratado a que utilicen la Convención en ese sentido. Esta disposición tiene por objeto potenciar el papel de la Convención como “puente” global entre los países en materia de extradición, a fin de compensar el limitado ámbito geográfico de las redes existentes de acuerdos regionales y bilaterales. También pretende reducir indirectamente la necesidad de procesos, a menudo lentos y prolongados, de negociación de nuevos acuerdos de extradición.

La mayoría de los Estados partes confirmaron su buena disposición a utilizar la Convención como base jurídica, y algunos habían informado al Secretario General al respecto. Uno de ellos incluyó una útil aclaración según la cual, a los efectos de la extradición, cualquier tratado multilateral del que sea parte y que contenga una disposición sobre la extradición se considera un tratado de extradición. Un único país ha adoptado un enfoque “híbrido”, por el cual considera la Convención como base jurídica solo indirectamente. Según ese país, una solicitud de extradición procedente de un Estado parte con el que no haya firmado un tratado de extradición se examinaría con la debida seriedad y se ejecutaría de conformidad con un acuerdo especial, sobre la base de la reciprocidad.

En seis casos, se recomendó específicamente que los Estados partes objeto de examen estudiaran la posibilidad de completar el proceso de incorporar la Convención en su legislación nacional, revocando sus reservas existentes o promulgando la legislación necesaria para permitir la utilización de la Convención como base jurídica para la extradición a fin de compensar el número tan limitado de tratados bilaterales o multilaterales en vigor. Entre los Estados que no necesariamente supeditan la extradición a la existencia de un tratado, algunos han tomado medidas adicionales para garantizar que se pueda realizar la extradición por los delitos contemplados en la Convención en sus relaciones con otros Estados partes.

### Ejemplo de la aplicación

Un Estado puede recibir solicitudes de extradición aunque no exista un tratado bilateral de extradición siempre que se declare país de extradición al país requirente en su normativa interna. Después de firmar la Convención, ese Estado adoptó reglamentos para dar aplicación específicamente a sus disposiciones relacionadas con la extradición y disponer, entre otras cosas, que cualquier país que sea parte en la Convención en cualquier momento dado se considerará país de extradición. De esa forma, se asegura la capacidad del Estado parte en cuestión de cumplir sus obligaciones internacionales en virtud de la Convención sin necesidad de modificar los reglamentos cada vez que un nuevo Estado pase a ser parte en la Convención.

Aunque, como se ha señalado antes, la mayoría de los Estados partes pueden utilizar en principio la Convención como base para la extradición, parece que solo un número muy limitado de Estados recurren a ella en la práctica. Durante los exámenes de los países se pusieron de manifiesto varias razones para ello, que se indican a continuación.

Hay cierto desconocimiento entre los profesionales sobre la posibilidad de utilizar la Convención como base jurídica. Aunque un Estado parte confirmó expresamente esa posibilidad, la impresión general fue que, en varios países, la cuestión de si la Convención podía o debía utilizarse como base para la extradición aún no había sido objeto de un análisis suficiente por parte de las autoridades gubernamentales y judiciales pertinentes.

En algunos países hay poca o ninguna necesidad práctica de utilizar la Convención como base jurídica, ya que todas o la mayor parte de las solicitudes de extradición recibidas y enviadas afectan a países con los que existen tratados bilaterales de extradición o a países vecinos que están suficientemente cubiertos por arreglos de extradición regionales.

Algunos Estados tienen preferencia por los tratados de extradición bilaterales o regionales. Un país confirmó su buena disposición a basar sus solicitudes en la Convención, pero expresó su inclinación a utilizar arreglos bilaterales cuando fuera posible. Otro Estado expresó su preferencia por la utilización de tratados bilaterales o regionales en lugar de multilaterales, al ser más probable que los primeros se elaboren de conformidad con las disposiciones jurídicas internas y con una comprensión plena de los procedimientos jurídicos de cada una de las partes. Según ese país, ese enfoque limita la incertidumbre y aumenta las posibilidades de que la solicitud de extradición tenga éxito. Otro Estado expresó una postura similar con el argumento de que los tratados bilaterales suelen proporcionar una reglamentación más amplia y pormenorizada de los asuntos relativos a la extradición que la Convención.

### *La gestión del tiempo y los procedimientos de extradición simplificados*

En cuanto al párrafo 9 del artículo 44, y el requisito de procurar agilizar los procedimientos de extradición, se observaron diferencias considerables respecto a la duración media de los procedimientos pertinentes, que oscila entre 1 y 2 meses y 12 y 18 meses. Según un país, aproximadamente el 50% de los casos de extradición, en particular los relativos a los países vecinos, se completa en 18 días. Los períodos más largos para completar los procedimientos de extradición fueron los comunicados por un país que señaló que, en ocasiones, pueden llevar hasta 2 años.

Algunos países informaron de que las diferencias en los plazos necesarios para completar los procedimientos de extradición dependían a menudo de las circunstancias en que se hubiera presentado la solicitud. Un Estado miembro de la Unión Europea, por ejemplo, indicó que generalmente era necesario un período más largo (de aproximadamente un año) para extraditar a fugitivos a los Estados no miembros. Las razones habituales de los retrasos están relacionadas con la complejidad del caso, los requisitos de traducción, la duración de los procedimientos de apelación, los procedimientos paralelos de asilo y la comunicación en ambos sentidos necesaria a causa de la falta de claridad de la solicitud de extradición. En un país, la lentitud de los procedimientos de extradición se debe, entre otras cosas, al hecho de que la decisión final es adoptada por el pleno del consejo de ministros. En otro país, procedimientos que normalmente durarían 12 meses pueden reducirse a 4 meses si la documentación en apoyo de la solicitud de extradición se presenta debidamente. Otro país se ha enfrentado a varios obstáculos para obtener la cooperación de otros Estados, como demoras en recibir asistencia a causa de los elevados costos y los procedimientos engorrosos.

El fiscal general de un país ha promulgado procedimientos que requieren el examen oportuno de las solicitudes de extradición, mientras que al menos cinco Estados han aprobado leyes que imponen plazos concretos. No obstante, no se proporcionó información sobre las consecuencias de incumplir los plazos previstos. A este respecto, se informó de una interesante decisión del tribunal supremo de un país, según la cual la falta de tramitación de una solicitud en un plazo razonable podría violar los derechos de la persona buscada y dar lugar a la denegación de la solicitud basándose en las disposiciones de orden público de la ley de extradición. Si bien no se ha denegado ninguna extradición sobre esa base, este principio de origen jurisprudencial proporcionaría un fuerte incentivo para examinar incluso las solicitudes de extradición complejas de forma oportuna.

#### **Logros y buenas prácticas**

Un Estado utiliza una base de datos electrónica para rastrear solicitudes de extradición entrantes y salientes, lo que permite a los funcionarios encargados de los casos vigilar el progreso de las solicitudes y determinar medidas de seguimiento apropiadas. Otro Estado ha elaborado instrucciones y procedimientos prácticos claros (a saber, un manual de extradición, un diagrama de desarrollo de las operaciones y una lista de verificación), lo que proporciona seguridad administrativa y jurídica a la presentación y la tramitación de solicitudes de extradición.

Aproximadamente la mitad de los Estados partes objeto de examen prevén procedimientos simplificados en su legislación interna, normalmente basados en el consentimiento de la persona cuya extradición se solicita, o han tomado medidas concretas para agilizar el proceso de extradición y establecer redes de cooperación más eficaces a fin de intercambiar información con las autoridades extranjeras en tiempo real, antes de que se presente una solicitud oficial de extradición o durante el proceso de presentación. En un Estado, los procedimientos de extradición simplificados solo están disponibles para los no nacionales y en otros dos se encuentran únicamente en las respectivas leyes nacionales sobre la lucha contra el blanqueo de dinero. Según otro Estado parte, esos procedimientos se utilizan en aproximadamente la mitad de los casos y pueden dar lugar a que se conceda la extradición en unos pocos días, o a veces en unas horas. En el mismo sentido, un tercer país estimaba que, si no era necesaria la traducción de ningún documento, los procedimientos simplificados de extradición podían completarse en el plazo de 24 horas.



Los arreglos multilaterales o regionales también prescriben procedimientos simplificados y plazos más cortos, por ejemplo, en el contexto del Plan de Londres para la Extradición dentro de los Países del Commonwealth, la orden de detención europea, la Convención Interamericana sobre Extradición, el Tercer Protocolo Adicional del Convenio Europeo sobre Extradición, el plan del Foro de las Islas del Pacífico y el acuerdo multilateral sobre extradición entre los países nórdicos.

Se alentó a los Estados partes que aún no lo habían hecho a que introdujeran medidas para agilizar los procedimientos, como plazos para adoptar una decisión de extraditar, principios orientadores para uso interno de las autoridades competentes y canales abiertos de comunicación con interlocutores extranjeros. Además, varios examinadores señalaron la importancia de adoptar medidas proactivas para sensibilizar a las partes interesadas sobre las leyes, los procedimientos y los plazos aplicables, así como de permitir el seguimiento de los casos de extradición y el acopio de datos sobre la duración exacta de los procedimientos de extradición. Con frecuencia, también recomendaron establecer sistemas de gestión de casos. En cuanto a esta cuestión, sin embargo, es evidente que la falta de conocimientos especializados en el ámbito de la tecnología de la información con respecto a la creación y gestión de bases de datos electrónicas es un problema en algunos países.

### Ejemplos de la aplicación

Un Estado ha establecido un comité sobre extradición, integrado por representantes de la autoridad central en asuntos de extradición, el ministerio público, la policía nacional, INTERPOL y otros, con miras a mejorar y racionalizar los procedimientos de extradición, y analizar y hacer frente a los principales problemas surgidos en ese proceso.

Una disposición de la ley de extradición de otro país tiene por objeto agilizar la tramitación de las solicitudes urgentes de extradición por teléfono, fax o télex.

El marco nacional de una de las partes prevé una gestión judicial más rápida y eficaz de los casos de corrupción en comparación con otros delitos. Según sostienen las autoridades nacionales, ese procedimiento podría aplicarse también a los procedimientos de extradición.

La orden de detención europea, que aplican todos los Estados miembros de la Unión Europea sobre la base del principio del reconocimiento recíproco de decisiones judiciales, se mencionó como un instrumento especialmente eficaz para la aplicación de la ley y ha mejorado considerablemente la administración de justicia en la Unión Europea. La orden la dictan y ejecutan directamente, entre otros, las autoridades judiciales; el papel de la rama ejecutiva (ministerios, etc.) se ha abolido o se ha reducido a facilitar la transmisión. La orden se dicta en el mismo formulario simplificado en todos los Estados miembros, por lo que resulta fácil de utilizar y traducir; los motivos de denegación son limitados; y los plazos para decidir sobre la orden y ejecutarla son explícitos, por lo que el procedimiento de entrega es mucho más rápido que en el procedimiento de extradición anterior. Se calculó provisionalmente que el plazo medio que se tardaba en ejecutar una orden se había reducido de más de 9 meses a 43 días, lo que no incluye los casos en que la persona daba su consentimiento a su entrega, con lo que el plazo medio se estimó en tan solo 13 días<sup>a</sup>.

<sup>a</sup> *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (pág. 167).

*Los requisitos probatorios en los procedimientos de extradición*

Se observó una falta de uniformidad en cuanto a los requisitos probatorios que exigía la legislación nacional para conceder la extradición. Algunos países no exigen que el Estado requirente aporte pruebas sobre la comisión del delito y limitan el examen de la solicitud a verificar que se cumplen los requisitos formales y legales previos para la extradición. Así ocurre concretamente cuando la extradición se concede sobre la base de un tratado vigente. El país requirente normalmente se limita a proporcionar la documentación autenticada pertinente, como una declaración del delito por el que se solicita la extradición, en la que figuran la fecha y lugar de su comisión, un extracto de las disposiciones legales y las sanciones aplicables, una orden de detención o pruebas de la declaración de culpabilidad o la condena, una descripción de la persona buscada junto con la demás información que ayude a establecer su identidad y nacionalidad, y una declaración exponiendo la presunta conducta que constituye el delito. No es necesario un expediente completo de pruebas.

Por el contrario, otros Estados establecen una serie de normas en materia de pruebas. Estas se expresan en términos del concepto del *common law* de “causa probable” o “caso *prima facie*”, es decir, si el delito por el que se solicita la entrega se hubiera cometido en el territorio nacional, habría pruebas suficientes para enjuiciar a la persona o al menos para dictar una orden de detención contra ella. Igualmente, en algunos países, es posible que la extradición con fines de cumplir una condena no se produzca si existen motivos específicos para creer que el fallo no se pronunció después de una evaluación correcta de la cuestión de la culpa de la persona acusada. Aunque los países pertenecientes a la tradición jurídica del *common law* suelen imponer normas probatorias más estrictas que los que tienen una tradición jurídica romanista, en los primeros se observó una tendencia hacia la atenuación de la carga de la prueba impuesta a los países requirentes, lo que confirmaba un proceso de convergencia constante (aunque lento) entre los dos sistemas jurídicos a este respecto.

**Logros y buenas prácticas**

Tres países pertenecientes a la tradición del *common law* han adoptado medidas importantes para aliviar la carga de la prueba para los Estados requirentes durante los procedimientos de extradición.

En el primero de ellos, las enmiendas a la ley de extradición introdujeron un proceso más simple en cuanto a la presentación de pruebas durante las audiencias de extradición. A raíz de esas enmiendas, el Estado requirente puede presentar un expediente de la causa, tras la certificación por una autoridad judicial o fiscal. El expediente de la causa contiene un resumen de las pruebas de que dispone el socio en materia de extradición para su uso en el enjuiciamiento, lo que permitiría al tribunal acelerar el análisis de la causa. Con la introducción de requisitos probatorios y procesos simplificados mediante el uso de esos expedientes en los procedimientos de extradición, la carga para las autoridades y los órganos judiciales en materia de extradición se ha reducido considerablemente.

En el segundo país, las enmiendas introducidas en la ley nacional de extradición en 2012 incluían la derogación de las disposiciones que exigían que, en los procedimientos de extradición, se presentasen las pruebas por declaración jurada, y en su lugar permitían que el Estado requirente proporcionase los textos de las leyes en copia simple. Los medios por los que podían transmitirse las solicitudes de detención provisional se modificaron para incluir cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, sujeto

a determinar su autenticidad. El Estado requirente también puede enviar fotografías, huellas dactilares o impresiones palmares para facilitar la identificación de la persona buscada, y los tribunales pueden ordenar la entrega de una persona aun cuando haya errores menores o técnicos en la solicitud. Además, se modificaron las condiciones para la admisibilidad de documentos como material probatorio, que eran relativamente estrictas. Un tercer país facilitó información sobre sus arreglos de extradición con países que también pertenecían al Foro de las Islas del Pacífico, y confirmó que no había requisitos probatorios, sino que la extradición se concedía mediante un sistema de aprobación mutua de órdenes de detención, lo que, según se mencionó en el informe del país, facilitaba considerablemente la entrega rápida y eficaz de fugitivos.

Los países suelen aplicar umbrales probatorios diferentes a distintos países. Las variaciones normalmente dependen de si la solicitud se deriva de un tratado que establece umbrales más bajos o está basada en la reciprocidad, y de si el Estado requirente pertenece o no a determinadas agrupaciones de países que gozan de un trato preferencial.

En los informes de algunos países se formulaban recomendaciones relacionadas con la introducción de normas probatorias menos estrictas en los procedimientos de extradición a fin de facilitar que los Estados requirentes presentaran solicitudes de extradición con mayores probabilidades de éxito. Esto se consideró necesario, por ejemplo, en el caso de un país que señaló que, en las raras ocasiones en que había rechazado solicitudes de extradición, la razón había sido que las pruebas presentadas no eran suficientes para demostrar que la persona buscada había cometido el delito con arreglo a un cálculo de probabilidades. Un Estado reconoció explícitamente que el factor que más tiempo requería en la redacción de una solicitud de extradición era la preparación de materiales relacionados con las pruebas *prima facie*. En otro país, la carga de la prueba se consideraba tan elevada (“ausencia de toda duda razonable”) que impedía en la práctica la ejecución de las solicitudes recibidas. Se están estudiando enmiendas a la ley de extradición para flexibilizar las normas relativas a las pruebas.

Por otra parte, cabe señalar que, incluso en los países que tienen que respetar la “causa probable” o normas jurídicas equivalentes, los tribunales suelen desempeñar un papel fundamental en la mitigación de los posibles excesos de una aplicación estricta de la ley. Esto fue confirmado por dos países que exigen la presentación de pruebas *prima facie* y, al mismo tiempo, garantizan una interpretación flexible de este requisito. Las autoridades de otro Estado pusieron de relieve que una norma probatoria estricta podría verse contrarrestada por el hecho de que un sistema nacional de extradición fuera exclusivamente judicial. En ese país, si el tribunal supremo autoriza la extradición, la rama ejecutiva no tiene poder discrecional sobre si la persona debe ser entregada o no.

### Ejemplos de la aplicación

Dos países que están sujetos a un viejo tratado de extradición que establece estrictos umbrales probatorios en los procedimientos de extradición han aprobado un protocolo que modifica el texto inicial del tratado. La nueva formulación reduce considerablemente la carga para el Estado requirente en relación con la presentación de la información que permite al Estado requerido establecer la identidad, la nacionalidad y la ubicación física de la persona buscada.

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

La legislación de otro Estado, a fin de facilitar la extradición con países con tradición de derecho romanista y acelerar el proceso, prevé que el juez que instruya la extradición debe aceptar como prueba concluyente un certificado expedido por una autoridad competente encargada del enjuiciamiento en el Estado extranjero en el que se indique que tiene suficientes pruebas a su disposición para justificar el enjuiciamiento de la persona en cuestión.

Otro Estado informó de que, aunque la legislación nacional exige que se aplique la norma probatoria de indicios razonables, *prima facie*, a los casos de extradición, podía prescindirse de ese requisito si existiera una disposición similar en un arreglo vinculante sobre extradición con otro país. De conformidad con los tratados bilaterales de extradición en los que es parte el Estado en cuestión, la exención del requisito de indicios razonables abarca todos los delitos que dan lugar a extradición.

### *Detención de la persona buscada*

Prácticamente todos los Estados partes han promulgado medidas para garantizar la comparecencia de la persona cuya extradición se solicita en el procedimiento de extradición. La detención, en particular, puede ordenarse en todos los casos previa solicitud, sobre la base de la legislación nacional y, a menudo, sobre la base de las disposiciones de los tratados de extradición aplicables. En un caso, los tribunales nacionales están facultados para considerar la legalidad de la detención durante el proceso de extradición de la misma forma que lo harían durante la detención previa al juicio. Otro país informó de que la decisión del juez de detener a la persona buscada puede ser objeto de recurso en el plazo de las 24 horas siguientes al dictado de esa decisión.

Algunos países aportaron detalles sobre la duración máxima de los períodos de detención en relación con los procedimientos de extradición. Esos períodos varían considerablemente, desde 20 días en el marco de la Convención sobre la Extradición de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental a 6 meses en la legislación nacional de un país.

En algunos casos, aunque la detención durante el procedimiento de extradición sigue siendo la regla, es posible ordenar la liberación bajo fianza de la persona cuya extradición se solicita o imponer la prohibición de abandonar el país u otras medidas alternativas si las circunstancias justifican medidas menos severas, especialmente si la persona no plantea riesgo de fuga, las posibilidades de que se conceda la extradición parecen ser escasas o existen motivos de salud que puedan impedir la extradición. Un país mencionó la posibilidad de asegurar la presencia de la persona buscada en el procedimiento de extradición reteniendo su pasaporte o mediante actividades de vigilancia policial.

Tanto las autoridades nacionales como los examinadores destacaron la función del sistema de notificaciones rojas de INTERPOL como elemento importante para la ejecución de la detención provisional de los fugitivos a la espera de recibir una solicitud oficial de extradición. A este respecto, sin embargo, los países en general no especificaron si consideraban que una notificación roja emitida por INTERPOL era una solicitud válida y directamente ejecutable de detención provisional. Un único país confirmó expresamente que las notificaciones rojas eran bases suficientes para ejecutar detenciones provisionales, mientras que otro aclaró que solo podían utilizarse como “alertas”, es decir, simplemente se instaba a las autoridades a que

se pusieran en contacto con el país en cuestión para alentar a que se presentara una solicitud oficial de extradición.

Además, en algunos Estados se propusieron medidas para que el proceso pertinente fuera más eficaz, como flexibilizar los requisitos para detener a la persona buscada en circunstancias urgentes o aclarar que la posibilidad de detener a los fugitivos incluía la ejecución de órdenes de detención expedidas por Estados no vecinos.

### *Principio aut dedere aut iudicare*

En el marco de la Convención, la obligación de someter un caso a las autoridades competentes a efectos de un enjuiciamiento interno en lugar de la extradición (*aut dedere aut iudicare*) se aplica únicamente a los países que rechazan las solicitudes de extradición por razón de la nacionalidad del presunto delincuente. Estos países, que, en gran medida, pertenecen a la amplia tradición jurídica romanista, constituyen cerca de la mitad de las partes en la Convención y a menudo han consagrado la prohibición de extraditar a nacionales directamente en su constitución.

No obstante, esa prohibición no siempre es absoluta. Por ejemplo, un país afirmó que, en principio, no extraditaba a sus nacionales, salvo en casos excepcionales y a discreción del poder ejecutivo. Según el mismo país, se había establecido la práctica de llevar a cabo la extradición de nacionales de manera rutinaria. En otros casos, la nacionalidad es un motivo de denegación con arreglo a algunos tratados aplicables, pero no generalmente sobre la base del derecho interno.

Varios países también hacen distinciones en función de cuándo haya adquirido la nacionalidad el presunto delincuente y de las modalidades de dicha adquisición. Por ejemplo, aunque en general no extraditan a sus nacionales, dos países hacen una excepción para los ciudadanos naturalizados o para aquellos que hayan adquirido la nacionalidad después de la comisión del delito. Otro país, miembro de la Unión Europea, prevé la extradición de sus nacionales para su enjuiciamiento fuera de la Unión Europea a condición de que la persona cuya extradición se solicita haya sido residente en el Estado requirente durante al menos 2 años antes de la comisión del delito y que la pena aplicable por el acto en cuestión sea superior a un umbral determinado.

Un país señaló el problema específico que planteaban los ciudadanos que poseían doble nacionalidad. En general, esas personas no son extraditadas. El poder judicial aún no ha aclarado si pueden ser extraditados en casos en los que el país de su segunda nacionalidad solicita su extradición, y hay varias soluciones posibles que son objeto de debate, como la remisión del proceso penal o la iniciación de nuevas actuaciones en el país requerido.

En sus informes, los Estados partes sujetos al principio *aut dedere aut iudicare* en virtud de su negativa a extraditar a nacionales ofrecieron distintas interpretaciones de ese requisito y describieron diferentes modalidades de aplicación. Algunos de ellos, por ejemplo, vincularon explícitamente su obligación de enjuiciar a los nacionales en lugar de extraditarlos al principio de “nacionalidad activa” (artículo 42, párrafo 2 b), de la Convención) como el mecanismo jurídico que les permite aplicar el principio *aut dedere aut iudicare*.

En primer lugar, cabe señalar que la Convención no exige que los Estados partes inicien un enjuiciamiento automáticamente en lugar de la extradición. El artículo 44, párrafo 11, que reproduce el texto que figura en otros instrumentos multilaterales, técnicamente obliga a las

partes a someter el caso sin demora injustificada a las autoridades nacionales competentes a efectos de enjuiciamiento. Si bien los países que siguen un sistema de enjuiciamiento obligatorio suelen incoar un procedimiento penal interno contra nacionales cuya extradición ha sido denegada, no siempre puede decirse lo mismo de los países que aplican un sistema de enjuiciamiento discrecional. En estos países, los fiscales tienen un amplio margen de manobra para decidir si conviene o no proceder, normalmente teniendo en cuenta el interés público y las prioridades de los procesos penales establecidas por el fiscal general o el director de la acusación pública.

El artículo 44, párrafo 11, subordina la obligación de los Estados partes de juzgar (en lugar de extraditar) a la recepción de una solicitud específica en ese sentido del Estado parte cuya solicitud de extradición es rechazada. A ese respecto, varios países parecen ir más allá del texto de la Convención, ya que remiten el caso automáticamente a sus autoridades fiscales, sin necesidad de una solicitud específica del país extranjero. Dos países especificaron que el Estado parte requirente era informado y simultáneamente invitado a transmitir todos los elementos útiles (el expediente de la causa) a fin de iniciar un enjuiciamiento. En cambio, otras partes confirmaron su capacidad para lograr la participación de sus autoridades fiscales únicamente si el proceso fuera impulsado por el país solicitante, la víctima o ambos.

Solo unos pocos países informaron de la falta de un mecanismo nacional de aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, mientras que otros dos confirmaron contar con él únicamente para los delitos de blanqueo de dinero o aquellos con penas de más de 2 años de prisión. En otros cinco Estados partes, el principio está reconocido (y en dos casos, regulado en los tratados aplicables), pero no codificado en el derecho interno.

Se informó de algunos problemas prácticos en la aplicación concreta, como los plazos desproporcionadamente largos (de hasta 2 años) necesarios para establecer la jurisdicción del país de nacionalidad de la persona cuya extradición se solicita, lo cual afecta a la eficiencia del enjuiciamiento penal. De hecho, esos procesos se suelen prolongar mucho. Además, para tener éxito, requieren que el Estado cuya solicitud de extradición se rechaza coopere remitiendo las pruebas a través de canales de asistencia judicial recíproca, así como que se asignen recursos humanos y presupuestarios suficientes<sup>98</sup>.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Un Estado parte deja elegir a sus nacionales si desean ser extraditados o enjuiciados en el país, a menos que sea aplicable al caso un tratado que haga obligatoria la extradición de nacionales. Si eligen el enjuiciamiento interno, se deniega la extradición y son juzgados tras las correspondientes consultas con el Estado requirente, a condición de que este renuncie a su jurisdicción y remita todas las pruebas disponibles.

#### *Extradición o entrega condicional y ejecución de condenas*

La mayoría de los Estados partes no disponían de información sobre la aplicación del artículo 44, párrafo 12, o declararon que su legislación no contemplaba la entrega temporal de sus propios nacionales a condición de que fueran devueltos después del juicio para cumplir la

<sup>98</sup>Véase también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párrs. 566 a 568.

condena impuesta en el Estado requirente, o que permitirlo no era la política gubernamental. Existen unas pocas excepciones, como los procedimientos de entrega en virtud de las órdenes de detención europea y nórdica, así como algunos tratados bilaterales o arreglos officiosos de ese tipo entre países vecinos. Una parte señaló que, si la persona buscada era nacional y residente del país en el momento en que presuntamente cometió el delito, se extraditaría únicamente a condición de que se le diera la opción de cumplir en su territorio la pena de prisión impuesta en el extranjero. Además, el Estado requirente tendría que comprometerse previamente a devolver a la persona reclamada en caso de condena con pena de prisión.

Otro Estado se refirió a la cuestión más amplia de la entrega condicional de las personas independientemente de su nacionalidad. Según la ley de ese país, si se producen demoras en la entrega de la persona buscada que pongan en peligro la realización del juicio en el país solicitante por razones de prescripción, o si existen serias dificultades en la determinación de los hechos, la persona puede ser extraditada temporalmente en las condiciones que se acuerden conjuntamente con el Estado requirente.

#### Ejemplo de la aplicación

La legislación nacional de un Estado parte prevé que la extradición de nacionales con fines de procesos penales puede concederse, en algunas circunstancias, si el sistema jurídico del Estado requirente ofrece garantías para un juicio justo. En esos casos, la extradición solo puede efectuarse si el Estado requirente da seguridades de que devolverá a la persona extraditada para que cumpla la sanción o la medida que se le pueda haber impuesto, una vez que se haya examinado y confirmado la condena de conformidad con la legislación nacional, salvo que la persona extraditada se niegue a ser devuelta.

Con respecto al artículo 44, párrafo 13, de la Convención, pocos países parecen considerar en la práctica la ejecución de una condena extranjera cuando deniegan una solicitud de extradición (presentada con fines de ejecutar una condena) por razones de nacionalidad. En los Estados en que existía esa posibilidad, no se presentaron ejemplos de casos pertinentes. Normalmente, la persona buscada es juzgada en su país de nacionalidad sobre la base de los mismos hechos.

Además de los casos específicos previstos en la Convención, varios países informaron de que estaban teóricamente en condiciones de ejecutar condenas penales extranjeras sobre la base de su legislación nacional o de los instrumentos internacionales pertinentes<sup>99</sup>. Un país explicó que la ejecución de una condena extranjera entrañaría imponer una nueva condena con arreglo a la legislación nacional mediante un procedimiento de *exequatur*. Este procedimiento exige el consentimiento de la persona condenada, salvo si ha intentado escapar a la justicia, lo que normalmente es el caso si se ha solicitado su extradición. Otro país puede ejecutar una condena extranjera siempre que se satisfaga el requisito de la doble incriminación, y que sea firme y ejecutable y no se haya dictado en rebeldía.

<sup>99</sup>Por ejemplo, el Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales, el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial, el Convenio entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras, el Protocolo adicional al Convenio europeo sobre el traslado de personas condenadas, o un tratado bilateral con disposiciones equivalentes.

### Logros y buenas prácticas

El código de procedimiento penal de un Estado parte contiene una disposición en virtud de la cual los tribunales nacionales deben examinar la ejecución de sentencias u otras decisiones firmes dictadas por los tribunales de Estados extranjeros de conformidad con las disposiciones nacionales y los acuerdos internacionales. De hecho, algunos tratados regionales en los que es parte ese Estado prevén la ejecución de condenas dictadas en países extranjeros. Además, las autoridades nacionales declararon que la Convención se podía aplicar directamente, como complemento de la legislación nacional, dado que la disposición guarda relación con normas procesales. Se consideró que el artículo 44, párrafo 13, se aplicaba solo en parte y se instó al Estado en cuestión a vigilar la aplicación de las disposiciones mencionadas en la práctica a fin de garantizar la aplicación de sus tratados regionales o de la Convención con respecto a la ejecución de una condena impuesta o del resto pendiente de cumplimiento.

Las partes que no estaban en condiciones de ejecutar sentencias extranjeras proporcionaron diversas explicaciones y perspectivas. Un Estado, en particular, mencionó que si una persona condenada, independientemente de su nacionalidad, se encuentra en su territorio, sus autoridades competentes solo pueden iniciar nuevas actuaciones penales por los mismos hechos. Según otro Estado, las condenas extranjeras solo se considerarán pruebas de reincidencia, siempre que la persona en cuestión haya cometido un delito después de que la solicitud de extradición haya sido rechazada. Otra parte justificó que no permitía la ejecución de condenas extranjeras con el argumento de que sus cárceles solo estaban autorizadas a retener a las personas que hubieran sido condenadas por un tribunal o un funcionario nacionales.

### *Trato justo*

Según la inmensa mayoría de los Estados partes, los presuntos delincuentes cuya extradición se solicita gozan de todos los derechos y las garantías procesales consagrados en sus constituciones y leyes, como exige el párrafo 14 del artículo 44. Unos pocos Estados partes mencionaron explícitamente la aplicabilidad de los tratados pertinentes sobre derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Solo dos Estados señalaron que esas salvaguardas existían únicamente en virtud de los principios del derecho consuetudinario o del *common law*. En relación con uno de ellos, los examinadores hicieron hincapié en la importancia fundamental de garantizar un trato justo en los casos de extradición y reafirmaron la importancia de que existieran medidas para abordar las situaciones en que se solicitaba la extradición con ánimo de discriminar. En un país no estaba claro si en el procedimiento de extradición se observaban las garantías constitucionales y otras garantías de trato justo. Unas pocas partes enfocaron la cuestión del trato justo con una perspectiva de no discriminación al confirmar que las personas que podrían ser objeto de extradición gozaban de las mismas garantías judiciales que se otorgaban a los nacionales.

Varios países enumeraron los derechos y las garantías específicos aplicables en virtud de sus ordenamientos jurídicos internos, que abarcaban el derecho a comparecer ante el tribunal en un plazo prescrito después de la detención; el derecho a abogado defensor; el derecho a un intérprete; el derecho a solicitar la revisión judicial de todas las decisiones adoptadas en el proceso de extradición, es decir, a apelar tanto contra la decisión judicial por la que se imponga la privación de libertad preventiva como contra el mandamiento judicial por el



que se autorice la extradición; la oportunidad de presentar información relativa a la entrega antes de la decisión definitiva del ministro de justicia sobre la entrega; y la garantía de no ser sometido a pena de muerte, tortura ni condiciones de detención inhumanas. Algunos Estados mencionaron específicamente la presunción de inocencia, aunque no se dio ninguna explicación de la pertinencia de ese principio en el contexto de actuaciones que no están concebidas intrínsecamente para establecer la culpabilidad o la inocencia.

Aunque en la mayoría de los países esos derechos parecen ser aplicables a los procesos penales ordinarios, normalmente se considera que se pueden hacer extensivos a otros procedimientos judiciales, incluida la extradición. En un país, esta conclusión parecía extraerse de una serie de sentencias, dictadas por el tribunal supremo a lo largo de los años, en las que se declaraba que ciertos derechos que estaban vinculados a los procesos penales y consagrados en la constitución eran aplicables al proceso de extradición.

### *Motivos de denegación*

El artículo 44, párrafo 8, aclara que la extradición, incluidos los motivos de su denegación, está sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado parte requerido. Como se señaló en el informe relativo a un país, este párrafo siempre se cumple. Sin embargo, los Estados partes deben procurar garantizar que las restricciones a la extradición queden dentro de las limitaciones tradicionales y/o razonables que no neutralicen la extradición como instrumento eficaz para la cooperación internacional en casos de corrupción.

La mayoría de los Estados partes cuentan con una lista exhaustiva de motivos de denegación, tanto obligatorios como discrecionales, enunciados en su legislación o en los tratados aplicables, pero hay seis excepciones. En estos seis países, los motivos de denegación se toman de los principios generales del derecho internacional, el debido proceso judicial y la equidad fundamental, si no existe un tratado aplicable. Es interesante señalar que un Estado enumera los motivos de denegación en su constitución. Otros motivos comunes para no conceder la extradición son el principio de *non bis in idem*; la prescripción del delito; la existencia de procesos penales o condenas nacionales pendientes; la negativa del Estado requirente a contraer un compromiso de especialidad o comprometerse a no imponer ni ejecutar la pena capital si la persona es condenada; y (con menos frecuencia) la posibilidad de que la persona requerida sufra penalidades excepcionales debido a su edad o a su mala salud. Dos países añadieron el motivo de que la sentencia (en el caso de una solicitud a los efectos de hacer cumplir una condena) se dictara en ausencia del acusado, y uno de ellos señaló que ese motivo de denegación planteaba dificultades en la práctica.

El enfoque de dos Estados partes es muy diferente del de los demás: en un caso se puede denegar la extradición si existen indicios de que el enjuiciamiento o la ejecución de una sentencia penal extranjera en el país facilitarían la rehabilitación de la persona cuya extradición se solicita; en el otro caso se puede denegar la extradición si la persona reclamada es extranjera pero reside permanentemente en el Estado requerido y la extradición se considera inapropiada debido a su integración o a los vínculos comunitarios que ha creado en ese país.

### *Cláusula de no discriminación*

En relación con el artículo 44, párrafo 15, de la Convención, la mayoría de las partes prevén la cláusula de no discriminación como un motivo discrecional u obligatorio para denegar una solicitud de extradición cuando existen razones para creer que la solicitud se ha formulado con miras a perseguir o castigar a la persona cuya extradición se solicita en razón de su sexo,

raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas, o que el cumplimiento de la solicitud ocasionaría perjuicio a la posición de esa persona por cualquiera de los motivos antes citados.

En la legislación de algunos países no se hace referencia al género, la raza o el origen racial. No obstante, en al menos dos países estas omisiones no parecen crear un vacío jurídico importante. Si bien en un país la extradición por cualquier tipo de discriminación relacionada con los motivos enunciados en la Convención puede denegarse sobre la base de la prohibición constitucional de discriminación, en el otro los tribunales nacionales tienen la obligación de interpretar cualquier legislación de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que contiene una prohibición global de la discriminación.

En 15 Estados al menos, el riesgo de discriminación basada en el sexo no se considera adecuadamente, aunque dos Estados partes anunciaron que ese tipo concreto de discriminación quedaría reflejado en sus nuevas leyes sobre extradición. En algunos países se observó que, si la constitución nacional prohíbe la discriminación por razón de sexo, las leyes sobre extradición también deberían interpretarse a la luz de esa disposición.

En un país, la cláusula de no discriminación solo puede activarse cuando la persona ha obtenido la condición de refugiado. A este respecto, el informe del país puso de relieve que la Convención no subordinaba la posibilidad de denegar la extradición por motivos de discriminación a la obtención de asilo por parte de la persona buscada.

Además, en 14 países como mínimo, no parece que en la legislación nacional se haga referencia alguna a la cláusula de no discriminación en el contexto de la extradición. Sin embargo, algunos de esos países confirmaron que aplicarían directamente el texto de la Convención. Por otra parte, como se indicó en un examen, incluso en casos en los que no haya legislación, técnicamente puede considerarse que se aplica el artículo 44, párrafo 15, ya que la Convención no crea una obligación directa de que los Estados partes proporcionen garantías explícitas de que rechazarían una solicitud de extradición por los motivos mencionados, sino que les da la posibilidad de hacerlo<sup>100</sup>. Desde esta perspectiva, cabe señalar que el examen no analizó las cuestiones relativas al cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que podrían establecer normas jurídicas y requisitos relativos a la no discriminación y otras cuestiones distintos de los enunciados en la Convención.

### *Delitos tributarios*

De conformidad con el artículo 44, párrafo 16, la abrumadora mayoría de los Estados partes no pueden rechazar una solicitud de extradición por el solo motivo de que el delito entraña cuestiones tributarias.

En general, los Estados confirmaron el cumplimiento de esta disposición ofreciendo un argumento *a contrario* basado en la ausencia en la legislación nacional de disposiciones que autorizaran el rechazo de una solicitud de extradición por ese motivo. Solo tres países disponen expresamente que las cuestiones fiscales no son motivo para denegar la extradición. Un Estado parte confirmó el cumplimiento mediante la aplicación directa de la Convención, mientras que otro afirmó que los delitos fiscales dan lugar a extradición en virtud de su naturaleza como delitos contemplados en la tradición del *common law*.

<sup>100</sup>Véase también la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 583.

Dos países ofrecieron una explicación más detallada de su capacidad para conceder la extradición en los casos previstos en el artículo 44, párrafo 16. Según uno de ellos, si la solicitud abarca varios delitos —tanto fiscales como de otra naturaleza—, se concedería la extradición por los demás delitos. Al Estado requirente no se le permitiría enjuiciar a la persona extraditada por los delitos fiscales; esa condición se señalaría a la atención del Estado requirente. Del mismo modo, otro Estado no denegaría la extradición por delitos fiscales si estos estuvieran relacionados con otros delitos que dan lugar a extradición. Si bien su ley de extradición establece que no se puede conceder la extradición por delitos relacionados con impuestos y gravámenes, aduanas o divisas, la extradición solo se denegaría si la solicitud se basara exclusivamente en delitos fiscales.

En 13 Estados, la falta de legislación o de prácticas claras provocaba cierta incertidumbre acerca de si se podía rechazar una solicitud de extradición por esos motivos. De conformidad con la legislación de un Estado parte, algunas categorías de delitos no dan lugar a extradición por su carácter tributario. Las autoridades de ese Estado parte confirmaron, no obstante, que la extradición no se denegaría si se consideraba que los elementos de un delito concreto constituían un acto de corrupción con arreglo a la Convención.

### *Delitos políticos*

Todos los Estados partes incluyen la comisión de un delito político como motivo para rechazar una solicitud de extradición. En un Estado parte, ese era el motivo más común de denegación de las solicitudes recibidas (junto con la prescripción del delito). No obstante, es la norma entre los Estados partes no definir el concepto de “delito político” en términos legislativos, o definirlo solo en términos negativos (por ejemplo, excluir las tentativas contra la vida o la libertad de un Jefe de Estado o un miembro de la casa real del país). Como resultado, las decisiones de denegar una solicitud de extradición por ese motivo se adoptan caso por caso, recurriendo a menudo a criterios de origen jurisprudencial. En un Estado, por ejemplo, se considera político un delito si, tras una evaluación de los motivos del autor, los métodos empleados para cometer el delito y todas las demás circunstancias, la dimensión política del acto supera su componente penal. La constitución de un Estado parte establece que no se permite la extradición por “motivos políticos”, expresión que los examinadores consideraron ambigua en lo referente a su ámbito de aplicación.

En este contexto, la gran mayoría de los Estados partes confirmaron que ningún delito tipificado con arreglo a la Convención se consideraría delito político bajo ninguna circunstancia, en consonancia con el artículo 44, párrafo 4. Al mismo tiempo, tan solo unos pocos países aclararon si el cumplimiento de la Convención se lograría mediante la interpretación jurisprudencial o por otros medios. En este sentido, una parte explicó que sus tribunales ofrecían una interpretación muy restrictiva de la noción de “delito político”, lo que hacía poco probable que los delitos tipificados con arreglo a la Convención se consideraran como tales.

Solo unos pocos países señalaron legislación especial en virtud de la cual los delitos tipificados con arreglo a la Convención estaban excluidos expresamente del ámbito de aplicación de los delitos políticos. Un país, en particular, ha aprobado una ley que autoriza la extradición por delitos contra la administración pública aun cuando el producto de los delitos esté destinado a ser utilizado con fines políticos. Sin embargo, en todos los demás países la legislación especial mencionada estaba relacionada con el blanqueo de dinero, por lo que solo cubría uno de los tipos de conductas tipificados con arreglo a la Convención.

Al menos 11 Estados excluyeron la posibilidad de invocar el carácter político de un delito cuando se hubiera contraído a nivel internacional una obligación de extraditar o enjuiciar,

especialmente cuando tanto el país requirente como el requerido fueran partes en un tratado multilateral como la Convención. Esto refleja la tendencia a limitar el ámbito de aplicación de la excepción de delito político, de conformidad con la versión revisada del artículo 3, párrafo *a*), del Tratado Modelo de Extradición. Se alentó en general a los Estados partes a que continuaran garantizando que todo delito tipificado con arreglo a la Convención no se considere o identifique como delito político, lo que puede impedir la extradición, especialmente en los casos de personas a las que se han confiado funciones públicas destacadas, que puedan dar lugar a alegaciones sobre el carácter político del delito o de persecución política en el Estado requirente.

#### *Procedimientos de consulta*

Parece que el requisito de entablar consultas con el Estado requirente antes de denegar la extradición no se interpreta ni se aplica de manera uniforme, aunque en muchos casos esas consultas constituyen la práctica habitual. Aunque la legislación de dos países llega hasta el punto de prever la posibilidad de que el Estado requirente participe como parte por poderes en el proceso de extradición, la amplia mayoría de partes consideraron que no era necesaria una legislación de aplicación, bien porque consideraban el deber de consulta como parte de la debida cortesía o la práctica internacional, bien porque estimaban que el artículo 44, párrafo 17, de la Convención era aplicable directamente en sus propios ordenamientos jurídicos. En la misma línea, un Estado parte argumentó que los fiscales, en su calidad de representantes del Estado requirente ante las autoridades de extradición, estaban obligados implícitamente a mantener informado al Estado requirente de todas sus acciones.

#### **Logros y buenas prácticas**

Un país acepta proyectos de solicitudes de extradición a fin de garantizar que se ajustan a los requisitos nacionales. Esos proyectos son examinados por el departamento de justicia, con aportaciones de otros interesados pertinentes.

Otro Estado parte mencionó que, aunque se podían celebrar consultas por vías diplomáticas y presentar los resultados al juez durante la audiencia de extradición, el juez no podía ponerse en contacto directamente con las autoridades extranjeras. En siete casos, la falta de legislación y de práctica hizo que no se cumpliera el requisito, y se formularon recomendaciones para que los Estados partes afectados consultaran con la parte requirente antes de denegar una extradición.

En general, si bien esta disposición puede considerarse aplicada mediante la práctica y los procedimientos administrativos establecidos sin necesidad de legislación específica, siempre que no existan disposiciones en contrario en la constitución o en la legislación, los examinadores señalan que se trata de un requisito obligatorio. Por lo tanto, en su opinión, es necesario un elevado grado de certeza para demostrar que la práctica pertinente ha adquirido fuerza de ley por su utilización durante un período considerable, y que se aplica de manera uniforme. De lo contrario, los Estados partes tal vez deseen considerar la posibilidad de abordar directamente el asunto en sus leyes sobre extradición y revisar los tratados para garantizar el cumplimiento de la Convención.

### Ejemplos de la aplicación

Un Estado parte informó de que su autoridad central encargada de recibir y enviar solicitudes de extradición hacía todo lo posible por celebrar consultas con la parte requirente si observaba deficiencias en la solicitud presentada en virtud de la Convención. Eso incluía brindar al país requirente la oportunidad de complementar la solicitud con pruebas o explicaciones adicionales. La autoridad central tomaba contacto habitualmente con otras partes en los tratados para conocer sus opiniones y las alentaba a presentar más información si parecía probable que fuera a rechazar una solicitud de extradición.

Las autoridades de otro país declararon que hacían un uso extenso de Eurojust y la Red Judicial Europea, así como de redes oficiosas como la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed). Es habitual que los jueces soliciten información adicional para evitar que se rechace una solicitud de extradición o de entrega. Dicha información adicional puede incluir detalles con respecto a la descripción de los hechos de un delito, la legislación nacional relacionada con la prescripción y la información relacionada con garantías (por ejemplo, con respecto a la pena de muerte, sanciones permanentes y amnistías).

Por último, una de las partes va mucho más allá del requisito técnico de consultar al Estado requirente. Cuando no está en condiciones de ejecutar la solicitud al no existir un tratado como base adecuada o por otras razones, hace esfuerzos para prestar otras formas de asistencia, por ejemplo, cuando proceda, suministrar información sobre los movimientos del fugitivo a fin de facilitar al país solicitante que pida la extradición de otros países.

### *Eficacia*

Muchos Estados informaron de que tenían poca o ninguna experiencia con respecto a la tramitación de solicitudes de extradición, en general o por delitos relacionados con la corrupción. Un Estado no tenía experiencia, o esta era muy limitada, con respecto a la extradición, que se tramitaba principalmente a través de tratados bilaterales y era un proceso prolongado. La situación cambió tras la aprobación de una ley de extradición en 2015. Otro Estado declaró que había obtenido la entrega de fugitivos desde los países vecinos, pero nunca había completado procedimientos de extradición como Estado requerido.

Siete Estados mencionaron casos de solicitudes recibidas o enviadas en que se había invocado la Convención, y un país notificó la ejecución de una solicitud recibida sobre la base de la Convención y de un tratado bilateral. Un país había formulado varias solicitudes de extradición relativas a delitos de corrupción, ninguna de las cuales se había aprobado debido a las diferencias de los sistemas jurídicos de los países en cuestión.

En el momento de depositar los instrumentos de ratificación de la Convención, dos Estados formularon una reserva al artículo 44, en la que definían las limitaciones nacionales en la aplicación de ese artículo. Sin embargo, uno de ellos indicó que la legislación promulgada posteriormente no contenía ninguna mención de esa reserva, de manera que el país está considerando la posibilidad de retirarla.

En general, los datos facilitados eran limitados o fragmentarios y no ofrecían un panorama completo del volumen de solicitudes de extradición recibidas y enviadas por delitos relacionados con la corrupción, ni del grado en que esas solicitudes surtieron efecto. En este sentido, el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ofrece a los países una oportunidad de examinar la necesidad de racionalizar la información sobre casos de extradición y reunir datos estadísticos pertinentes mediante el uso de sistemas electrónicos, con miras a facilitar el seguimiento de esos casos y evaluar de manera más eficaz la aplicación de la Convención.

### **B. Traslado de personas condenadas a cumplir una pena (artículo 45)**

Las razones para el traslado de personas condenadas (incluidos los autores de delitos de corrupción) a su país de origen, a fin de que terminen de cumplir sus condenas allí, son humanitarias, y el traslado suele requerir su consentimiento. No obstante, puede haber circunstancias que permitan el traslado de una persona condenada a su Estado de origen aunque no dé su consentimiento, por ejemplo, cuando se ha ordenado la deportación de la persona en cuestión del Estado parte que impone la condena una vez cumplida esta. La posibilidad de traslado se refiere a los casos en que la persona ha sido condenada a pena de prisión, o a otra pena que entrañe privación de libertad, y queda por cumplir una parte adecuada de la condena (habitualmente, 6 meses como mínimo). En ocasiones se puede trasladar a un delincuente con trastornos mentales cuando está recibiendo atención y tratamiento psiquiátrico obligatorio en una institución médica como medida de seguridad.

La mayoría de los Estados partes cuentan con el marco jurídico necesario para llevar a cabo esos traslados en determinadas condiciones, de conformidad con la disposición (facultativa) del artículo 45 de la Convención. En algunos países, el traslado de reclusos también podría efectuarse teóricamente sobre la base de la reciprocidad; en la práctica, sin embargo, casi todos los Estados se basan en las disposiciones de los tratados internacionales. Tan solo tres Estados partes parecían recurrir exclusivamente a sus propias disposiciones nacionales, y otro Estado mencionó que había utilizado en dos ocasiones los conductos diplomáticos para ejecutar el traslado a su territorio de personas condenadas en otros países.

#### **Ejemplos de la aplicación**

Un Estado ha celebrado varios acuerdos bilaterales sobre el traslado de personas condenadas; también ha elaborado un acuerdo modelo para su uso con otros países y ha indicado que está dispuesto a concertar nuevos acuerdos sobre esa base.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas es un ejemplo interesante de tratado regional abierto a ratificación por países de otras regiones. Ha sido ratificado por 65 partes, 19 de las cuales son Estados no miembros. Los Estados no miembros pueden ser invitados a participar por el Comité de Ministros del Consejo o autorizados para convertirse en partes si lo solicitan. Ese enfoque ofrece la posibilidad de que los países que están fuera del alcance geográfico original de un determinado tratado se adhieran a un marco jurídico multilateral existente y ya en funcionamiento. Si más países lo ratifican en los próximos años, el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas podría convertirse en un instrumento interregional *de facto* y eximiría a los países de la necesidad de negociar un nuevo marco jurídico aplicable a nivel mundial.

El número de tratados celebrados por los Estados partes a este respecto varía considerablemente. Mientras que un Estado está vinculado por 28 acuerdos bilaterales que abarcan el traslado de personas condenadas, otro mencionó solo un acuerdo. Algunos países informaron de que estaban considerando la posibilidad de concertar nuevos acuerdos. De forma parecida a lo que se observó en relación con la extradición, se detectó una tendencia a celebrar acuerdos pertinentes con Estados vecinos o con Estados con los que se comparte el idioma.

Parece que las iniciativas multilaterales se utilizan ampliamente. El Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas desempeña una función destacada. Otros acuerdos importantes son el Programa de traslado de delincuentes convictos entre los países del Commonwealth, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, el Convenio sobre el traslado de condenados a prisión para el cumplimiento de su pena entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes, el Convenio sobre el traslado de personas condenadas entre los Estados miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa y el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial.

En 17 Estados no existe ningún acuerdo en vigor sobre el traslado de las personas condenadas, y un Estado parte adujo que su legislación nacional prohibía esos traslados cuando la persona afectada estaba cumpliendo una pena en virtud de una condena en su territorio hasta su excarcelación. Sin embargo, ese Estado parte expresó su intención de modificar la legislación para garantizar el cumplimiento de la Convención. Otro país informó de que había rechazado una solicitud de traslado al no disponer de un marco jurídico. Los examinadores señalaron la posibilidad de utilizar el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros<sup>101</sup> como orientación sobre la forma de suplir esas deficiencias.

No se disponía de cifras precisas sobre el número de reclusos que cada Estado parte ha recibido o trasladado al extranjero, y mucho menos sobre el número de traslados realizados específicamente en relación con delitos tipificados con arreglo a la Convención. Según un Estado, el 99% de los traslados son por delitos relacionados con drogas. Un Estado parte informó de que miles de reclusos habían sido trasladados desde y hacia su territorio desde 1977, en cumplimiento de los tratados pertinentes. El traslado de reclusos parece utilizarse con frecuencia, independientemente del tamaño y el nivel de desarrollo de los Estados en cuestión. Un pequeño Estado insular, por ejemplo, informó de una amplia práctica en esa esfera, con unos 30 casos que se encontraban pendientes de resolución en el momento de la visita al país. Un país subsahariano confirmó que el traslado de personas condenadas era un procedimiento común y el número de traslados desde un país vecino ascendía a 82 solo en 2011.

Al mismo tiempo, se informó de algunas dificultades con respecto a la aplicación práctica de los acuerdos de traslado, por ejemplo, causados por el hecho de que algunos Estados no regulan con suficiente detalle los procedimientos administrativos para ejecutar las medidas correspondientes. En el mismo contexto, se han planteado problemas relativos a los siguientes aspectos: trasladar reclusos a países con regímenes sancionadores considerablemente diferentes; asegurar la ejecución a su debido tiempo de solicitudes de traslado; resolver la cuestión de la parte que debe sufragar el costo del traslado; y evitar el desmembramiento de unidades familiares si un recluso tiene familia en el extranjero pero desea que se le traslade a su país de origen para cumplir la condena. Una parte resumió los problemas que debía afrontar señalando la gran cantidad de recursos necesarios para llevar a cabo los traslados desde y hacia sus diez países vecinos. Esa misma parte calculó que la duración media de un procedimiento de traslado era de 8 meses.

---

<sup>101</sup> *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.86.IV.1), cap. I, secc. D.1, anexo I.





## **Capítulo II. Asistencia judicial recíproca y remisión de actuaciones penales**

### **A. Asistencia judicial recíproca (artículo 46)**

El artículo 46, párrafo 1, exige que los Estados partes se presten la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos previstos en la Convención. Así pues, cada Estado parte debe garantizar que sus leyes y tratados de asistencia judicial recíproca son suficientemente amplios para cumplir esa obligación. En particular, el artículo 46, párrafo 7, establece que los párrafos 9 a 29 del artículo 46 se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al artículo 46 siempre que no medie entre los Estados partes interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando los Estados estén vinculados por un tratado de esta índole, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 de ese artículo. Se insta encarecidamente a los Estados partes a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.

El alcance, el ámbito de aplicación y las fuentes de los regímenes de asistencia judicial recíproca varían considerablemente entre los Estados partes. En general, existe un grado de flexibilidad considerable en la aplicación del artículo 46 de la Convención, y solo cuatro países presentan deficiencias en el cumplimiento de sus requisitos en términos amplios.

La mayoría de los países examinados han aprobado leyes internas en las que se establece el marco general para prestar o solicitar asistencia, ya sea en forma de leyes especiales (por ejemplo, leyes sobre asistencia recíproca en asuntos penales) o estatutos que abarcan la cooperación internacional en asuntos penales en general o (a veces en paralelo) como parte integrante del código penal o el código de procedimiento penal. En algunos casos, grupos de trabajo especiales elaboraron enmiendas a la legislación nacional sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales a fin de dar efecto práctico a los requisitos enunciados en la Convención.

En ciertos países, el régimen de asistencia judicial recíproca aplicable en concreto a los delitos de blanqueo de dinero parece ser sustancialmente diferente del general, que abarca otros delitos (suele ser más complejo y más eficaz en potencia). Esta situación es el resultado de los considerables esfuerzos realizados por algunos países, a menudo con el apoyo de organizaciones internacionales, por actualizar sus marcos jurídicos para mejorar el cumplimiento de las normas sobre la lucha contra el blanqueo de dinero. Esta labor ha recurrido también a la cooperación internacional. Desde la perspectiva de la aplicación de la Convención, se ha creado un efecto positivo por el cual es posible utilizar de manera efectiva los marcos jurídicos actualizados para cooperar con otros Estados en relación con el blanqueo del producto de delitos de corrupción. La posible desventaja es que los mecanismos de asistencia judicial recíproca y los instrumentos relativos a los otros delitos no necesariamente han sido actualizados, lo que podría crear un sistema de dos niveles de regímenes de asistencia judicial recíproca aplicable a los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Solo unos pocos países informaron de que no tenían legislación interna sobre asistencia judicial recíproca y se basaban exclusivamente en las disposiciones de los tratados o en el

principio de reciprocidad. Sin embargo, un número considerable de esos países informaron también de la labor en curso para elaborar marcos jurídicos específicos sobre la asistencia judicial recíproca. Una de las partes destacó un planteamiento singular, que compensaba la falta de legislación interna sobre la asistencia judicial recíproca aplicando sus leyes nacionales por analogía y utilizando el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal como principio rector. Otro Estado aplicaba un planteamiento relativamente similar, basado en la aplicación de las leyes nacionales por analogía, según el cual las disposiciones nacionales que regulaban la asistencia judicial con la Corte Penal Internacional podían aplicarse a las solicitudes de asistencia judicial recíproca recibidas en el marco de la Convención.

La mayoría de las partes parecen no establecer ninguna distinción entre delitos y, en principio, prestan asistencia al margen de su gravedad. No obstante, en al menos diez países se especificó que la asistencia, al menos en ciertas formas (por ejemplo, registro, incautación y embargo de activos), solo se podía prestar con motivo de un delito grave (por ejemplo, cuando la posible pena fuera de más de 12 meses de prisión). Esto podría abrir las puertas a la posibilidad de que no se otorgara asistencia judicial recíproca en relación con varios delitos tipificados con arreglo a la Convención. Por el contrario, un país mencionó específicamente la posibilidad de prestar asistencia judicial recíproca en relación con delitos leves. En general, sin embargo, es poco probable que las autoridades de los Estados requeridos otorguen prioridad a las solicitudes relativas a delitos menores o triviales. Normalmente, se otorga prioridad a solicitudes relativas a delitos graves, casos en que las pruebas corren el riesgo de ser ocultadas o destruidas, delitos continuados, casos en los que está en riesgo la seguridad de los testigos o del público, y casos en que la fecha del juicio es inminente.

#### **Logros y buenas prácticas**

En dos Estados partes se presta asistencia recíproca en procedimientos iniciados ante las autoridades administrativas por delitos tipificados en la legislación del Estado requiriente o del Estado requerido en el caso de que la decisión de una autoridad administrativa pueda servir de fundamento para iniciar actuaciones penales.

La mayoría de los Estados partes están vinculados por tratados o arreglos bilaterales (frecuentemente adoptados a nivel regional), o por convenios regionales. Esos instrumentos tienen por objeto intensificar la cooperación, mejorar el intercambio de información y superar los obstáculos jurídicos y operacionales que impiden la prestación de asistencia, especialmente en los casos en que intervienen Estados con ordenamientos y tradiciones jurídicas diferentes. Por ejemplo, un país ha celebrado 42 tratados bilaterales con países de todos los continentes.

Entre los instrumentos multilaterales citados figuraban el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y sus protocolos adicionales; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal; el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá; el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial; la Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre Asistencia Recíproca en Asuntos Penales; el Tratado sobre Asistencia Recíproca en Materia Penal de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental; el Acuerdo de Cooperación Judicial de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea; la Convención sobre Asistencia Judicial y

Relaciones Jurídicas en Cuestiones Civiles, Familiares y Penales de la Comunidad de Estados Independientes; el Plan del Commonwealth sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales (el Plan Harare); y la Convención sobre asistencia recíproca en materia penal entre los Estados miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa. Además, varios países son parte en tratados que prevén la asistencia judicial recíproca especialmente con respecto a delitos de corrupción y blanqueo de dinero, como el Convenio Penal sobre la Corrupción y el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción; y el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Los Estados partes informaron de diversas experiencias relativas a la aplicación de esos tratados. Si bien algunos Estados han celebrado muy pocos instrumentos, otros parecían recurrir a ellos de manera significativa, especialmente los que disponían de una legislación interna limitada sobre asistencia judicial recíproca. Al mismo tiempo, en casi todos los países, la ausencia de un tratado no parece ser un obstáculo, en principio, a la posibilidad de prestar asistencia judicial recíproca. Muy pocos países mencionaron que necesitarían que existiera un tratado para prestar asistencia. Además, la reciprocidad se mencionó con frecuencia como una base suficiente para la prestación de asistencia a jurisdicciones extranjeras, y un país requería garantías específicas como condición para ejecutar las solicitudes recibidas.

Más Estados confirmaron la posibilidad de recurrir a la propia Convención como base jurídica para la asistencia judicial recíproca que en el caso de la extradición. No obstante, suele considerarse que los tratados bilaterales sobre asistencia tienen prioridad y se prevé que se invoquen en primer lugar (o al menos en paralelo con la Convención) si se aplican a una solicitud relacionada con la corrupción. Como se mencionó anteriormente, de conformidad con el artículo 46, párrafo 7, si los Estados partes no están obligados por un tratado de asistencia judicial recíproca, deberán aplicar los párrafos 9 a 29 a todas las solicitudes de asistencia judicial recíproca presentadas de conformidad con el artículo 46. Cuando los Estados partes estén vinculados por un tratado de asistencia judicial recíproca se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados partes convengan en aplicar, en su lugar, el artículo 46. Incumbe a las autoridades competentes decidir si se utilizan las disposiciones de la Convención o los acuerdos bilaterales, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto, dado también que (como se ha observado en el artículo 46, párrafo 6) las disposiciones pertinentes de la Convención no afectarán a las obligaciones existentes entre las partes en virtud de otros tratados o arreglos, ni impedirán que las partes se presten asistencia en virtud de nuevos tratados o arreglos. También se alienta a los Estados partes, como se señala en el artículo 46, párrafo 30, a explorar la posibilidad de celebrar otros acuerdos relativos a la asistencia judicial recíproca como medio de llevar a la práctica o reforzar las disposiciones de la Convención en esa esfera.

### Ejemplos de la aplicación

Un Estado parte informó de que su legislación sobre asistencia judicial recíproca se complementaba con reglamentos especiales que facilitaban la presentación de solicitudes de asistencia judicial recíproca a los Estados partes en la Convención y la recepción de las remitidas por ellos en relación específicamente con los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

Los países requirentes pueden ponerse en contacto con la autoridad central de otra parte, y esa autoridad central está disponible para sugerir, de ser necesario, la base jurídica más adecuada para garantizar la máxima eficiencia en la ejecución de la solicitud.

En los informes de los países se hizo hincapié en la capacidad de los Estados partes para cumplir los requisitos citados y garantizar que sus sistemas ofrecieran garantías adecuadas de que se prestaría asistencia con respecto a un delito relacionado con la corrupción. Así pues, algunos examinadores elogiaron la preparación o adopción de un marco jurídico interno sobre asistencia judicial recíproca como confirmación del compromiso de los Estados partes de regular el asunto de manera amplia y homogénea. Igualmente, los expertos examinadores pusieron sistemáticamente de relieve como un logro la condición de un país como parte en instrumentos regionales sobre formas diferentes de cooperación internacional, así como en una amplia gama de instrumentos multilaterales sobre corrupción, blanqueo de dinero y delincuencia organizada que contenían disposiciones sobre cooperación internacional en materia penal.

En cambio, en los casos en que la legislación nacional establece solo normas limitadas que rigen la asistencia judicial recíproca (y en los pocos casos en que la Convención no es aplicable directamente) se alentó a los países a que consideraran la elaboración de una legislación interna más específica para facilitar la aplicación práctica de los tratados vigentes y mejorar la transparencia y previsibilidad de los procedimientos en beneficio de los Estados requirentes. También se recomendó una legislación más específica en un Estado en que muchas de las prácticas y los procedimientos relativos a la asistencia judicial recíproca se llevaban a cabo de conformidad con la práctica acostumbrada o con directrices oficiosas, pese a que, como reconocieron los expertos examinadores, la organización y el desempeño de la tramitación de solicitudes de asistencia judicial recíproca y cooperación internacional por las autoridades de ese Estado era en general eficaz. Como se observó en el examen en cuestión, una cultura de eficiencia y rendimiento puede ser incluso más importante que la promulgación de legislación específica para garantizar el cumplimiento sustantivo de la Convención. Sin embargo, esa situación exige cuidado y vigilancia constantes por parte de las autoridades nacionales sobre el funcionamiento y el desempeño de sus organismos en la esfera de la cooperación internacional.

En tres países se observó la inexistencia de legislación de habilitación para aplicar plenamente las disposiciones del artículo 46, y en numerosos casos se formularon recomendaciones para que los Estados partes consideraran la posibilidad de celebrar (otros) acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales de cooperación, incluso con países de regiones geográficas diferentes a la suya, en ocasiones pese a la aparente eficacia de las redes oficiales u oficiosas de cooperación existentes. Se alentó a los Estados partes en general a que otorgaran prioridad a la cooperación internacional en materia de delitos de corrupción y a que aprovecharan en mayor grado las posibilidades de utilizar la Convención como base para la asistencia judicial recíproca. Por último, en cuatro países se detectó una grave falta de experiencia con respecto al funcionamiento de los mecanismos de asistencia judicial recíproca; se sugirió, por lo tanto, que se adoptaran medidas para mejorar el conocimiento de la Convención entre las instituciones y los organismos nacionales en este ámbito y que se considerara la posibilidad de establecer redes oficiosas como base inicial para las solicitudes de asistencia judicial recíproca.

### Ejemplos de la aplicación

Una parte ejecutó una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca de otro país, que había invocado la Convención. La parte requerida proporcionó documentos bancarios certificados al país requirente para ayudar en sus investigaciones sobre un funcionario público que estaba acusado de participar en un complejo fraude a gran escala y que, según se creía, había enviado parte del producto ilícito a través de bancos ubicados en su territorio. La Convención fue la única base jurídica para la solicitud, ya que no existía un tratado bilateral sobre asistencia judicial recíproca entre los dos países.

Se pidió a otro Estado parte, sobre la base de la Convención, que observara y vigilara a un sospechoso, proporcionara información sobre su fecha de entrada en el país, localizara sus posesiones y activos financieros, y practicara un registro domiciliario a fin de embargar con carácter preventivo y decomisar sus posesiones financieras. La investigación penal se refería a un nacional del Estado requirente sospechoso de malversación o peculado en el desempeño de una función oficial. El sospechoso había huido del país y vivía en el país requerido cuando se formuló la solicitud. Se proporcionó toda la asistencia solicitada, y la información y los bienes incautados fueron entregados al país requirente.

Desde una perspectiva diferente, un país mencionó que había tramitado un importante caso de delincuencia organizada transnacional sobre el tráfico de madera de palisandro mediante la asistencia judicial recíproca. Aunque el caso no entrañaba ninguna solicitud de asistencia judicial recíproca para delitos relacionados con la corrupción, la corrupción se consideraba un componente importante del plan delictivo subyacente. Este ejemplo podría indicar que, en algunos casos, los delitos tipificados en la Convención podrían constituir una parte integral de operaciones delictivas mayores; sin embargo, la solicitud de asistencia judicial recíproca se centraría en los otros tipos de actividades delictivas conexas.

### *Delitos cometidos por personas jurídicas*

Con respecto al párrafo 2 del artículo 46, la mayoría de los Estados partes confirmaron que podían prestar asistencia en relación con delitos de los que pudiera considerarse responsables a personas jurídicas. Sin embargo, solamente un porcentaje reducido presentó ejemplos de casos reales en un contexto relacionado con la corrupción, y al menos seis países no proporcionaron suficiente información sobre el tema.

Las leyes internas, así como los tratados bilaterales y multilaterales sobre asistencia judicial recíproca, no suelen incluir disposiciones sobre la tramitación de casos en que estén implicadas personas jurídicas. Entre los países que han adoptado un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, al menos cinco indicaron que no era necesario promulgar leyes específicas porque la prestación de asistencia judicial recíproca para los delitos en que estén implicadas personas jurídicas era posible por medio de la interpretación de sus leyes nacionales, a saber, que el concepto de “persona” quedaba sin definir y, por lo tanto, se entendía que incluía tanto a las personas naturales como a las jurídicas. Un país comunicó su intención de aprobar legislación en que se regulara de forma expresa esta cuestión y explicó que las solicitudes de asistencia más frecuentes que se recibían relacionadas con personas jurídicas entrañaban la obtención de datos sobre cuentas bancarias y documentos financieros

y la verificación de datos del registro de sociedades. Según otra parte, la mayoría de las solicitudes que se reciben se refieren a delitos cometidos por personas jurídicas.

El estado de la aplicación del párrafo 2 del artículo 46 parece menos claro en los países que no han establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus leyes nacionales, o la han establecido únicamente con respecto a delitos específicos (como el blanqueo de dinero). Algunas autoridades nacionales y varios examinadores consideraron que ese aspecto, a veces en combinación con la norma de la doble incriminación, imposibilitaría la asistencia judicial recíproca o la permitiría solamente para los delitos por los que se pudiera considerar responsables penalmente a personas jurídicas, o en casos en que no se requiriese la doble incriminación. Sin embargo, esa opinión no parece ser prevalente. Como se puso de manifiesto en un examen, incluso los Estados partes que no han establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas y aplican la norma de la doble incriminación pueden prestar asistencia judicial recíproca, dado que la doble incriminación se concibe no como requisito para el enjuiciamiento del sujeto concreto objeto de investigación, sino simplemente como requisito de que el acto que da lugar a la solicitud de asistencia constituye un delito en el ámbito interno. Es decir, los posibles resultados de investigaciones o fallos contra personas jurídicas, incluidos los posibles cargos o condenas, parecen irrelevantes para la aceptación de la solicitud de asistencia judicial. Además, los tratados sobre asistencia judicial recíproca se celebran para prestar asistencia a las partes contratantes en relación con la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de delitos, y en actuaciones relacionadas con asuntos penales, sin hacer ninguna salvedad acerca de que el delito investigado haya sido cometido por personas naturales o jurídicas. De hecho, siguiendo ese razonamiento, varios países que no pueden considerar penalmente responsables a las personas jurídicas confirmaron que podían prestar asistencia judicial recíproca para delitos que implicaran a personas jurídicas, normalmente sobre la base de la aplicación directa de la Convención o de otro tratado.

En cualquier caso, ningún país informó de que hubiera tenido problemas con respecto a la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial recíproca en el contexto del requisito de la doble incriminación, o al solicitar asistencia de autoridades extranjeras en relación con actuaciones penales contra personas jurídicas.

#### *Formas y finalidades de la asistencia judicial recíproca*

Los fines para los cuales puede solicitarse asistencia judicial recíproca están, en gran medida, comprendidos en la legislación interna y, en general, corresponden a las prescripciones del párrafo 3 del artículo 46. Varias partes indicaron además que los fines para los cuales podía solicitarse asistencia judicial recíproca enumerados en su legislación interna estaban especificados o complementados por tratados bilaterales o multilaterales aplicables, incluida la propia Convención. En dos casos, el derecho interno no enumera de forma explícita las finalidades para las que puede prestarse asistencia judicial recíproca. Aunque los objetivos específicos establecidos en la Convención no están incluidos en su legislación interna, varios países garantizan la aplicación sustancial del párrafo en cuestión indicando que cualquier medida de investigación disponible a escala nacional puede aplicarse también a petición de un país extranjero. Otra disposición de alcance general autorizaba la entrega de cualquier otra información que pudiera ayudar a dar cumplimiento a la solicitud.

Entre las formas de asistencia más solicitadas figuran efectuar la entrega de documentos judiciales, recabar pruebas de testigos, presentar documentos oficiales de organismos públicos y ejecutar registros e incautaciones en relación con documentos comerciales, bancarios o de Internet. Algunos países citaron limitaciones con respecto a algunas formas de asistencia,

por ejemplo, en relación a la interceptación de telecomunicaciones en tiempo real, la toma de muestras de ADN y la presentación de información fiscal personal, así como obligar a una persona contra la que no se han formulado cargos a aportar pruebas.

Una característica exclusiva de la Convención en comparación con otros instrumentos internacionales, incluida la Convención contra la Delincuencia Organizada, es que, con arreglo al artículo 46, párrafos 3 *j*) y *k*), debe prestarse asistencia judicial recíproca para la identificación, la localización, el embargo preventivo y la recuperación del producto del delito a fin de devolverlo a sus legítimos propietarios, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V de la Convención (Recuperación de activos). La legislación de muchos países contiene disposiciones detalladas concebidas para facilitar asistencia en relación con la identificación, el embargo preventivo y el decomiso del producto del delito con miras a permitir la recuperación de activos, y existen también ejemplos de Estados partes que tienen normas sobre asistencia judicial recíproca en el marco de la devolución de los activos recuperados al Estado requirente.

### Ejemplo de la aplicación

Entre los tipos de asistencia que un Estado parte puede prestar a otros países en la localización y recuperación del producto del delito figuran las órdenes de presentación con respecto a “documentos de rastreo de bienes”, que son documentos que pueden servir para identificar o localizar los bienes de cualquier persona que haya sido condenada o acusada de un delito, o de la que se sospeche que ha cometido un delito grave, y documentos que se pueden usar para identificar o localizar los productos o los instrumentos del delito. Esas órdenes pueden dirigirse, entre otros, a bancos, agentes inmobiliarios, abogados, y familiares y asociados de un sospechoso. El Estado parte también puede facilitar: *a*) mandamientos de registro para incautar el producto o los instrumentos de un delito grave cometido en el extranjero, o para la búsqueda o la incautación de documentos para el rastreo de bienes en relación con un delito grave cometido en el extranjero; *b*) órdenes de vigilancia para obtener información sobre transacciones realizadas a través de una cuenta con una institución financiera nacional que se sospeche razonablemente que es pertinente a una investigación o una actuación penal extranjera; y *c*) el registro y la ejecución de órdenes extranjeras de incautación y decomiso. El país en cuestión permite que los activos decomisados sean repatriados a un país extranjero y apoya compartir los activos decomisados con otros países.

En algunos Estados partes, no obstante, la recuperación de activos no está enumerada de forma explícita entre las finalidades para las que se puede prestar asistencia judicial recíproca. En general, los expertos examinadores aconsejaron que las autoridades nacionales, además de crear una base nacional adecuada para la identificación, el embargo preventivo y la localización del producto del delito, tuvieran en cuenta los aspectos internacionales del decomiso al examinar la legislación vigente, con miras a garantizar nuevas mejoras.

### Logros y buenas prácticas

Los ejemplos que figuran a continuación fueron considerados medios institucionales y prácticos eficaces para aplicar el artículo 46, párrafos 3 *j*) y *k*).

### Logros y buenas prácticas (*continuación*)

La legislación de un Estado tiene normas específicas sobre la entrega de activos a autoridades extranjeras con fines de decomiso o devolución a la persona que tiene derecho a ellos. Las autoridades nacionales señalaron en particular la existencia de disposiciones internas que preveían la inversión parcial de la carga de la prueba en relación con los activos pertenecientes a una persona que hubiera participado en una organización delictiva o la hubiera apoyado, así como con los activos de origen ilícito de personas políticamente expuestas. Mediante la aplicación de esas disposiciones en el contexto de la asistencia judicial recíproca en relación con solicitudes de devolución de activos, las autoridades habían devuelto sumas considerables (cientos de millones de dólares de los Estados Unidos) a los países de origen.

Una parte puede aplicar órdenes extranjeras de decomiso civil sin condena, a pesar de que su propio régimen de decomiso interno se basa en la existencia de una condena.

### *Transmisión espontánea de información*

El objetivo principal de transmitir información de manera espontánea a las autoridades extranjeras es proporcionar a esas autoridades pistas que puedan inducirles a abrir nuevas líneas de investigación o iniciar nuevas actuaciones penales, o apoyar y ampliar las investigaciones en curso en nuevas direcciones. La transmisión espontánea de información puede dar lugar a la presentación de una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca en una etapa posterior. De manera destacada, un país ha designado una autoridad específica a la que se ha facultado para transmitir información sin solicitud previa.

La mayoría de las partes no regulan específicamente esta posibilidad en las disposiciones legales. Sin embargo, está prevista en varios tratados multilaterales, como el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal; el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes; y la Convención contra la Delincuencia Organizada.

Diversos Estados partes informaron de que, aunque la transmisión espontánea no estaba prevista, se podía realizar en la medida en que no estuviera prohibida explícitamente. Un número considerable de ellos señalaron asimismo que la transmisión se producía con frecuencia (especialmente con países de la misma región), bien directamente mediante arreglos especiales, a través de instituciones, conductos de cooperación policial y redes de autoridades centrales de asistencia judicial recíproca encargadas de asuntos de cooperación penal (como la Red Interamericana de Cooperación, Eurojust, IberRed, INTERPOL, la Conferencia de Jefes de Policía de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y la Organización de Cooperación Regional de los Jefes de Policía de África Meridional), bien incluso por conductos oficiosos de comunicación disponibles para las autoridades de aplicación de la ley (como funcionarios destinados en misiones en el extranjero y funcionarios de enlace nombrados). En algunos casos, las autoridades nacionales se refirieron específicamente a la cooperación y el intercambio de información que tenían lugar entre las dependencias nacionales de inteligencia financiera.



El derecho interno de nueve Estados partes prevé expresamente el intercambio espontáneo de información entre las autoridades judiciales. Otro país mencionó que tenía un arreglo con otra parte, que según los informes se había activado en varias ocasiones, que había permitido transmitir información de manera espontánea en el contexto de un proceso penal en curso. Dos países se refirieron también a la Plataforma Judicial del Sahel, un marco regional de cooperación cuya Carta contiene como uno de sus objetivos el intercambio de experiencias relativas a la extradición y la asistencia judicial recíproca en materia penal, como canal a través del cual se había transmitido información de manera espontánea entre autoridades judiciales.

La mayoría de los países declararon que atenderían la solicitud de un Estado extranjero de mantener la confidencialidad de la información (recibida espontáneamente o tras una solicitud de asistencia) o de imponer restricciones en relación con su utilización, y que consultarían con el Estado extranjero si ello pudiera ser incompatible con su derecho interno. Solo tres países comunicaron que no permitían el intercambio espontáneo de información. No obstante, uno de ellos confirmó que el asunto se había tenido debidamente en cuenta en su proyecto de ley sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

Los expertos examinadores estaban satisfechos en general con esos regímenes oficiosos, aunque la situación seguía siendo poco clara en algunos países. En al menos siete casos, sugirieron que una modificación legislativa que permitiera explícitamente la presentación de información sin solicitud previa o garantizara el cumplimiento de las solicitudes de confidencialidad podría mejorar aún más la aplicación del artículo 46, párrafos 4 y 5. También instaron a los Estados partes a que ampliaran la práctica de la transmisión espontánea de información para incluir a países que no perteneciesen a la misma región geográfica.

### *Secreto bancario*

En el marco de la Convención, la asistencia judicial recíproca no puede denegarse por motivos de secreto bancario. Varias partes garantizan el cumplimiento de esta disposición ofreciendo un argumento *a contrario* basado en la ausencia de disposiciones en el derecho interno que impidan la transmisión de información bancaria a las partes requirentes. Muchas partes consideraron también que la disposición debía aplicarse debido a su aplicabilidad directa y su ejecutabilidad automática. Solo un país se refirió a legislación que prohibía explícitamente el rechazo de solicitudes de asistencia judicial recíproca por motivos de secreto bancario. En otro país, el secreto bancario solo puede levantarse por delitos graves, entre los cuales no figurarían todos los delitos previstos en la Convención, pero sí los más graves. En al menos ocho países, los exámenes no pudieron determinar si el secreto bancario podía levantarse para los fines de la asistencia judicial recíproca. En dos de ellos, en particular, el secreto bancario no constituye un obstáculo en el contexto de investigaciones y enjuiciamientos internos, pero no estaba claro si también era el caso en el contexto de la cooperación internacional. En otro país no existen disposiciones legislativas en relación con los mecanismos y procedimientos para la revelación de los registros bancarios en el contexto de la asistencia judicial recíproca.

Varios países informaron de que proporcionaban sistemáticamente a los Estados requirentes información obtenida de instituciones financieras. Con mucha frecuencia, el acceso a documentos bancarios tiene que estar debidamente autorizado por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes del Estado requerido. Los Estados partes deben velar por que esa condición, así como las dificultades prácticas, los límites mínimos y los procedimientos engorrosos del tipo descrito anteriormente en relación con el artículo 40, no constituyan un posible obstáculo para la aplicación del artículo 46, párrafo 8. Así pues, por ejemplo, en dos Estados en los que la transmisión de información bancaria (incluso a las autoridades internas) requiere el consentimiento

previo del banco central del país, se recomendó que se aprobase legislación apropiada a fin de asegurar que el secreto bancario se levantaría a solicitud de un Estado extranjero. Igualmente, se aconsejó a otros Estados que no supeditaran el levantamiento del secreto bancario a la reciprocidad. Al mismo tiempo, una parte confirmó que, aunque sus bancos siempre habían cumplido los mandatos judiciales de presentación de documentos, había detectado cierto descontento por su parte a causa de las llamadas búsquedas aleatorias (*fishing expeditions*) (solicitudes genéricas realizadas con la esperanza de descubrir pruebas incriminatorias), y aconsejó a los países extranjeros que fueran lo más específicos posible en sus solicitudes.

### Ejemplo de la aplicación

Una parte confirmó que no se podía invocar el secreto profesional como razón para rechazar una solicitud de asistencia judicial recíproca, lo que sugería que, además del secreto bancario, ninguno de los otros privilegios de confidencialidad que vinculan a algunas profesiones con sus clientes pueden invocarse para impedir la prestación de la asistencia judicial recíproca.

### Doble incriminación

Aunque los Estados partes pueden negarse a prestar asistencia en ausencia de doble incriminación, el artículo 46, párrafo 9 b), estipula que, incluso en ese caso, están obligados a prestar asistencia que no entrañe medidas coercitivas cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico y el delito no sea de carácter trivial. La asistencia que no entraña medidas coercitivas comprende, por lo general, la transmisión de documentos judiciales, la toma de declaraciones voluntarias de testigos, el intercambio de información de inteligencia, la realización de análisis del lugar del delito y la obtención de antecedentes penales u otros documentos disponibles públicamente, como documentos con información sobre identidad o de registro de sociedades. Desde esta perspectiva, la Convención va más lejos que la Convención contra la Delincuencia Organizada, que no contiene ninguna disposición especial con respecto a la asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Además, como estipula el artículo 1, se alienta a los Estados partes a que presten asistencia en la medida más amplia posible para el logro de los principales objetivos de la Convención, incluso en ausencia de doble incriminación.

### Logros y buenas prácticas

En una jurisdicción se presta asistencia judicial recíproca “en el sentido más amplio”. La ley pertinente no exige la doble incriminación, sino que estipula que la asistencia debe prestarse con respecto a actos delictivos cuya sanción, en el momento en que se formule la solicitud de asistencia, corresponda a la jurisdicción del Estado requirente. En la práctica, ese Estado tiene la tradición de prestar asistencia judicial recíproca incluso en ausencia de doble incriminación.

A diferencia del criterio aplicado en relación con la extradición, la inmensa mayoría de los Estados partes adoptan una postura más flexible sobre el requisito de la doble incriminación en lo que respecta a la asistencia judicial recíproca. La justificación de la diferencia de trato y la aplicación de normas más estrictas en relación con la extradición que en materia

de asistencia judicial recíproca radica claramente en que la extradición puede tener repercusiones más graves y directas en los derechos fundamentales de la persona buscada. Por consiguiente, para un número considerable de países, la doble incriminación no constituye un requisito para conceder la asistencia judicial recíproca, lo cual fue elogiado por varios examinadores. No obstante, en varios casos el requisito sigue vigente para las medidas coercitivas solicitadas por autoridades extranjeras (por ejemplo, detener a una persona, realizar vigilancia electrónica, practicar un registro domiciliario, incautar objetos o decomisar activos). Un país definió el concepto “medidas coercitivas” como las medidas susceptibles de causar gravamen irreparable en los derechos y libertades propios de quienes resultan afectados.

En algunos Estados partes, en su mayoría pertenecientes a la tradición del *common law*, la ausencia de doble incriminación es un motivo facultativo para denegar la asistencia. La autoridad competente puede tomar en consideración las circunstancias del caso, incluidos los objetivos de la Convención, al decidir si accede o no a una solicitud pertinente. En un país, por ejemplo, la ley de asistencia judicial recíproca incluye un procedimiento para superar este requisito, con la aprobación del ministro competente. Como se ha señalado en otro examen, contar con este requisito facultativo en la legislación nacional puede servir para llevar a cabo una aplicación efectiva del artículo 46; sin embargo, lo hará solo en la medida en que la discreción de exigir la doble incriminación se limite a la asistencia que entrañe medidas coercitivas. Por lo tanto, tal vez sea conveniente adoptar normas y/o directrices internas con respecto al ejercicio de facultades discrecionales, explicando cuándo y en qué condiciones la autoridad competente (por ejemplo, un ministro) debe tomar decisiones relativas a solicitudes de asistencia judicial recíproca.

Además de lo anterior, cuatro países no proporcionaron una respuesta clara sobre el asunto. Se señaló el enfoque singular de una parte, para la cual, conforme a su derecho interno, la doble incriminación solo es requisito con respecto a las primeras fases de investigación de delitos de índole financiera.

En total, 24 partes indicaron que exigían la doble incriminación para la prestación de asistencia judicial recíproca, aunque no establecían excepciones en el caso de asistencia que no entrañara medidas coercitivas. Pese a que las autoridades nacionales de tres de esos Estados declararon que en la práctica, cuando ya se había iniciado una investigación penal oficial en el país requirente, podría prestarse asistencia judicial recíproca incluso en ausencia de doble incriminación, los expertos examinadores observaron que la aclaración legislativa podría contribuir a mejorar la aplicación del artículo 46, párrafo 9. Asimismo, pusieron de relieve la necesidad de una intervención legislativa para desvincular de manera explícita el principio de la doble incriminación de la asistencia que no entraña medidas coercitivas, incluso en los casos en que las autoridades nacionales adoptan un enfoque amplio al examinar solicitudes, y en la práctica procuran consultar con el Estado requirente para que presente cargos alternativos a fin de cumplir el requisito de doble incriminación.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Tres partes adoptan la práctica internacional de distinguir entre solicitudes de asistencia judicial recíproca que entrañan medidas coercitivas y solicitudes que no entrañan esas medidas. Las solicitudes de la primera categoría pueden ejecutarse, en principio, a condición de la doble incriminación. Sin embargo, incluso en ausencia de doble incriminación, puede prestarse asistencia judicial recíproca que entrañe medidas coercitivas si la solicitud tiene por objeto (entre otras cosas) eximir a una persona de responsabilidad penal.

### *Traslado de detenidos*

En lo que respecta al traslado de detenidos de un Estado parte a otro para prestar asistencia en la obtención de pruebas para investigaciones, enjuiciamientos o actuaciones judiciales relacionados con la corrupción, la mayoría de los Estados confirmaron el cumplimiento con los procedimientos descritos en el artículo 46, párrafos 10 a 12, bien aplicando esas disposiciones directamente (18 Estados partes), bien empleando tratados bilaterales y multilaterales específicos (como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, el Acuerdo de Cooperación Judicial de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central y el Acuerdo sobre Asistencia Judicial Mutua en Asuntos Penales entre los Estados partes del Mercado Común del Sur, Bolivia (Estado Plurinacional de) y Chile). Otro grupo de países también ha aprobado normas internas, ya sea como marcos jurídicos autónomos o como disposiciones complementarias a las de los tratados pertinentes. Aunque estas reglamentaciones parecían estar en conformidad con los requisitos de la Convención (por ejemplo, con respecto a mantener a la persona bajo custodia, inmunidad, salvoconducto, devolución y consentimiento del detenido para la ejecución del traslado), esas garantías y condiciones no siempre se incluyen en la legislación nacional. Por ejemplo, un país no requiere el consentimiento de la persona detenida para su traslado, ni establece que esa persona no deba ser enjuiciada, detenida, condenada o sometida a cualquier otra restricción de su libertad en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado desde el que ha sido trasladada. En otra parte, además de que no es necesario el consentimiento de la persona, no se abordan la deducción de condena por el tiempo que ha permanecido detenida ni el salvoconducto.

Al menos diez Estados partes declararon que no habían aplicado las disposiciones en cuestión, pese a que la mayoría de ellos, en teoría, podrían aplicar las disposiciones de la Convención directamente sin adoptar nueva legislación. Una parte indicó que disponía de un marco jurídico para la recepción de personas detenidas en el extranjero, pero no el marco correspondiente para regular el traslado de un detenido a un país extranjero.

En la práctica, apenas se disponía de información sobre la frecuencia con que las partes recurren a este canal en el contexto de la asistencia judicial recíproca. Si bien algunos países indicaron que no se habían realizado nunca traslados a los efectos de prestar testimonio o proporcionar pruebas, un país destacó su renuencia a activar los procedimientos pertinentes en virtud del artículo 46, párrafos 10 a 12, de la Convención, ya que entrañaban varios riesgos, especialmente la posibilidad de fuga de la persona trasladada. La misma parte expresó su preferencia por métodos alternativos para garantizar que el país requirente obtuviera el testimonio de personas detenidas en su territorio, por ejemplo, haciendo que sus propias autoridades judiciales recabaran las declaraciones de la persona en cuestión en presencia de representantes de las autoridades extranjeras (requirentes). Del mismo modo, otra parte no podía trasladar a los detenidos al extranjero a los efectos previstos en la Convención, pero podía asistir a los países requirentes tomando declaraciones voluntarias de los reclusos, recibiendo pruebas ante un juez nacional o, en circunstancias apropiadas, facilitando el intercambio de pruebas por videoconferencia.

### *Autoridades centrales y canales de asistencia judicial recíproca*

Todos los Estados partes, excepto ocho, han designado a autoridades centrales que reciben las solicitudes de asistencia judicial recíproca y las ejecutan directamente o las transmiten a una autoridad competente para su ejecución, como se estipula en el párrafo 13 del artículo 46. No obstante, en 39 casos no se ha notificado al Secretario General el nombre de la autoridad central designada. En la mayoría de los países, la autoridad central es el ministerio de justicia. Varios Estados han designado a la oficina del procurador general o al servicio de la fiscalía, cinco Estados al ministerio de relaciones exteriores, uno ha designado al ministerio del interior

y dos, al organismo nacional de lucha contra la corrupción. En otro examen se recomendó analizar la posibilidad de designar al organismo nacional de lucha contra la corrupción como autoridad central para todos los casos de corrupción, en vista de que gozaba de la confianza de los asociados internacionales y la mayoría de los casos de corrupción internacional quedaban comprendidos en su ámbito de competencia.

Dos países escogieron opciones singulares, designando a la oficina jurídica de la corona, que es la entidad encargada de prestar servicios especializados de asesoramiento jurídico y representación al Gobierno y a la corte nacional de justicia. En un tercer país, la autoridad central era un comité integrado por 11 altos funcionarios gubernamentales, entre ellos, el ministro del interior en calidad de presidente.

### Logros y buenas prácticas

En 2013, el ministerio de relaciones exteriores de una de las partes estableció una dependencia de asuntos jurídicos internacionales para que actuara como autoridad central. La dependencia, que está integrada por seis abogados, examina con carácter preliminar las condiciones mínimas para la asistencia jurídica activa y pasiva, y coordina con todas las instituciones nacionales encargadas de la ejecución de las solicitudes. La dependencia se ha esforzado por promocionarse como un órgano dinámico que lleva un seguimiento proactivo de la ejecución de las solicitudes recibidas y enviadas. Si bien la vía diplomática seguía siendo la norma para la tramitación de las solicitudes de asistencia judicial recíproca hasta 2013, la autoridad central alentó la apertura de líneas de comunicación directa con otras autoridades centrales y ha tenido experiencias positivas en este sentido con todos los países vecinos. Uno de los logros más concretos del nuevo enfoque es la reducción de la duración de los procedimientos de asistencia judicial recíproca desde 1 o 2 años hasta un mes, en los casos sencillos.

Otro país, que es miembro de la Unión Europea, tiene una dependencia designada para ocuparse de la asistencia judicial recíproca, la extradición y las solicitudes formuladas en el marco del régimen de la orden de detención europea. La dependencia está dirigida por el fiscal general adjunto, hay dos fiscales que estudian los casos y, lo más importante, un agente de policía asignado como oficial de enlace para la ejecución de las solicitudes que requieren la intervención de la policía (por ejemplo, entrada y registro, notificación de las citaciones y detención a efectos de interrogatorio).

Varios países han designado un departamento específico, o incluso a un funcionario específico, dentro de la autoridad central designada. Además, la mayoría de los Estados han designado como autoridad central a un mismo departamento gubernamental para todos los tratados internacionales sobre cooperación en asuntos penales, incluidos los relativos a la lucha contra la corrupción. Eso permite agilizar el proceso e identificar oportunamente las deficiencias en el sistema. En cambio, la designación de diferentes autoridades para solicitudes presentadas en virtud de tratados distintos puede dar lugar a retrasos en la prestación de asistencia a su debido tiempo. En un país, la designación de cuatro autoridades centrales en asuntos relacionados con la corrupción (el ministerio fiscal para la recepción de solicitudes de asistencia judicial recíproca en asuntos penales y el envío de solicitudes durante la fase de investigación; el ministerio de justicia para el envío de solicitudes durante la fase del juicio; el fiscal general para la recepción y el envío de solicitudes sobre cuestiones disciplinarias; y el contralor general para la recepción y el envío de solicitudes sobre cuestiones tributarias y de recuperación) puede dar lugar a una situación de superposición de responsabilidades y falta de claridad.

De forma más general, el establecimiento de una sola dependencia especializada para tramitar todas las solicitudes de extradición y asistencia judicial recíproca relacionadas con la cooperación internacional en asuntos penales se consideraba propicio para la administración eficaz y oportuna de esos casos<sup>102</sup>.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un Estado, la oficina del procurador general, que es la autoridad central, tiene una dependencia específica sobre cooperación internacional que está bien dotada de personal experimentado y calificado, con unos 70 funcionarios, así como de recursos y medios. En la ejecución de las solicitudes, el departamento colabora estrechamente con los investigadores de diversos organismos de aplicación de la ley para preparar y responder a solicitudes de asistencia judicial recíproca y promueve su ejecución eficiente y correcta. La dependencia nacional de inteligencia financiera, por ejemplo, proporciona regularmente documentos bancarios y financieros en respuesta a solicitudes de asistencia judicial recíproca, e incluso facilita notificaciones por adelantado a las instituciones denunciantes para avisarles de una solicitud próxima a fin de que puedan proporcionar una respuesta a su debido tiempo.

Aunque varios países confirmaron expresamente que sus autoridades centrales podían comunicarse directamente con las autoridades centrales de otros Estados partes, un número considerable de otros países exigen, en principio, que las solicitudes de asistencia judicial recíproca se presenten, o al menos se formalicen, por conducto diplomático. En los exámenes también se registraron algunas situaciones en las que el uso de canales directos de comunicación estaba sujeto a condiciones y limitaciones. En el marco jurídico de un Estado, por ejemplo, las autoridades extranjeras podían realizar solicitudes mediante comunicación directa, pero no podían recibir la notificación del resultado del procedimiento antes de que se recibiera la solicitud oficial por la vía diplomática. Otra parte limita la utilización de los conductos diplomáticos a las solicitudes presentadas por Estados con los que no tiene ningún tratado en vigor o a los casos en que se contempla esa utilización en un tratado. Un tercer Estado parte permite, en principio, que las autoridades centrales se comuniquen directamente, pero en la práctica se prefiere la vía diplomática.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Una parte ha establecido el principio según el cual, como norma, las solicitudes de asistencia judicial recíproca son recibidas directamente por la autoridad central (el ministerio de justicia), lo que deja la vía diplomática como opción secundaria, que será utilizada únicamente a petición del Estado extranjero. La ley de cooperación internacional del mismo país también prevé la posibilidad de concertar arreglos con un Estado extranjero para que tramite el caso una autoridad que no sea el ministerio de justicia.

En al menos 14 países, las solicitudes urgentes pueden dirigirse directamente a la autoridad competente a la que se solicita la asistencia, lo que refleja una tendencia creciente a

<sup>102</sup>Véase también la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (pág. 179).

utilizar el método más directo disponible. En un país, las solicitudes relacionadas con el blanqueo de dinero se pueden transmitir directamente a través de dependencias de inteligencia financiera. La mayoría de los Estados partes informaron de que, en circunstancias urgentes, se aceptaban las solicitudes cursadas por conducto de INTERPOL, aunque en algunos casos se exigía la presentación ulterior de la solicitud por los cauces oficiales.

### Logros y buenas prácticas

En algunos países, los sitios web de las autoridades centrales facilitan información detallada de la forma en que dicha autoridad puede ayudar a países extranjeros en la prestación de asistencia judicial recíproca, así como enlaces a información y legislación nacional sobre los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables. En al menos dos partes, esto se consideraba una buena práctica.

### *Forma, idioma y contenido de las solicitudes de asistencia judicial recíproca*

La mayoría de los Estados partes exigen que las solicitudes se envíen por escrito, en condiciones que permitan determinar su autenticidad, como se prevé también en el párrafo 14 del artículo 46. Al mismo tiempo, varias partes confirmaron que, en circunstancias urgentes, se aceptarían solicitudes presentadas por fax o correo electrónico, y un número considerable de ellas indicaron que estaban dispuestas a aceptar solicitudes orales. No obstante, existe poca o ninguna información acerca de si en la práctica se están presentando solicitudes orales, por correo electrónico o por fax. En la mayoría de los casos, esos medios de comunicación se consideran aceptables en el contexto de las medidas preparatorias para facilitar el intercambio de datos antes de presentar una solicitud, así como durante su ejecución; normalmente, se requiere la formalización ulterior por escrito<sup>103</sup>.

### Ejemplos de la aplicación

Según un Estado parte, cuando las autoridades extranjeras presentan comisiones rogatorias por fax, correo electrónico u otros medios acelerados de comunicación, el ministerio de justicia transmite la solicitud a las autoridades locales para su ejecución antes de recibir la copia original de la solicitud. Al examinar la posibilidad de ejecutar medidas coercitivas, los tribunales de ese Estado parte no exigen documentos originales como condición para adoptar una decisión.

La Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la Organización de los Estados Americanos conecta a las autoridades regionales por medio de un programa que permite las comunicaciones

<sup>103</sup>A ese respecto, cabe observar que una propuesta presentada durante la redacción de la Convención (e incluida en sus notas interpretativas) sugería que los Estados partes tal vez desearan considerar las posibles ventajas de utilizar comunicaciones electrónicas en los intercambios que se realizaran con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 y el empleo de esos medios, cuando fuera posible, para agilizar la asistencia judicial recíproca. No obstante, también se indicaba en la propuesta que esa utilización podría plantear determinados riesgos relativos a la interceptación por terceros. Véase *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. IV, art. 48, secc. C, apartado c) (pág. 453).

### Ejemplos de la aplicación (*continuación*)

seguras en tiempo real entre autoridades debidamente autenticadas y constituye una plataforma para reuniones virtuales e intercambio de documentos. Se señaló como un instrumento útil.

Al parecer, menos de la mitad de las partes han notificado al Secretario General los idiomas aceptables para la recepción de solicitudes, mientras que un país no ha establecido en absoluto qué idioma o idiomas le parecen aceptables. En algunos casos, el idioma o los idiomas oficiales del Estado requerido son los únicos que se aceptan, y las solicitudes y los documentos de apoyo deben ir acompañados de una traducción. No obstante, al menos 35 países de lengua no inglesa confirmaron que aceptarían solicitudes de asistencia judicial si se presentan en inglés (entre otros idiomas). Un Estado parte indicó que aceptaría solicitudes traducidas a cualquiera de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, mientras que otros indicaron que podían utilizarse entre tres y cinco idiomas de la región ampliada, además de sus propios idiomas oficiales.

Las disposiciones del párrafo 15 del artículo 46, relativas al contenido de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, están ampliamente reflejadas en la legislación de la gran mayoría de los Estados partes. Habida cuenta del carácter de aplicación directa de esas disposiciones, cuando una solicitud se basa en la Convención, se espera que las autoridades nacionales competentes redacten la solicitud de conformidad con sus requisitos.

### Logros y buenas prácticas

La autoridad central de una parte ha elaborado un modelo de solicitud de asistencia judicial recíproca que ha compartido con los países requirentes a fin de garantizar que la información facilitada en la solicitud inicial sea suficiente para la adopción de medidas. La información solicitada en este modelo aborda todas las categorías de información previstas en el artículo 46, párrafo 15, de la Convención.

Asimismo, la autoridad central de otro Estado parte ha publicado varios modelos de formularios de solicitud en su sitio web. En ellos se invita específicamente a los países requirentes a mencionar los procedimientos que desean que se sigan. Sobre la base de esos formularios, la autoridad central hace todo lo posible para ejecutar la solicitud de conformidad con esos procedimientos. Este enfoque se destacó como una muestra de que el país en cuestión había dedicado una cantidad considerable de recursos y esfuerzos a dar cumplimiento a las solicitudes conforme a las modalidades solicitadas por el país requirente.

### *Ejecución de la solicitud*

La mayoría de los Estados partes confirmaron que su legislación no impedía ni preveía explícitamente la posibilidad de solicitar información adicional después de recibir la solicitud original, como se prevé en el artículo 46, párrafo 16, cuando fuera necesario o útil para dar cumplimiento a la solicitud. Dicha información podría incluir detalles personales necesarios para localizar a un testigo, información que indicara si el proceso había comenzado en el país requirente o datos adicionales necesarios para permitir una evaluación de la doble incriminación.



En la mayoría de los casos, la autoridad central del país requerido entabla contacto directamente con la autoridad central extranjera competente para solicitar la información, o la solicita por conducto diplomático, señalando que es necesaria para seguir estudiando y ejecutar la solicitud de asistencia judicial recíproca.

La gran mayoría de las partes también se esfuerza —a veces mediante la aplicación del artículo 46, párrafo 17, directamente— por cumplir condiciones especiales o seguir los procedimientos estipulados por los Estados requirentes, en particular respecto del cumplimiento de los requisitos probatorios. Esta parece ser una disposición clave en el marco de las normas relativas a la asistencia judicial recíproca recogidas en la Convención, pues las modalidades de recopilación de pruebas por parte de las jurisdicciones requeridas suelen determinar si los tribunales de la parte requerida podrán utilizar esas pruebas en el juicio. Los Estados partes indican invariablemente si pueden seguir las fases del procedimiento específicas exigidas por el Estado requirente en la medida en que no entren en conflicto con la legislación interna ni los principios constitucionales. Un ejemplo de un posible conflicto sería que el Estado requirente tratase de obligar a prestar testimonio a un acusado que tiene derecho a no inculparse en virtud de la constitución nacional. Una parte presentó otro ejemplo, según el cual la solicitud para utilizar un detector de mentiras al tomar declaración a una persona se consideraría contraria al sistema jurídico del Estado.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La autoridad central de una parte atribuye gran importancia a las solicitudes de asistencia judicial recíproca con arreglo a la Convención y ha enviado a funcionarios para atender a sus homólogos de los Estados requirentes a fin de aclarar los detalles de su legislación interna. El mismo país también presta asistencia práctica a los Estados requirentes en la redacción de solicitudes específicas y ha elaborado un modelo para su utilización por otros países a fin de facilitar la presentación de solicitudes de asistencia judicial recíproca en el formato adecuado y con todos los elementos necesarios para aumentar las posibilidades de que la solicitud se ejecute de manera rápida y eficaz.

#### *Videoconferencia*

La audiencia de testigos y peritos por videoconferencia, contemplada en el párrafo 18 del artículo 46, se ha reconocido generalmente como un instrumento útil para ahorrar tiempo y gastos en el contexto de la asistencia judicial recíproca en asuntos penales, así como para superar dificultades prácticas, como cuando la persona cuyo testimonio se solicita no puede o no está dispuesta a viajar al país extranjero para prestar testimonio. La videoconferencia es permisible con arreglo a la legislación interna de la mayoría de los Estados partes, y tres Estados prevén su introducción en la legislación pendiente. En algunos casos, este canal para la prestación de declaraciones se considera admisible en la medida en que no esté expresamente prohibido y sobre la base de la aplicación directa de la Convención. Otras partes lo permiten basándose en el principio de la libertad probatoria.

Al menos 22 Estados partes confirmaron que habían tramitado solicitudes de asistencia judicial recíproca que entrañaban una audiencia por videoconferencia. Algunos de ellos solicitan sistemáticamente o de forma rutinaria asistencia a países extranjeros, y la prestan en forma de toma de testimonio por enlace de video.

Solo unas pocas partes aclararon que la videoconferencia para la asistencia judicial recíproca no estaba autorizada en sus sistemas jurídicos. En un caso se permite únicamente a efectos de reconocimiento de testigos, de modo que no es admisible la celebración de vistas con testigos por videoconferencia.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Un Estado parte informó de que era parte en el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, un acuerdo regional que regula todos los aspectos de la utilización de la videoconferencia en la cooperación internacional en asuntos judiciales. También ha firmado tratados bilaterales que contienen disposiciones específicas sobre el uso de este instrumento. De hecho, se han celebrado videoconferencias a solicitud de otros Estados y su utilización se ha ampliado considerablemente, especialmente en el contexto de las investigaciones penales y la asistencia en asuntos penales.

Dos partes establecen una distinción entre la utilización de pruebas derivadas de las videoconferencias y la prestación de asistencia judicial recíproca a través de la misma tecnología. En ambos países, solo esto último se considera aceptable. La legislación de otra parte menciona solo la posibilidad de escuchar a testigos mediante videoconferencia, aunque en la práctica también es posible escuchar a los expertos.

#### **Logros y buenas prácticas**

Dos partes van más allá de la letra de la Convención ya que su derecho interno regula no solo las audiencias por videoconferencia, sino también, en determinados casos, las audiencias por teléfono.

A pesar de la aceptación y el uso creciente por varias partes de las videoconferencias como medio para aumentar la eficacia de la prestación de asistencia judicial recíproca, algunos países manifestaron su incapacidad en la práctica para hacer uso de este mecanismo. Las razones aducidas iban desde la falta de infraestructura o recursos hasta la carencia de los equipos necesarios. También cabe mencionar que un Estado informó de que tenía dificultades con los casos de videoconferencia en general, principalmente debido a las diferencias entre su tecnología y la del Estado requirente.

No se dispone de datos sobre la frecuencia con que se utiliza la videoconferencia específicamente en el contexto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

#### *Limitaciones en el uso de las pruebas y confidencialidad*

Las limitaciones impuestas al uso de información o pruebas, que figuran en el artículo 46, párrafo 19, de la Convención, son observadas por los Estados partes en la mayoría de los casos. A ese respecto, cabe señalar que, según una nota interpretativa, el Estado parte requirente está obligado a no utilizar ninguna información recibida que esté amparada por el secreto

bancario para ningún fin que no sea el procedimiento para el cual se solicitó la información, a menos que lo autorice el Estado parte requerido<sup>104</sup>. Esta obligación se cumple por la aplicación directa de la Convención o por la existencia de leyes nacionales o tratados bilaterales de asistencia judicial recíproca que prohíben el uso de pruebas para un fin distinto de aquel para el que fueron proporcionadas sin el consentimiento previo de la parte requerida. Solo unas pocas partes mencionaron que no habían codificado ningún tipo de limitación en el uso de la información o las pruebas obtenidas en el marco de los procedimientos de asistencia judicial recíproca. Sin embargo, incluso las partes que carecen de legislación en la materia probablemente pueden cumplir ciertas condiciones impuestas por los países requeridos para restringir el uso de la información en un caso determinado.

De conformidad con el párrafo 19 se prevé una excepción a las limitaciones en el uso de las pruebas cuando la información o las pruebas recibidas sean exculporias de una persona acusada. En esos casos, el país requirente queda eximido de la necesidad de obtener el consentimiento de las autoridades requeridas antes de revelar la información o las pruebas. En lugar de ello se prevé únicamente que el país requirente comunique con antelación su intención de revelar la información o, cuando ello no sea posible, informe a las autoridades extranjeras sin demora. Unas pocas partes proporcionaron información concreta sobre las medidas adoptadas para tramitar la información exculporia en este contexto. Si bien un número importante de partes aplicarían el texto de la Convención directamente, algunas confirmaron que no preveían la posibilidad de revelar información que fuera exculporia para la persona acusada.

Un Estado dispone de legislación sobre este asunto, pero al parecer no llega a cumplir los requisitos establecidos en la Convención, ya que permite un uso de información o pruebas más amplio que el meramente exculporio mencionado en el párrafo 19. En particular, la información o las pruebas podrían utilizarse también para atender las necesidades de otros procedimientos judiciales o administrativos relacionados directamente con el proceso penal en cuestión, así como para prevenir un peligro directo y grave para la seguridad pública. De forma parecida, la mayoría de los Estados partes indicaron que cumplían con el artículo 46, párrafo 20, manteniendo la confidencialidad de los hechos y el fondo de la solicitud si el Estado requirente así lo deseara, en la medida en que lo permitiera el derecho nacional.

En general, las partes siguen dos enfoques amplios para la aplicación de esta disposición: mientras un grupo mayoritario solo puede garantizar la confidencialidad sobre la base de una demanda específica del país requirente (la situación prevista en la Convención), un grupo más pequeño va más allá de los requisitos mínimos establecidos en el párrafo 20 y trata la solicitud de manera confidencial al recibirla. Un Estado parte del segundo grupo va todavía más lejos al penalizar la divulgación de información que pudiera perjudicar la investigación en relación con la cual se haya presentado la solicitud.

### *Motivos de denegación*

La Convención reconoce la diversidad de los ordenamientos jurídicos y permite a los Estados partes denegar la prestación de asistencia judicial recíproca en determinadas condiciones, que se enumeran en el párrafo 21 del artículo 46. Esa disposición establece los límites de la discreción de un país con respecto a los motivos aplicables (“la asistencia podrá ser denegada”) y no obliga a que la legislación se corresponda exactamente con los motivos enumerados ni a que esos motivos se apliquen en cada caso concreto de asistencia judicial recíproca.

<sup>104</sup> *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, primera parte, cap. IV, art. 46, secc. C, apartado b) (pág. 439).

La mayoría de los Estados partes cuentan con legislación en la que se prevén motivos de denegación similares a los enumerados en la Convención. En ese contexto cabe señalar que el párrafo 21 concede a los Estados requeridos un amplio margen de apreciación en lo que atañe a los motivos que pueden aplicar. Aunque algunos motivos de denegación que se suelen invocar no se mencionan específicamente (por ejemplo, el carácter *de minimis* del delito, el perjuicio a una investigación en curso o el hecho de que el delito hubiera prescrito en el país requerido), en gran medida pueden considerarse comprendidos en los conceptos generales de posible perjuicio para los intereses esenciales o el orden público de un país por ser contrarios al sistema jurídico del mismo.

Una excepción la constituye una disposición interna que permite a un país denegar la asistencia judicial recíproca sobre la base de que pueda constituir una carga para el patrimonio del Estado. Se recomendó eliminar este motivo de denegación disponiendo para ello que los costos deben ser sufragados por el Estado requerido si no se conviene en otra cosa. Sin embargo, cabe señalar que en al menos seis Estados con disposiciones similares no se formuló ninguna recomendación de esa índole. Algunos expertos examinadores parecían no aceptar las consideraciones de interés económico como razón para denegar la asistencia judicial recíproca en un caso de soborno internacional, a pesar de que los motivos jurídicos utilizados por el país en cuestión eran idénticos a los que figuran en el párrafo 21 *b*) del artículo 46.

La mayoría de los Estados indicaron que, en la práctica, en el espíritu de la cooperación internacional y la cortesía, y de conformidad con la obligación expresa contenida en el párrafo 23 del artículo 46 de la Convención, así como en otros tratados bilaterales o multilaterales, informarían sobre los motivos para no ejecutar una solicitud de asistencia judicial recíproca relacionada con la corrupción.

En tres países se observó que la legislación nacional no cumplía la disposición objeto de examen, y en un caso se sugirió que el Estado parte ampliase las disposiciones internas sobre la justificación de la denegación de solicitudes de extradición para que incluyese también las solicitudes de asistencia judicial recíproca.

### *Delitos tributarios*

La inmensa mayoría de los Estados partes indicaron que una solicitud de asistencia judicial recíproca relativa a un delito comprendido en la Convención no se denegaría por el solo motivo de que el delito también entrañaba asuntos tributarios. En la mayoría de los casos se confirmó el cumplimiento sobre la base de la ausencia, en la legislación nacional o los tratados aplicables, de un motivo explícito de denegación que mencionara cuestiones tributarias o el carácter fiscal del delito. Una parte mencionó que estaba vinculada por algunos tratados que permitían la denegación de asistencia judicial recíproca en relación con delitos fiscales, pero que en la práctica no iba a aprovechar esa posibilidad.

Dos Estados partes tienen un enfoque específico sobre la cuestión de los delitos fiscales. Uno de ellos no puede, en principio, brindar asistencia jurídica por actos que, en el derecho interno, están “constituidos exclusivamente por la vulneración de las disposiciones relativas a impuestos, monopolios, aduanas o divisas, o de las disposiciones relativas a la circulación controlada de mercancías o al comercio exterior”. No obstante, si los hechos punibles no solo entrañan cuestiones fiscales sino también delitos “comunes”, la asistencia judicial recíproca puede concederse por estos últimos. Con respecto a esos casos, se pediría expresamente al Estado requirente, antes de la ejecución de la solicitud, que no utilizara las pruebas transmitidas para fines relacionados con el fragmento de la solicitud relativo al delito fiscal.

La segunda parte cuenta con legislación que establece que, “con sujeción a lo dispuesto en los convenios, una solicitud de asistencia judicial recíproca se puede denegar si concierne exclusivamente a delitos relacionados con impuestos, derechos aduaneros o el cambio de divisas”. Este país explicó que, en la práctica, siempre y cuando el aspecto fiscal fuera solo accesorio a un delito de corrupción, el caso se trataría como un caso de corrupción y la solicitud de asistencia judicial recíproca se ejecutaría. En ambos casos, los examinadores consideraron que la Convención se aplicaba debidamente.

Hubo solo unos pocos casos en que los examinadores alentaron a los países a aportar claridad a su régimen jurídico en lo relativo a los delitos fiscales. En un caso recomendaron que se modificara la legislación interna para disponer expresamente la exclusión de los delitos fiscales de los motivos de denegación de solicitudes de asistencia judicial recíproca, en lugar de recurrir a las facultades discrecionales del procurador general para hacerlo según cada caso.

### *Plazos y procedimientos de consulta*

De conformidad con el artículo 46, párrafo 24, de la Convención, los Estados partes están obligados a cumplir las solicitudes lo antes posible y tener plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugieran las autoridades requirentes. La gran mayoría de los países confirmaron el cumplimiento de esta disposición en la práctica o mediante la aplicación directa de la Convención; solo unos pocos tienen disposiciones legislativas o normativas específicas sobre la cuestión. Cuando existen disposiciones específicas se suelen establecer dos calendarios: uno con los plazos de la autoridad central para decidir si la solicitud será ejecutada, y otro que fija los plazos para la ejecución de la solicitud misma.

El plazo medio necesario para responder a una solicitud de asistencia judicial recíproca suele oscilar entre 1 y 6 meses. En algunos casos, la tramitación de la solicitud puede llevar más de un año. La asistencia judicial recíproca es normalmente un proceso que exige mucho papeleo, mediante el cual la solicitud se transmite a la autoridad central de un Estado extranjero, que evalúa su conformidad con los requisitos de forma o de fondo antes de remitirla al órgano nacional competente para su ejecución. Una vez que se toma la medida solicitada, el proceso sigue los mismos pasos a la inversa, hasta que la información deseada llega a la autoridad que formuló originalmente la solicitud. Si bien el proceso puede ser engorroso y largo, forma parte del fundamento que sustenta la asistencia judicial recíproca, a saber, que las partes interesadas reciben un cierto nivel de garantía de que la información se ha obtenido mediante determinados procedimientos y que no se ha interrumpido la cadena de pruebas. Eso garantiza también un mayor grado de protección de la información delicada y ayuda a evitar problemas relacionados con la admisibilidad de las pruebas.

No obstante, en determinadas condiciones es posible reducir considerablemente la duración del procedimiento. En este sentido, algunos Estados partes informaron de que, en casos urgentes, las solicitudes podían recibir respuesta incluso en el plazo de unos días. Tres Estados informaron de que por lo general responderían a todas las solicitudes en un plazo de una o dos semanas, lo cual se consideró ejemplar. Otro Estado ha encomendado a sus autoridades procesales y de aplicación de la ley competentes que ejecuten las medidas solicitadas en un plazo de 10 días y las considera responsables de los retrasos innecesarios. Otros tres Estados partes confirmaron que podían ejecutar algunas medidas, como el embargo preventivo de cuentas bancarias, en un plazo breve, a menudo en cuestión de horas.

### Logros y buenas prácticas

Una de las partes dispone de un innovador sistema de tramitación de las solicitudes de asistencia judicial recíproca que garantiza la exactitud, la eficiencia y la rapidez, y facilita la cooperación internacional. La autoridad central de ese país ha creado una base de datos y un sistema de gestión de la información electrónicos, así como una base de datos de rastreo de casos, e incluso ha impuesto la certificación de la Organización Internacional de Normalización como proceso de gestión de la calidad. Al utilizar esa base de datos, deben cumplirse los plazos específicos para la tramitación y ejecución de solicitudes de asistencia judicial recíproca y extradición, y los flujos de trabajo están regulados. Se envían alertas al funcionario supervisor si un expediente no ha sido actualizado cada 2 días. Las solicitudes recibidas se rastrean en la base de datos a partir del día en que se registran. Gracias al sistema, la autoridad central puede responder rápidamente a las solicitudes de actualización de la situación, y se están adoptando medidas para permitir a las misiones extranjeras acceder directamente a la base de datos para obtener actualizaciones de la tramitación de sus solicitudes. El servicio estará disponible en el sitio web de la autoridad central. Los examinadores elogiaron al Estado en cuestión por esa innovación y lo alentaron a considerar la posibilidad de compartirla con otros países, incluso por medio de foros, conferencias y grupos de trabajo internacionales.

Otra parte ha creado flujogramas y procedimientos para supervisar la tramitación de las solicitudes. Se acusa recibo de las solicitudes a los pocos días de recibirlas y se puede ofrecer orientación en línea a los países requirentes (incluso respecto del examen de las copias de las solicitudes enviadas por adelantado). Una característica singular es una base de datos dedicada a la gestión de solicitudes de cooperación internacional, que permite que la autoridad central actualice rápidamente la situación y garantiza una ejecución oportuna, precisa y eficiente de las solicitudes y su seguimiento, incluso a distancia. La base de datos también permite reunir datos desglosados sobre cooperación internacional en función del delito determinante.

Como subrayaron varios Estados, el plazo requerido depende considerablemente de la complejidad del asunto, incluida la necesidad de utilizar medidas, coercitivas o no, como el registro y la incautación, la presentación de documentos, y la localización, la incautación o el decomiso del producto del delito. Esas medidas normalmente exigen más tiempo y la autorización a un nivel más elevado. Otros factores son la calidad de la solicitud (incluida la calidad de la traducción), los requisitos adicionales de traducción, si se aportan detalles suficientes, el lugar de ejecución de la medida solicitada, el tribunal competente, los motivos de urgencia aducidos por la autoridad requirente, las leyes y los procesos de asistencia recíproca en el país requerido, y el instrumento jurídico aplicable. Se aceptó en general que las solicitudes presentadas por países vecinos o por Estados con el mismo trasfondo jurídico, político o cultural que el Estado requerido eran más fáciles de tramitar y se atendían con más rapidez. Otro país informó de que la mayoría de sus solicitudes formuladas con respecto a los delitos comprendidos en el ámbito de la Convención se habían atendido en un plazo de 1 a 5 meses.

Algunos exámenes pusieron de relieve dificultades específicas en determinados países, donde los problemas de coordinación interna o la participación de múltiples autoridades en diferentes etapas del procedimiento frenaban considerablemente el proceso. Para reducir las demoras, el fiscal del tribunal supremo de una de las partes presentó una circular a la atención de todos los departamentos competentes en la que destacaba la necesidad de ejecutar las comisiones rogatorias en el plazo necesario.

### Logros y buenas prácticas

Una parte celebra reuniones de coordinación de casos para la preparación de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, especialmente en los casos en que intervienen múltiples jurisdicciones o existen posibles conflictos de competencia.

La autoridad central de otro Estado lleva a cabo frecuentemente consultas oficiosas antes de recibir las solicitudes oficiales de asistencia judicial recíproca y tiene como práctica habitual aceptar y examinar proyectos de solicitud antes de la presentación de la solicitud oficial.

Una de las partes ha tratado de hacer más eficiente el proceso de asistencia judicial recíproca, entre otras cosas, manteniendo una estrecha comunicación con las autoridades del Estado requirente por correo electrónico y, de ser posible, por vía telefónica. También hace esfuerzos por coordinarse con otros países mediante el establecimiento de una única dirección de correo electrónico para el envío y la recepción de solicitudes, a fin de mantener un mayor control de los casos pendientes y evitar la dispersión de las solicitudes.

En varios exámenes se puso de relieve la importancia de tener en cuenta cuidadosamente la reunión de datos, aprovechar al máximo las estadísticas y establecer procesos de flujo de trabajo y sistemas de gestión de casos en la autoridad central encargada de las solicitudes de asistencia judicial recíproca para facilitar, entre otras cosas, la vigilancia sistemática de la duración de los procedimientos de asistencia judicial recíproca y mejorar la práctica establecida. En algunos exámenes se alentó la elaboración de directrices internas, manuales de procedimiento, procedimientos normalizados de operación escritos o documentos sobre prácticas. En esa documentación podían establecerse plazos para ejecutar solicitudes e incluirse orientaciones sobre la forma de manejar los problemas que pudieran surgir, incluidas las modalidades de las medidas de seguimiento con el Estado requirente.

### Ejemplos de la aplicación

Un Estado parte informó de que el personal de la autoridad central se comunicaba constantemente, casi a diario, con sus interlocutores en países que habían presentado un gran número de solicitudes de asistencia judicial recíproca. Esa autoridad central procuraba además celebrar consultas anuales ordinarias con sus principales asociados para tratar asuntos relacionados con la extradición y la asistencia judicial recíproca.

Otro Estado parte se mantiene al corriente del estado de la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial recíproca utilizando una base de datos sobre los casos especialmente diseñada, cuyas características permiten a los funcionarios encargados rastrear cada medida adoptada en relación con un asunto concreto, establecer recordatorios que avisan de cuándo deben adoptarse las medidas siguientes y detectar demoras en la ejecución de la solicitud, lo que los expertos examinadores calificaron como buena práctica. Cuando presta la asistencia solicitada, el país en cuestión siempre tiene en cuenta los plazos solicitados por el país extranjero (por ejemplo, las fechas del juicio) y facilita periódicamente información actualizada sobre la situación y el progreso de la ejecución de la solicitud a las autoridades centrales de sus homólogos en otros países.

Aunque no se señalaron casos concretos de aplazamiento de la ejecución de solicitudes por injerencia en investigaciones penales en curso —un Estado observó que eran sumamente

infrecuentes—, varios Estados argumentaron que ese aplazamiento podría contemplarse de conformidad con la legislación interna o mediante la aplicación directa de la Convención u otro instrumento internacional. En los casos en que no existía legislación nacional sobre la cuestión se recomendó que se considerara la posibilidad de elaborar disposiciones más específicas sobre los plazos para la prestación de asistencia judicial recíproca y las circunstancias en que la asistencia podría aplazarse, ya que tales disposiciones podrían mejorar la transparencia y la previsibilidad en beneficio de los Estados requirentes. Además, en un número limitado de Estados en los que la injerencia en investigaciones en curso es motivo de denegación de una solicitud se recomendó que se introdujera en la legislación aplicable la posibilidad del aplazamiento. Sin embargo, también había países con una legislación similar donde se consideraba que las disposiciones pertinentes permitían, en la práctica, el aplazamiento de la asistencia judicial recíproca. Un Estado parte sugirió un enfoque pragmático: aunque la asistencia podría aplazarse si se consideraba que interfería con una investigación en curso, un procedimiento alternativo consistía en dividir la ejecución de la solicitud o la transmisión de pruebas de manera que se evitara la injerencia con la tramitación de una causa pendiente en el país.

### Ejemplos de la aplicación

La autoridad central de un Estado mantiene contactos con los organismos nacionales de aplicación de la ley al tramitar solicitudes de asistencia judicial recíproca. Si a un organismo le preocupa que la prestación de asistencia pueda ser perjudicial para una investigación o un proceso penal interno, informa inmediatamente a la autoridad central, que lo notifica seguidamente a su homólogo extranjero. La autoridad central sigue manteniendo contactos con los organismos pertinentes acerca de la investigación interna y, si se llega posteriormente a una etapa en que la prestación de la asistencia solicitada ya no supone un perjuicio para la investigación o el proceso penal, se notifica al país extranjero y la autoridad central sigue tramitando la solicitud.

Al recibir una solicitud de asistencia judicial recíproca que no contiene los elementos prescritos, las autoridades centrales de dos Estados partes, como práctica normal, establecen contacto directamente con la autoridad central extranjera competente para solicitar la información, o la solicitan por conducto diplomático, señalando que esa información se requiere para seguir tramitando y ejecutando la solicitud.

La mayoría de los países informaron de que celebraban consultas con los Estados requirentes antes de rechazar o aplazar una solicitud, y algunos se refirieron a tratados bilaterales que regulaban expresamente el asunto. Sin embargo, solo aportaron un número limitado de ejemplos de la manera concreta en que se celebraban esas consultas.

### *Salvoconducto*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 46, que se refiere al traslado de detenidos, el salvoconducto de testigos, peritos u otras personas que accedan a viajar al extranjero para prestar testimonio o para colaborar en las investigaciones y actuaciones se aborda en la mayoría de los Estados, bien en tratados multilaterales o bilaterales (incluso mediante la aplicación de la propia Convención), bien (adicionalmente) en la legislación interna. En dos ejemplos en que el plazo del salvoconducto con arreglo a la legislación nacional es más corto que el previsto en la Convención (de 8 a 10 días en lugar de 15 días) se alentó a los países



objeto de examen a que modificaran su legislación. La recomendación se formuló pese a que la Convención parece fijar el período de 15 días simplemente como una norma subsidiaria en caso de que las partes no hayan acordado un plazo diferente.

### *Gastos*

Los gastos “ordinarios” y “razonables” asociados con solicitudes de asistencia judicial recíproca, como los gastos relacionados con la obtención de testimonio, el acopio y la incautación de documentos, y la localización, identificación e incautación de bienes, normalmente son sufragados por el Estado requerido, a reserva de cualesquiera acuerdos bilaterales o multilaterales, arreglos especiales o de las condiciones de la cooperación recíproca. Aunque el párrafo 28 del artículo 46 refleja este principio general, una nota interpretativa sobre esta disposición recuerda que los países en desarrollo podrían tener dificultades para sufragar incluso los gastos básicos y deberían recibir asistencia adecuada para que puedan cumplir los requisitos de la Convención<sup>105</sup>.

La legislación de varias partes establece que, en principio, los “gastos extraordinarios” son sufragados por el Estado requirente. Se suelen considerar “gastos extraordinarios”, por ejemplo, los gastos de depósito y transporte, los gastos realizados en relación con el testimonio de peritos o para trasladar a detenidos a países extranjeros para prestar testimonio en procesos o para que ayuden en una investigación (artículo 46, párrafo 10), los gastos relacionados con la organización de una audiencia por teléfono o por videoconferencia (artículo 46, párrafo 18) y los gastos relacionados con la comparecencia de las personas que han de ser oídas y de traductores e intérpretes, según sea necesario. Igualmente, en algunos tratados bilaterales se prevé que la parte requerida pague los gastos de ejecutar una solicitud, con la excepción de gastos específicos, como los asociados con traducciones, los derechos de peritos, los gastos relativos al transporte de personas para prestar testimonio o los “gastos excepcionales” realizados para dar cumplimiento a la solicitud. En todos esos casos, y de conformidad con el párrafo 28 del artículo 46, las partes deberían garantizar que las condiciones en que se ejecute la solicitud, así como la manera en que se sufraguen los gastos, sean el resultado de una consulta previa con el Estado requirente. Con ese espíritu, al menos cinco partes informaron de casos concretos en que el Estado requirente había sufragado parcialmente los gastos extraordinarios de conformidad con un arreglo especial.

#### **Ejemplos de la aplicación**

Un Estado informó de que había celebrado arreglos con otras autoridades centrales en relación con gastos de carácter extraordinario relacionados con la asistencia judicial recíproca. Esos gastos incluyen el procesamiento de grandes cantidades de documentación informatizada obtenida a partir de un mandamiento de registro, las tasas de correo para enviar pruebas a un Estado y los honorarios de abogados con relación a las instancias a tribunales formuladas en nombre de un Estado requirente.

Dos de las partes no hacen distinción entre los gastos ordinarios y los extraordinarios, aun cuando estos últimos se consideren altos, de manera que son sus propias autoridades las que cubren sistemáticamente los gastos asociados a la ejecución de una solicitud de asistencia judicial.

<sup>105</sup> *Ibid.*

En lo que respecta a las solicitudes que entrañan gastos extraordinarios, una parte indicó que, con arreglo a su legislación, el Estado requirente debía aportar los recursos financieros necesarios como fianza antes de la ejecución de la solicitud. En 11 casos, la legislación aplicable o un tratado multilateral en el que el país en cuestión es parte prevén que todos los gastos los sufragará, en principio, el Estado requirente si los Estados en cuestión no han estipulado otra cosa, mientras que otros dos países parecen reservarse la decisión de cobrar los gastos en su totalidad o en parte al Estado requirente. Esas prácticas son contrarias al principio consagrado en el párrafo 28 del artículo 46. Por consiguiente, según lo recomendado por la mayoría de los expertos que participaron en los exámenes de los Estados en cuestión, las leyes pertinentes y los acuerdos existentes deberían armonizarse con la Convención, previendo para ello que, en principio, los gastos ordinarios sean sufragados por el Estado requerido y los gastos extraordinarios se sufraguen con arreglo a lo que se decida mediante consultas previas.

Solo una de las partes parecía incapaz de absorber los gastos de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, independientemente de su carácter ordinario o extraordinario.

#### *Presentación de documentos*

La mayoría de los Estados partes indicaron que se proporcionarían al Estado requirente los registros, los documentos o la información a los que tuviera acceso el público en general, como documentos guardados en registros de sociedades, certificados de nacimiento, matrimonio o defunción, e información de registros de la propiedad inmobiliaria. Se alentó a los países en general a que especificaran en la medida de lo posible las prácticas pertinentes en su legislación y a que estuvieran abiertos a esas prácticas de intercambio de información.

Sobre la cuestión de los documentos oficiales que no están al alcance del público, solo unas pocas partes mencionaron que podían compartir cualquier tipo de documentos sin ninguna condición o restricción al respecto. Por ejemplo, un país confirmó que podía proporcionar todos esos documentos en función de su pertinencia para el caso. En todos los demás casos, las solicitudes se podrán atender con sujeción a la legislación interna del Estado requerido que rija la divulgación de la información pertinente. En dos casos, esas leyes exigen que los documentos oficiales, sean públicos o no, puedan ser solicitados directamente a la autoridad administrativa nacional que los expidió, y su entrega depende de las reglas internas de esa autoridad. De conformidad con la legislación de un país no pueden proporcionarse a países extranjeros expedientes tributarios o de seguridad social en respuesta a solicitudes de asistencia judicial recíproca. Otro Estado exige una autorización específica del juez de instrucción. Veinticinco partes confirmaron que proporcionaban o podían proporcionar a los Estados requirentes determinados tipos de información que no estaba al alcance del público en general, como informes policiales y de los organismos de aplicación de la ley, información sobre asuntos de supervisión bancaria, antecedentes penales y, en ciertas condiciones, incluso documentos clasificados. Al menos otras siete pueden dar cumplimiento a las solicitudes en la medida en que los documentos o la información en cuestión se proporcionen a una autoridad nacional similar. Algunas partes indicaron que estaban dispuestas a compartir información confidencial sobre la base de cada caso particular. Una de ellas también enumeró algunos factores que examinaba al adoptar una decisión, a saber, el tipo de información solicitada, la necesidad de la información solicitada y los motivos de la solicitud de información.

Varios países indicaron que la remisión de documentos oficiales confidenciales estaba sujeta a determinadas condiciones, que iban desde la necesidad de que el Estado requirente declarara un interés jurídico determinado en un documento concreto hasta la existencia de garantías de que se respetaría la confidencialidad.

Por último, un Estado parte distingue entre diversos tipos de información no pública: “información clasificada”, que puede proporcionarse a un Estado requirente; “información secreta” e “información confidencial”, que puede compartirse según los casos; e “información absolutamente secreta”, que no puede proporcionarse nunca.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Según la legislación y los principios constitucionales de un país, todos los documentos en posesión de las autoridades son públicos salvo que se haya hecho una excepción explícita mediante una ley. Si otro Estado parte solicita registros, documentos o información en posesión de las autoridades nacionales, se proporcionarán de la misma forma y por los mismos motivos que a cualquier particular.

#### *Eficacia*

En comparación con la extradición, generalmente los Estados partes proporcionaron datos estadísticos más precisos sobre el número de solicitudes de asistencia judicial recíproca que habían tramitado. En lo que se refiere al volumen de solicitudes de asistencia judicial recíproca relacionadas específicamente con delitos de corrupción, los exámenes mostraron poca uniformidad entre los distintos países. Por un lado, algunos países informaron de grandes volúmenes de solicitudes. Por ejemplo, entre 2012 y noviembre de 2014, un país recibió 211 solicitudes relativas a los delitos comprendidos en la Convención. Otro país confirmó la ejecución de 57 solicitudes de asistencia que no entrañaba medidas coercitivas y 79 de asistencia que entrañaba medidas coercitivas entre enero de 2009 y el 16 de julio de 2013. Estos datos contrastan marcadamente con los de otros países que comunicaron extremadamente pocas o ninguna solicitudes de asistencia judicial recíproca con respecto a delitos relacionados con la corrupción. Las razones de que se tramiten pocos casos de corrupción, o incluso ninguno, por los mecanismos de asistencia judicial recíproca en varios países pueden ser múltiples. Si bien los exámenes no se centraron en esta cuestión, cabe señalar que varios tipos de asistencia (en particular en lo que respecta a la que no entraña medidas coercitivas) pueden obtenerse también mediante mecanismos menos formales que las solicitudes oficiales de asistencia judicial recíproca, como la comunicación entre órganos policiales o por conducto de INTERPOL. En esos casos, el uso poco frecuente de canales de asistencia judicial recíproca por ciertos países no refleja forzosamente una necesidad escasa o nula de intercambios transnacionales de pruebas en asuntos relacionados con la corrupción, sino más bien la inclinación, más pronunciada en algunos países que en otros, a utilizar mecanismos más flexibles para la transmisión de pruebas. Los exámenes realizados en relación con el artículo 48 de la Convención (“Cooperación en materia de cumplimiento de la ley”) parecen sugerir que, al menos en cierta medida, los requisitos probatorios de las investigaciones y los enjuiciamientos nacionales pueden cumplirse mediante el uso de redes de canales de cooperación oficiosos.

El propio artículo 46 se ha invocado y ha servido de base jurídica para prestar asistencia en numerosas ocasiones. Veintiún Estados partes comunicaron al menos una solicitud enviada o recibida utilizando la Convención como base jurídica. Por ejemplo, durante el período 2010-2011, un país recibió 427 solicitudes, de las cuales 18 se referían a delitos de corrupción; 11 de ellas se formularon sobre la base de la Convención o con referencia específica a ella.

## B. Remisión de actuaciones penales (artículo 47)

Teniendo en cuenta la dimensión transnacional de muchos casos de corrupción, el artículo 47 de la Convención establece la obligación de que los Estados partes consideren la posibilidad de remitir las actuaciones penales de una jurisdicción a otra. Por lo general, esta forma de cooperación internacional se utiliza para consolidar el proceso en un país, por ejemplo, cuando un Estado concreto esté en mejores condiciones para acopiar pruebas y tenga lazos más estrechos con el caso y el acusado. Otro objetivo sería evitar las dificultades creadas por conflictos de competencias. La remisión de actuaciones penales tiene su fundamento en la idea de que la celebración del juicio en el Estado cesionario redundaría en el interés superior de la justicia. Se diferencia, por lo tanto, del fundamento del principio *aut dedere aut iudicare* que, por el contrario, se basa en la necesidad de evitar una situación en que la persona buscada pueda eludir la justicia aprovechando los resquicios legales creados por la falta de bases jurisdiccionales.

Varios Estados partes contemplan la posibilidad de remitir las actuaciones en su legislación interna o en tratados bilaterales o multilaterales en los que son partes (en particular el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, que constituye el principal instrumento internacional en esa esfera). La legislación interna de otros cuatro Estados prevé esa posibilidad en el marco de una organización internacional regional en relación con delitos de blanqueo de dinero. Aunque la mayoría de esos países no proporcionaron ningún ejemplo concreto de la aplicación ni información alguna sobre los criterios utilizados para determinar el foro más apropiado para la investigación y el enjuiciamiento, en dos casos se informó de que la remisión de actuaciones penales era una práctica habitual, y dos Estados informaron de la remisión de actuaciones referentes al enjuiciamiento de delitos de soborno. Se observó que dos partes recurrían de manera bastante amplia a esta forma de cooperación internacional, especialmente con países vecinos, y una de ellas notificó un total de 59 solicitudes recibidas y 47 enviadas en el período entre 2009 y 2011.

A pesar de lo anterior, en general, parece que esta forma de cooperación internacional no es utilizada por la mayoría de las partes, que no tienen legislación interna al respecto y no están vinculadas por ningún instrumento internacional que la regule. Sin embargo, algunos países declararon que la remisión podía lograrse mediante arreglos oficiosos, y cuatro países informaron sobre casos reales de dichas remisiones. En un país, el proceso se puede remitir a otro Estado solamente en caso de que la extradición a ese Estado haya sido denegada. Sin embargo, no se prevé la remisión con otros objetivos, como lograr la debida administración de justicia cuando varios países reclamen la jurisdicción sobre el mismo caso.

Algunas partes que no cuentan con una práctica de remisión de las actuaciones penales indicaron que podrían utilizar la Convención como base jurídica. Incluso en ausencia de un marco reglamentario específico, algunos países indicaron su capacidad, en caso necesario, de participar en esta forma de cooperación o, al menos, lograr sus objetivos mediante la aplicación de los principios de una cooperación amplia con las autoridades extranjeras o sobre la base de un amplio grado de discrecionalidad policial y/o fiscal. Como se señala en un informe, no es necesaria ninguna ley concreta para aplicar la disposición en cuestión, siempre que exista una práctica, una política o un arreglo que confirme la posibilidad de remitir actuaciones penales, y los Estados partes deseen aprovechar esa posibilidad para garantizar el enjuiciamiento eficaz de delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Solo unas pocas partes indicaron que no podían remitir actuaciones penales, no por falta de fundamentos jurídicos o legislación habilitante, sino por razones sustantivas concretas. Un país mencionó su preocupación por la percepción de que remitir las actuaciones sin legislación

específica podría sustraer al implicado de la jurisdicción legalmente competente o infringir el derecho soberano de ese país de ejercer las actuaciones penales. En otro país, los fiscales no pueden utilizar su facultad discrecional para remitir las actuaciones penales a un país extranjero. La cesión de la jurisdicción solo es posible si los órganos judiciales pertinentes se declaran incompetentes para investigar el delito en cuestión.

La existencia de acuerdos más formales ayudaría a consolidar esa práctica y a determinar los efectos de una posible remisión para los Estados implicados. A este respecto, los Estados partes podrían aprovechar en su beneficio el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup>Resolución 45/118 de la Asamblea General, anexo.



## Capítulo III. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

### A. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 48)

El artículo 48 exige que los Estados partes cooperen estrechamente en sus actividades de aplicación de la ley para lograr el objetivo común de combatir eficazmente los delitos relacionados con la corrupción. Las medidas pertinentes incluyen el establecimiento o la mejora de canales de comunicación adecuados, la cooperación en la realización de indagaciones, el intercambio de información sobre los medios y métodos utilizados por los delincuentes, la facilitación de la coordinación eficaz y el establecimiento de acuerdos o arreglos de cooperación directa entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley. La mayoría de los países han adoptado disposiciones para aplicar esas medidas y solo tres Estados partes parecen incumplir seriamente los requisitos pertinentes de la Convención.

#### *Canales de comunicación*

Se informó de que se utilizaban frecuentemente canales de comunicación entre servicios encargados de la aplicación de la ley a nivel bilateral y regional, en el marco reglamentario de organizaciones internacionales o transnacionales (como la Unión Europea o la Organización de los Estados Americanos), o en el marco de redes regionales operacionales y de enlace, como el Centro de Aplicación de la Ley de Europa Sudoriental, la Conferencia de Jefes de Policía de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia, Europol, Eurojust, el Centro de Coordinación de la Lucha contra la Delincuencia Transnacional en la Región del Pacífico, la Organización de Cooperación Regional de los Jefes de Policía de África Meridional, la Organización de Cooperación de Jefes de Policía de África Oriental, la Asociación de Comisionados de Policía del Caribe y la plataforma regional de justicia de los Estados miembros de la Comisión del Océano Índico. Un Estado parte propuso crear otra red regional de cooperación en materia de cumplimiento de la ley bajo los auspicios de la Organización de Cooperación Económica. En lo que respecta al funcionamiento cotidiano de esas redes, la constante utilización del correo electrónico como medio de comunicación rápida ha resultado muy útil, y se han desarrollado instrumentos, como bases de datos seguras, para el intercambio de información entre organismos encargados de hacer cumplir la ley.

La integración en INTERPOL se consideraba generalmente una condición importante para la cooperación transfronteriza eficaz en materia de cumplimiento de la ley que facilitaba, por ejemplo, la localización de sospechosos de delitos relacionados con la corrupción. Se hizo referencia al Sistema Mundial de Comunicación Policial I-24/7 de INTERPOL como un medio para intercambiar información crucial sobre delincuentes y actividades delictivas en todo el mundo de manera oportuna y segura<sup>107</sup>. Al menos dos partes destacaron también el papel de las notificaciones moradas de INTERPOL para intercambiar información sobre el *modus operandi*, los objetos, los dispositivos y los métodos de ocultación que utilizan los delincuentes. Al mismo tiempo, se observó que INTERPOL no podía reemplazar los canales de comunicación directos con las autoridades, los organismos y los servicios encargados de la

<sup>107</sup>Véase el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, págs. 32 y 70.

aplicación de la ley de otros Estados. La escasez de esos canales más allá del contexto regional era una característica común entre los Estados partes.

El intercambio de información parecía estar muy extendido entre las dependencias de inteligencia financiera, y más de la mitad de los Estados partes indicaron que mantenían o estaban estableciendo interacciones entre sus dependencias y dependencias extranjeras, principalmente mediante la celebración de memorandos de entendimiento relativos a la cooperación en investigaciones y enjuiciamientos transnacionales de personas involucradas en actividades de blanqueo de dinero, o mediante la integración en el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, un foro internacional centrado en estimular la cooperación, en particular en las esferas del intercambio de información, la capacitación y el intercambio de conocimientos especializados en la lucha contra el blanqueo de dinero. Varios países comunicaron a los examinadores que habían adoptado medidas para unirse al Grupo Egmont. La solicitud para ingresar en ese grupo y la celebración de gran número de acuerdos entre dependencias nacionales de inteligencia financiera y otras jurisdicciones en el extranjero se consideraron buenas prácticas en algunos informes. Igualmente, los servicios de aduanas de algunos países indicaron que participaban en iniciativas de colaboración a través de la red de Oficinas Regionales de Enlace en Inteligencia de la Organización Mundial de Aduanas u otros arreglos. Algunos organismos de policía y fiscalías nacionales han reforzado la cooperación dentro de la Red Mundial de Puntos de Contacto, la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden, la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de África Meridional, la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) contra el blanqueo de dinero o la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Asia y el Pacífico, es decir, redes oficiosas de contactos dedicadas a mejorar la cooperación y aumentar la eficacia de las actividades de los miembros para privar a los delincuentes de sus beneficios ilícitos mediante la coordinación y el intercambio de información entre instituciones en régimen de cooperación.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Toda la información recibida por la dependencia de inteligencia financiera de un país es registrada, procesada e investigada inicialmente por la propia dependencia, mediante correspondencia dirigida a instituciones nacionales, como las responsables de los impuestos, las aduanas, el comercio y la aplicación de la ley, así como a autoridades extranjeras. En ausencia de remisión a las autoridades judiciales, cuando el tratamiento de la información no confirma la sospecha original, los autos se dejan en suspenso. La información que contienen se mantiene en la base de datos de la dependencia con miras a su posible utilización en el futuro o en el contexto de una solicitud de asistencia judicial recíproca.

Por último, se informó de que funcionaban canales de comunicación entre autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción, como el mecanismo de la “South East Asia Parties against Corruption”, el Foro del África Meridional contra la Corrupción, los Socios Europeos contra la Corrupción y la red europea de puntos de contacto en contra de la corrupción, la Asociación de Organismos Anticorrupción de África Oriental, la Asociación Internacional de Autoridades Anticorrupción, la Asociación de Autoridades Anticorrupción de África y la Red de Instituciones Nacionales de Lucha contra la Corrupción en África Occidental. Un país informó acerca de las amplias actividades relativas al establecimiento de redes llevadas a



cabo por su organismo anticorrupción especializado, el cual había establecido alianzas oficiales (mediante memorandos de entendimiento) con al menos 20 instituciones extranjeras con un mandato similar en 15 países de todo el mundo.

*Cooperación en la realización de indagaciones, intercambio de información y coordinación*

En lo que respecta al intercambio de información y las medidas de cooperación para la pronta identificación, detección e investigación de los delitos comprendidos en la Convención, la mayoría de los Estados partes proporcionaron una visión de conjunto de los marcos jurídicos y operacionales generales en los que podían adoptarse tales medidas. Quince Estados partes suministraron información sobre indagaciones que se habían realizado eficazmente en cooperación con otros Estados. Pocos Estados se refirieron al intercambio de información sobre resultados de investigaciones y experiencia forense relativos a los medios o métodos utilizados para cometer delitos comprendidos en la Convención (como el robo de identidad y la falsificación de documentos), y también fueron pocos los que proporcionaron información sobre medidas específicas relativas a la entrega de elementos o sustancias con fines de análisis, lo que indica la aplicación más bien limitada de los párrafos 1 *c*) y *d*) del artículo 48 en la práctica, o al menos la visibilidad limitada de las medidas pertinentes con respecto a delitos de corrupción.

**Logros y buenas prácticas**

Un Estado describió un sistema de dos niveles para la recepción de solicitudes de cooperación en materia de cumplimiento de la ley de otros países. El sistema funciona a un nivel centralizado y a un nivel descentralizado, a fin de aumentar la eficiencia y proporcionar respuestas más rápidas.

En lo que respecta a otra parte, en el examen se identificó como un logro la práctica de aceptar, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales, que jueces visitantes de otros Estados fallen casos internos. Aunque no está vinculada directamente a la cooperación en materia de cumplimiento de la ley, esta práctica se consideró indicativa de familiaridad con una tradición de utilizar los conocimientos especializados internacionales y, por lo tanto, de la buena disposición del país a celebrar acuerdos para aceptar oficiales de enlace a los efectos de mejorar la coordinación entre las autoridades competentes de aplicación de la ley.

En cuanto a la coordinación a través del intercambio de personal o peritos, 47 Estados partes confirmaron la adscripción de oficiales de enlace de la policía o (con menos frecuencia) fiscales a otros países u organizaciones internacionales (habitualmente a embajadas o misiones diplomáticas), y seis Estados partes notificaron el despliegue de oficiales de enlace a 20 países extranjeros o más, aunque cabe señalar que el ámbito de las actividades de esos oficiales de enlace no se limitaba normalmente a combatir la corrupción. Los funcionarios de los organismos de aplicación de la ley participan frecuentemente en actividades conjuntas de capacitación con homólogos internacionales. Dos Estados partes explicaron la adscripción de agregados policiales a embajadas en el extranjero, aclarando que, aunque poseían la condición de diplomáticos y rendían cuentas al embajador en cuestiones relativas al derecho internacional, las relaciones exteriores y el protocolo, llevaban a cabo sus actividades bajo la dirección de sus superiores policiales.

### Ejemplos de la aplicación

Con respecto a la coordinación efectiva entre autoridades, organismos y servicios, un Estado parte, junto a otros países de la misma subregión, ha establecido una red conjunta de oficiales de enlace en todo el mundo, que permite a los funcionarios de policía de uno de esos Estados actuar en nombre de la policía de cualquiera de los demás.

La fuerza de policía de otro Estado informó de que mantenía una red internacional de oficiales de enlace, con oficinas en 29 países, cuya función era gestionar la colaboración con organismos internacionales de aplicación de la ley y apoyar la cooperación bilateral o multilateral. Los oficiales de enlace en cuestión son los representantes del Estado en el extranjero en materia de cumplimiento de la ley y tienen canales de comunicación bien establecidos con organismos locales de aplicación de la ley, que desarrollan y mejoran constantemente. Además, la red facilita numerosas visitas de delegaciones de organismos nacionales y extranjeros de aplicación de la ley cada año. La colaboración con esas delegaciones es un elemento fundamental para reforzar las relaciones entre la policía nacional y los organismos internacionales asociados, y con frecuencia permite encontrar oportunidades de creación de capacidad y conduce a posteriores resultados operacionales.

Otra parte informó de que sus fuerzas de policía habían participado en varias actividades conjuntas con Estados de la misma región en las esferas de creación de capacidad, coordinación y colaboración contra la delincuencia transnacional, incluidos los delitos relacionados con la corrupción. Esas actividades se llevaban a cabo a través de una red regional contra la delincuencia transnacional, financiada por el Estado parte, que ha creado una serie de dependencias multiinstitucionales (de aplicación de la ley, aduaneras y de inmigración) de lucha contra la delincuencia transnacional que operan en varios países de la región.

Un ejemplo de contactos oficiosos que conducen a la cooperación en casos concretos lo proporcionó la comisión de lucha contra la corrupción de un país, que utilizó contactos directos en un país vecino para obtener información en una investigación relacionada con denuncias de pasaportes fraudulentos. Como resultado de ese intercambio, las autoridades del país vecino pudieron localizar al sospechoso y el asunto dio lugar a la recepción de una solicitud oficial de cooperación en un caso de corrupción.

### *Bases jurídicas para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

La celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, como se alienta en el párrafo 2 del artículo 48, parece ser práctica habitual en una gran mayoría de Estados partes, aunque no se considere necesariamente una condición para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley con otros países. La mayoría de los países indicaron que habían celebrado, o estaban considerando la posibilidad de celebrar, acuerdos de esa índole (como memorandos de entendimiento, cartas de compromiso, declaraciones de intenciones y acuerdos sobre el establecimiento de comisiones consultivas conjuntas permanentes) predominantemente con países de la misma región o comunidad lingüística. Entre ellos, un país ha ejecutado más de 90 acuerdos interdepartamentales, memorandos y otros documentos jurídicos internacionales en el ámbito de la lucha contra la delincuencia. En esos

acuerdos, entre otras cosas, se designa a las autoridades encargadas de la cooperación; se obliga a las partes a intercambiar los puntos de contacto de esas autoridades competentes a fin de garantizar una comunicación rápida y eficaz; se prevén las formas, los métodos y los medios de cooperación, como el intercambio de datos relativos a delitos que se están planeando o que se han cometido; se establece la posibilidad de consultas officiosas antes de iniciar la presentación de solicitudes de extradición o asistencia judicial recíproca con respecto a delitos relacionados con la corrupción; y se prevé la cooperación en la gestión y capacitación de personal. En ocasiones contienen también disposiciones que se centran específicamente en la corrupción.

#### **Ejemplo de la aplicación**

Como señal de su compromiso con la cooperación en materia de cumplimiento de la ley, una parte ha elaborado un memorando de entendimiento modelo sobre la lucha contra la delincuencia transnacional y el desarrollo de la cooperación policial entre su servicio nacional de policía y los homólogos extranjeros.

Si bien 81 Estados partes confirmaron que podían utilizar la Convención como base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley con respecto a los delitos relacionados con la corrupción, parece que, en la mayoría de los países, esta posibilidad es principalmente teórica. Solo tres Estados informaron de casos en los que la Convención se había utilizado para esos fines; sin embargo, cinco Estados partes excluían explícitamente esa posibilidad, y recurrían en su lugar a otros acuerdos y arreglos. Los exámenes no pudieron determinar con suficiente certeza si el reducido uso de la Convención como base jurídica para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley se derivaba de la existencia de una red suficiente de canales alternativos de cooperación o del desconocimiento del papel que la Convención podía desempeñar en ese campo. En cualquier caso, se alentó en general a las partes a que continuaran participando en un diálogo regional y bilateral, firmando para ello, si procediera, acuerdos para facilitar el intercambio de información con fines de cumplimiento de la ley, y a que consideraran la posibilidad de utilizar la Convención como base jurídica en ausencia de tales arreglos.

#### *Retos de la tecnología moderna*

La mayoría de las partes no proporcionaron información específica sobre las modalidades de cooperación internacional para responder a delitos cometidos mediante la utilización de tecnología moderna, dado que los arreglos internacionales de cooperación en materia de cumplimiento de la ley no suelen establecer distinciones basadas en el tipo y el nivel de la tecnología utilizada por los delincuentes. Un Estado mencionó como medio de cooperación el nombramiento de un coordinador disponible de forma permanente en el marco de un tratado regional que abordara todas las formas del delito cibernético, mientras que otro Estado hizo referencia, entre otras cosas, a una cooperación activa con organizaciones internacionales, países asociados y agregados policiales para hacer frente a los delitos cometidos con la utilización de tecnología moderna, mediante el intercambio de información y experiencias sobre técnicas de investigación modernas; la puesta en común de mejores prácticas a través de seminarios conjuntos, conferencias, visitas de estudio y cursos de capacitación específicos; y la inclusión de los métodos y la tecnología utilizados para cometer delitos tipificados en el marco de la Convención como temas principales en módulos de capacitación policial sobre la lucha contra la corrupción.

### Ejemplos de la aplicación

La unidad federal de delitos informáticos y la unidad regional de delitos informáticos de una parte prestan apoyo a las autoridades nacionales para detectar y enjuiciar los delitos cometidos mediante la utilización de tecnología moderna.

En otro país existe una ley específica sobre los delitos relacionados con las tecnologías de la información que permite penalizar a los autores de delitos tipificados en cualquier otra ley cometidos mediante cualquier sistema o medio de tecnologías de la información. En el mismo país también existe una dirección encargada específicamente de combatir la delincuencia cibernética, que depende de la dirección general para combatir la corrupción y para la seguridad económica y electrónica.

### *Eficacia*

A pesar de que varios países pueden apoyarse en una amplia gama de instrumentos normativos y son miembros de múltiples redes y plataformas de cooperación en materia de cumplimiento de la ley, sigue habiendo problemas considerables en lo que respecta a la aplicación sustantiva del artículo 48. Del mismo modo, la celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales de cooperación no garantiza su aplicación en la práctica. Eso es especialmente cierto en países con marcos institucionales débiles, cuya capacidad para cooperar eficazmente con otros países en el ámbito del cumplimiento de la ley está limitada por cuestiones de coordinación interinstitucional, recursos humanos limitados y capacidades tecnológicas e institucionales insuficientes. En un examen, por ejemplo, se destacó la necesidad de distribuir los acuerdos existentes entre las autoridades competentes de todas las partes y poner de relieve su importancia a fin de lograr progresivamente su aplicación práctica.

## **B. Investigaciones conjuntas (artículo 49)**

El artículo 49 de la Convención alienta a los Estados partes a celebrar acuerdos o arreglos que permitan establecer órganos mixtos de investigación en relación con cuestiones que sean objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales realizados de conformidad con la Convención. También alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de realizar investigaciones conjuntas, incluso en ausencia de arreglos preexistentes, caso por caso. Esa práctica podría facilitar considerablemente las investigaciones y el intercambio de información al eliminar la necesidad de remitir solicitudes concretas de asistencia judicial recíproca entre los miembros del equipo.

Treinta y ocho Estados partes informaron de que eran partes en acuerdos o arreglos que permitían establecer órganos mixtos de investigación. Entre los acuerdos citados figuraban el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y el Protocolo sobre Cooperación Judicial de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos. Otros instrumentos pertinentes son la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo de la Unión Europea sobre equipos conjuntos de investigación y el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Partes del Mercado Común del Sur y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, que hace referencia

expresa a la Convención y a la corrupción en general como un delito que exige la utilización de instrumentos de investigación mejorados.

Al menos 27 Estados partes no se han adherido a ningún acuerdo con miras a emprender investigaciones conjuntas ni han llevado a cabo ese tipo de investigaciones en casos puntuales; no obstante, dos de esas partes indicaron que en el momento del examen se estaba estudiando un proyecto de legislación. Más de la mitad de los Estados mencionaron que la legislación y la práctica internas (incluida la aplicación directa de la Convención) les permitían realizar investigaciones conjuntas caso por caso, y un gran número de ellos confirmaron que ya lo habían hecho en varias ocasiones. Uno de los países con más experiencia en la utilización de órganos mixtos de investigación informó de un total de 29 investigaciones de esa índole, algunas de ellas sobre casos relacionados con la corrupción internacional. No obstante, solo 16 países mencionaron la creación de un órgano en relación con un delito tipificado con arreglo a la Convención. Sin embargo, no había pruebas suficientes que indicaran que el menor uso por los países de los órganos mixtos de investigación para los delitos de corrupción se debiera a que consideraran este método de investigación menos apropiado que otros para esta categoría de delitos. De hecho, si bien algunos países señalaron varias dificultades que habían experimentado, esos problemas no parecían ser específicos de una categoría de delitos en concreto. Por ejemplo, algunas partes destacaron los obstáculos que planteaba el intercambio de pruebas entre jurisdicciones del *common law* y de tradición romanista. A fin de evitar esas dificultades, con frecuencia se llevaban a cabo investigaciones paralelas y las pruebas obtenidas en esas investigaciones se intercambiaban mediante asistencia judicial recíproca. En esta misma línea, otro país mencionó las cuestiones lingüísticas y la diversidad de los ordenamientos jurídicos como problemas recurrentes que afectaban la creación y el funcionamiento de los órganos mixtos de investigación. En general, los expertos gubernamentales que realizaron los exámenes alentaron a los Estados partes a que sistematizaran y aprovecharan mejor la información sobre investigaciones conjuntas, incluida la información sobre los medios empleados y los criterios utilizados para el establecimiento de equipos mixtos de investigación.

#### Logros y buenas prácticas

Dos países vecinos han celebrado un acuerdo bilateral sobre investigaciones conjuntas y han formado un grupo de trabajo operacional para facilitar el establecimiento de órganos mixtos de investigación. El grupo consta de funcionarios de las divisiones de investigación e inteligencia de las autoridades nacionales anticorrupción y se reúne anualmente para examinar la necesidad de establecer órganos mixtos de investigación en casos concretos relacionados con la corrupción. De 2004 a 2012 se establecieron nueve de esos equipos, lo que se consideró una buena práctica en la lucha contra la corrupción a nivel internacional.

### C. Técnicas especiales de investigación (artículo 50)

El artículo 50 de la Convención apoya la utilización de técnicas especiales de investigación en la lucha contra la corrupción tanto a nivel nacional como internacional. Esas técnicas incluyen la entrega vigilada, la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas. De las diversas técnicas mencionadas en la Convención, solo se define la expresión “entrega

vigilada” (en el artículo 2, apartado *i*)), como la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, a fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión. En el plano internacional, el párrafo 4 del artículo 50 aclara que la entrega vigilada podrá incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

A menudo, esos métodos pueden ser la única forma en que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley logren reunir las pruebas necesarias para demostrar las conductas corruptas. Sin embargo, la Convención no se pronuncia sobre la cuestión del valor jurídico de la información que se deriva de esas técnicas. Las decisiones relativas a las condiciones de uso de esa información como prueba admisible en los tribunales se deja pues a la discreción del Estado de que se trate, teniendo en cuenta los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y los métodos de legalización y autenticación prescritos por su legislación. A este respecto, unas pocas partes excluyen expresamente la admisibilidad como prueba judicial de la información obtenida únicamente mediante técnicas especiales de investigación, lo que limita el valor de esos datos a información que requiere la corroboración por otros medios.

Además, cabe señalar que el uso de técnicas especiales de investigación a menudo plantea delicadas cuestiones constitucionales y de derechos humanos, y exige especial cautela a fin de garantizar una supervisión adecuada, la rendición de cuentas y el respeto de los principios establecidos del derecho internacional, como la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse, el derecho al respeto de la vida privada y el principio de la proporcionalidad. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia desarrollada por tribunales conexos han aclarado los límites dentro de los cuales se permite a las partes utilizar técnicas especiales de investigación. Por lo general, solo pueden utilizarse cuando hay motivos razonables para creer que se ha cometido un delito grave. Suele ser necesario un estudio de proporcionalidad. Además, en las decisiones sobre el empleo y la duración de las técnicas especiales de investigación, las autoridades competentes deberían examinar si el mismo resultado puede lograrse de manera menos restrictiva para los derechos individuales. Los posibles problemas relacionados con estas cuestiones fueron puestos de relieve por un país en el que la falta de una legislación adecuada aumentaba el riesgo de demandas y problemas jurídicos.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La comisión de lucha contra la corrupción de una parte puede aplicar diversas técnicas especiales de investigación en el marco de la ley nacional contra la corrupción. En un caso, un funcionario del ministerio de obras públicas fue detenido a resultas de actividades encubiertas y de vigilancia por aceptar un pago relacionado con un contrato adjudicado a una empresa. Un agente de policía también fue detenido a partir de actividades encubiertas y de vigilancia por recibir pagos para modificar sus declaraciones. En un caso de soborno con evasión de impuestos y sospecha de blanqueo de dinero, los funcionarios emplearon medidas de vigilancia que condujeron a la detención del propietario de una empresa privada y un funcionario del tesoro público. Los casos de entrega vigilada han permitido el tránsito de bienes y fondos a través del país, al tiempo que dichos bienes y fondos seguían intactos.

Una gran mayoría de las partes objeto de examen regulan el ámbito de las técnicas especiales de investigación, así como las condiciones y los procedimientos para utilizarlas, a través de la legislación o de la práctica establecida. Veinte de ellas, en concreto, parecían no emplear técnicas especiales de investigación o no tener un marco jurídico que previera con claridad su utilización, pero tres señalaron que esas técnicas se permitirían de conformidad con proyectos de disposiciones legislativas que se estaban examinando en el momento del examen.

En general, el análisis comparativo reveló un panorama bastante heterogéneo en lo que respecta a la aplicabilidad de las técnicas especiales de investigación para los delitos tipificados con arreglo a la Convención. En varios países, su utilización está autorizada únicamente en relación con delitos no vinculados a la corrupción, mayoritariamente en el marco de casos de delincuencia organizada o tráfico de drogas. En un país se pueden utilizar técnicas especiales de investigación como parte de una investigación sobre delitos de corrupción únicamente cuando los delitos son cometidos por organizaciones delictivas y son de carácter transnacional. Otras partes pueden emplear técnicas especiales de investigación en relación con algunos delitos comprendidos en la Convención (como el blanqueo de dinero) pero no todos, mientras que en dos casos, la legislación nacional establece un umbral de 3 años de prisión o el requisito de que el caso de corrupción en cuestión ponga en grave peligro a la sociedad.

#### **Ejemplo de la aplicación**

En un país, determinadas técnicas especiales de investigación, como las escuchas telefónicas y la vigilancia electrónica (es decir, la vigilancia por video, la vigilancia informática y la localización mediante un sistema mundial de determinación de la posición), ya se utilizan para la investigación de los casos de corrupción. Sin embargo, otras técnicas pueden aplicarse únicamente con respecto a los delitos más graves, que no incluyen la mayoría de los delitos relacionados con la corrupción, a excepción del blanqueo de dinero. No obstante, ese mismo país está considerando la posibilidad de poner esas técnicas a disposición de las investigaciones en casos de corrupción, igual que ya lo están en las actuaciones contra la delincuencia organizada. En el momento del examen, el debate político sobre esa cuestión seguía abierto y se estaba elaborando un proyecto de ley al respecto para su examen en el parlamento.

Los métodos utilizados con mayor frecuencia incluyen las entregas vigiladas, la interceptación de comunicaciones (incluida la utilización de dispositivos de vigilancia de datos, como dispositivos de interceptación de teclados u otra vigilancia informatizada, dispositivos de escucha, dispositivos de vigilancia óptica y dispositivos de rastreo) y operaciones encubiertas, y normalmente tienen que ser autorizados mediante mandamiento judicial. Un país mencionó que podía emplear una técnica especial de investigación específicamente destinada a combatir delitos relacionados con la corrupción, a saber, la oferta y recepción simuladas de sobornos.

#### **Ejemplo de la aplicación**

La secretaría de la función pública de una de las partes, aunque no aplica técnicas especiales de investigación en relación con delitos de corrupción, utiliza desde 2001 una estrategia denominada “usuario simulado”. La estrategia tiene por objeto sorprender a funcionarios públicos de todos los niveles de la administración en el acto de cometer un

### Ejemplo de la aplicación (continuación)

delito. Toma la forma de operaciones encubiertas en las que participan otros funcionarios públicos, proveedores de servicios o miembros de la sociedad. Los funcionarios públicos descubiertos son objeto de sanciones penales y administrativas.

Uno de los desencadenantes de las operaciones de “usuario simulado” puede ser una denuncia presentada contra un funcionario público que solicita un beneficio indebido a cambio de conceder un determinado servicio o prestación. Las operaciones se efectúan normalmente no más de 2 días después de la denuncia, según el lugar en que han de llevarse a cabo y la disponibilidad del demandante.

Entre septiembre de 2008 y noviembre de 2012, la secretaría de la función pública coordinó un total de 90 operaciones de “usuario simulado” en 35 instituciones federales en todo el país. Con estas acciones, 110 funcionarios públicos fueron sorprendidos *in flagrante delicto*. Las repercusiones económicas totales de esas operaciones se estimaron en unos 350.000 dólares.

Al menos 29 partes informaron de acuerdos o arreglos internacionales, como se menciona en el artículo 50, párrafo 2, de la Convención, destinados, entre otras cosas, a investigar delitos relacionados con la corrupción, normalmente con homólogos de la misma región o miembros de la misma organización regional (como en el contexto del acuerdo de Schengen). Entre los Estados que no han celebrado acuerdos de esa clase, uno informó de que se podrían utilizar técnicas especiales de investigación si lo solicitaran Estados con los que hubiera celebrado un tratado general sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

### Ejemplos de la aplicación

Las autoridades de aplicación de la ley de un Estado parte mantienen un programa de operaciones policiales encubiertas con un equipo de personal a dedicación plena y parcial que proporciona un acopio de pruebas e inteligencia de gran calidad. El programa se lleva a cabo a través de una gama de tareas de investigación y para diversos tipos de delitos, como delitos de alta tecnología, delitos económicos, blanqueo de dinero, tráfico de drogas, terrorismo, trata de personas y corrupción. El programa funciona a nivel nacional e internacional y permite al Estado parte realizar operaciones en otros países con su consentimiento y de conformidad con su legislación (y viceversa). La policía del país en cuestión también es miembro de un grupo de trabajo internacional sobre operaciones encubiertas que está integrado actualmente por más de 25 organismos encargados de hacer cumplir la ley y que pone de relieve la importancia de las relaciones para forjar y reforzar la capacidad internacional de efectuar operaciones encubiertas.

Otro Estado mencionó la reciente introducción de una nueva técnica especial de investigación, la vigilancia de la actividad en Internet, que puede iniciarse también a solicitud de un país extranjero. La técnica entraña la vigilancia de actividades abiertas y encubiertas en Internet y la participación en ellas, así como la creación de condiciones para obtener datos informáticos ilegales que permitan identificar a los autores de un delito. Esta técnica de investigación tiene la finalidad exclusiva de facilitar la prevención y la lucha contra el delito cibernético, teniendo en cuenta el aumento en todo el mundo de la escala de los delitos, incluidas las actividades relacionadas con la corrupción, cometidos mediante el uso de Internet.



Por último, el artículo 50, párrafo 3, de la Convención exige que los países que no se hayan adherido a ningún acuerdo o arreglo internacional sobre la utilización de técnicas especiales de investigación tengan por lo menos la capacidad para cooperar con otros países sobre la base de cada caso particular. Eso concierne sobre todo a la utilización de la entrega vigilada, cuyo establecimiento es obligatorio en virtud del párrafo 1, cuando no sea contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado de que se trate<sup>108</sup>. La información facilitada parece indicar que, en al menos 47 partes, se podrían utilizar técnicas especiales de investigación a nivel internacional, incluso de no existir acuerdos internacionales en la materia y sobre la base de cada caso particular. Cinco de esos Estados utilizan esas técnicas solamente en condiciones de reciprocidad.

### *Eficacia*

La utilización de técnicas especiales de investigación no parece constituir una práctica generalizada con respecto a los delitos de corrupción, ya sea en investigaciones internas o al dar cumplimiento a solicitudes extranjeras. Entre las dificultades a que se enfrentan los Estados partes se cuentan las restricciones jurídicas (por ejemplo, la prohibición de las escuchas en casos de corrupción y dificultades en cuanto a la admisibilidad de las pruebas conexas ante los tribunales), la falta de coordinación interinstitucional y los procedimientos de aplicación de la ley que inhiben la ejecución rápida de medidas con esas técnicas. Muchos más Estados se refirieron a la falta de personal calificado para manejar tecnología compleja de vigilancia, la formación inadecuada, las limitaciones en equipo y recursos para reunir pruebas electrónicas en casos de corrupción y un conocimiento limitado de las técnicas especiales de investigación más modernas.

---

<sup>108</sup> *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, párr. 650.



## TERCERA PARTE. TENDENCIAS REGIONALES

En la presente parte se ponen de relieve las características y tendencias fundamentales observadas en cuanto a la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención por los países pertenecientes a los cinco grupos regionales oficiales de las Naciones Unidas.

Dado que esos grupos suelen estar integrados por países con sistemas jurídicos, antecedentes históricos y tradiciones muy diversos, se intentó dividirlos en varios subgrupos oficiosos conforme a criterios relativos a la proximidad geográfica y los vínculos lingüísticos, así como a los sistemas jurídicos y tratados regionales, con miras a distinguir zonas relativamente homogéneas. Las observaciones que figuran en esta parte solo se refieren a tendencias generales; los ejemplos presentados no son exhaustivos.

### Grupo de los Estados de África

Hay varias características que resultan comunes a todos los Estados del Grupo de los Estados de África, sobre todo en lo que respecta a la penalización y a la aplicación de la ley. Por ejemplo, la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito parece estar especialmente extendida en los países de este Grupo, al igual que la introducción de leyes especiales contra el blanqueo de dinero, que comprenden, por ejemplo, la tipificación de esta práctica como delito. Por el contrario, pocos países del Grupo han tipificado como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, tal vez en parte porque el mecanismo de seguimiento de la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción no entraña evaluaciones de seguimiento. Los países de este Grupo también son más propensos que los de otros grupos a citar la obstrucción de la justicia como un problema grave.

En cuanto a las medidas para reforzar la justicia penal y la aplicación de la ley, los países del Grupo se enfrentan a una serie de problemas comunes, en particular la falta, en un número considerable de países, de disposiciones jurídicas o mecanismos adecuados para promover la reinserción de las personas condenadas por delitos de corrupción. Muchos de los países carecen de programas amplios de protección de testigos o disponen solo de medidas limitadas y fragmentarias en materia de protección y reubicación de testigos, peritos y víctimas. Fue durante el examen de los países de este Grupo cuando más preocupaciones se plantearon en relación con la independencia operacional de los órganos de lucha contra la corrupción, así como con la escasez de capacidad, dotación de personal y recursos de dichos órganos. Se detectaron dificultades también para garantizar una coordinación interinstitucional eficaz y una gestión eficiente de los casos de corrupción.

Pese a las características comunes mencionadas, los países de este Grupo parecen seguir distintos enfoques jurídicos en materia de penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional, generalmente como resultado de las diferencias en cuanto a los sistemas lingüísticos y jurídicos y las tradiciones de los países en cuestión.

Los países anglófonos de este Grupo se adhieren al sistema de *common law* y, en cuestiones relativas a la penalización, a veces emplean la distinción tradicional entre “agente” y “principal” como partes involucradas en el aspecto “pasivo” de una transacción corrupta, por lo que no establecen diferencias entre funcionarios públicos y empleados privados. También tienden a reconocer el delito de “confabulación” como una forma especial de conducta preparatoria, en la que suele haber una persona que participa en un acuerdo para cometer un delito grave relacionado con la corrupción. Esos países suelen haber adoptado otra tradición de las jurisdicciones que se rigen por el *common law* que consiste en exigir en la descripción de los delitos de soborno que el infractor actúe “corruptamente”, como una forma de elemento subjetivo de dolo (“intención corrupta”). Estos países también tienen más probabilidades de haber establecido presunciones refutables de hecho para facilitar el enjuiciamiento de los casos de corrupción (por ejemplo, respecto de la aceptación o el ofrecimiento de un beneficio como prueba de que ha tenido lugar un acto de corrupción, o respecto de la existencia de patrimonio no justificado como prueba del soborno en el sector público o del blanqueo de dinero), así como presunciones refutables de intención deshonestista (por ejemplo, en lo que respecta a la concesión de una gratificación como prueba de que se produjo “corruptamente”). Además, los países anglófonos suelen haber establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al considerar que todos los tipos penales aplicables se refieren tanto a personas naturales como a entidades y se aplican a ambas de la misma manera. Algunos países también parecen tener leyes con arreglo a las cuales la conducta por la que una persona jurídica pudiera ser enjuiciada se atribuye a las personas que dirigieran esa persona jurídica o estuvieran empleadas en ella. Los Estados en cuestión no suelen contar ni con plazos de prescripción para los delitos relacionados con la corrupción ni con inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales para funcionarios públicos, salvo contadas excepciones. Normalmente, siguen un modelo de enjuiciamiento discrecional y, en ese contexto, se recomendó a muchos países que publicaran directrices a fin de que las partes interesadas conocieran los criterios por los que se regían las decisiones pertinentes. Por último, en cuanto a su alcance jurisdiccional, esos países, al igual que otros con sistemas de *common law*, no siempre aplican el principio del pabellón o no lo aplican en toda ocasión en que resulta posible, ni suelen estar a favor de los principios de personalidad activa, personalidad pasiva o protección del Estado.

En lo que respecta a la cooperación internacional, los países de habla inglesa del Grupo de los Estados de África suelen basarse en leyes de extradición más bien antiguas, solo pueden conceder la extradición sobre la base de un tratado y carecen de experiencia en la utilización de la Convención como fundamento jurídico. Estos países dependen, por lo tanto, de la aprobación de un gran número de tratados bilaterales de extradición. Así ocurre, en particular, en los países que no forman parte del Commonwealth, puesto que no se aplican procedimientos simplificados, como el Plan de Londres para la Extradición y el Plan del Commonwealth sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales, ni tampoco determinadas disposiciones internas propias del Commonwealth. Sin embargo, estos países pueden por lo general trabajar conjuntamente en cuestiones de cooperación internacional, a falta de un tratado, sobre la base de la reciprocidad. Ahora bien, al contrario de lo que ocurre en los países francófonos del Grupo, la nacionalidad en los países anglófonos no suele ser un motivo para denegar la extradición. A diferencia de sus marcos jurídicos relativos a la extradición, la legislación aplicable a la asistencia judicial recíproca es por lo general mucho más reciente. De esta forma se garantiza, entre otras cosas, que la asistencia judicial recíproca pueda prestarse en relación con una amplia gama de actos tipificados como delitos con arreglo a la Convención y que varias cuestiones, como las limitaciones en cuanto al uso de pruebas y las normas de confidencialidad, puedan regularse de manera directa.

Una característica común de los países francófonos del Grupo de los Estados de África (de tradición jurídica romanista) es la tendencia a regular la cooperación internacional mediante disposiciones dispersas en los códigos de procedimiento penal y las constituciones y a basarse en gran medida en tratados regionales (celebrados bajo los auspicios de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, entre otros). Otro rasgo compartido es el enfoque “monista” en cuestiones de cooperación internacional. En relación con la mayoría de las disposiciones de la Convención que no quedan comprendidas en la legislación o la reglamentación nacionales (por ejemplo, respecto de los motivos de rechazo de las solicitudes de asistencia judicial recíproca, la consulta, el secreto bancario y los delitos fiscales, y el salvoconducto para los testigos), la mayoría de los países de habla francesa argumentaron que el cumplimiento se garantizaba mediante la posibilidad de aplicar la Convención directamente. A menudo se refirieron a su legislación de lucha contra el blanqueo de dinero como una fuente de reglamentación de la extradición y la asistencia judicial recíproca. Puede que ello haya sido impulsado en gran medida por la atención que la comunidad internacional (incluidos los órganos regionales análogos al Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales) ha venido prestando en los últimos decenios al establecimiento de instituciones y marcos jurídicos sólidos (por ejemplo, dependencias de inteligencia financiera) con fines de detección, incautación y decomiso del producto del delito, también en el ámbito internacional. Estos esfuerzos han llevado a una situación en que se pueden utilizar eficazmente marcos jurídicos actualizados para cooperar con otros Estados en relación con los principales delitos tipificados con arreglo a la Convención, concretamente el blanqueo del producto de delitos relacionados con la corrupción. Al mismo tiempo, los examinadores han señalado como una posible desventaja el hecho de que los mecanismos e instrumentos normativos relacionados con otros delitos con frecuencia no se hayan actualizado, lo que podría crear un sistema “a dos velocidades”. Sin embargo, en el momento del examen, varios países estaban redactando proyectos de ley sobre cooperación internacional en asuntos penales, que podrían proporcionar un conjunto de normas que comprendieran de manera homogénea todos los delitos previstos en la Convención y otros delitos conexos.

Los países francófonos del Grupo de los Estados de África también tienden a definir la pena mínima exigida con fines de extradición como la privación de libertad durante 2 años, que es superior al umbral de un año fijado por otros países. Esto aumenta la probabilidad de que algunos delitos previstos en la Convención no se consideren extraditables. En la esfera de la extradición se observó, sin embargo, cierta flexibilidad en la medida en que ninguno de los países de habla francesa o portuguesa del Grupo de los Estados de África exigía la existencia de un tratado para proceder a la extradición. Otra característica común de esos países es que la nacionalidad se aduce como motivo para rechazar solicitudes de extradición.

A pesar de las diferencias lingüísticas y la diversidad de sistemas jurídicos de los países del Grupo de los Estados de África, en cierta medida, varias organizaciones y convenciones panafricanas o subregionales en materia de corrupción y cooperación internacional en asuntos penales desempeñan una función unificadora e incentivan unos intercambios y un diálogo reforzados. Entre esos acuerdos y organizaciones figuran la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, el Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, el Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción y la Organización de Cooperación Regional de los Jefes de Policía de África Meridional. Algunas de esas iniciativas reúnen países de habla inglesa, francesa y portuguesa.

## Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico

Determinar las tendencias del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico en su conjunto es difícil, principalmente porque los países que lo integran tienen tradiciones jurídicas y contextos históricos diversos y son partes en múltiples arreglos regionales. Al igual que en el Grupo de los Estados de África, un rasgo común en materia de penalización es que el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas no está tipificado como delito, al parecer debido a que en el ámbito regional se carece de un instrumento multilateral contra el soborno en el extranjero. Además, los países del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico son más propensos a tener problemas para tipificar como delitos la malversación o peculado y la apropiación indebida de fondos públicos, así como el soborno en el sector privado. También se enfrentan a dificultades relacionadas con la reinserción de las personas condenadas por delitos de corrupción, así como para garantizar una coordinación interinstitucional eficaz y reforzar las capacidades de actuación de los órganos de lucha contra la corrupción y los organismos encargados de hacer cumplir la ley. Por otro lado, suelen prever sanciones más severas. En algunos Estados se aplica la prisión permanente o incluso la pena de muerte en los casos más graves de soborno, malversación o peculado, o “corrupción en gran escala”.

En lo que a cooperación internacional se refiere, en varios países de Asia meridional y sudoriental, la extradición parece depender estrictamente de la existencia de un tratado (los arreglos especiales solo existen entre los países del Commonwealth), y la función de la Convención como base jurídica no se reconoce específicamente. Entre otras de las características comunes figuran la ausencia de leyes o de práctica en materia de remisión de actuaciones penales y, en varios casos, la adopción de una postura bastante estricta con respecto a la doble incriminación en lo referente a la asistencia judicial recíproca. Se suele exigir el cumplimiento de este principio independientemente de si la medida solicitada es de carácter coercitivo o no coercitivo. En cambio, el secreto bancario no parece ser un obstáculo para la ejecución de una solicitud de asistencia judicial recíproca, y dos países confirmaron incluso que era posible proporcionar documentos bancarios sin necesidad de obtener una orden judicial.

Dentro del Grupo se pudo encontrar, sin embargo, cierto grado de uniformidad. El mayor factor de conexión parece ser la adopción de un sistema jurídico de *common law* por muchos Estados, especialmente de Asia sudoriental y el Pacífico. Algunas de esas jurisdicciones de *common law* cuentan con tipos penales idénticos respecto de algunas formas de conductas relacionadas con la corrupción (por ejemplo, la obstrucción de la justicia) y, con objeto de facilitar los enjuiciamientos, aplican presunciones refutables similares a las observadas en los países del Grupo de los Estados de África cuyo sistema se basa en el *common law*. Un ejemplo de dicha presunción se aplica a la intención deshonesto del participante en una transacción corrupta. Los países que se rigen por el *common law* también se valen a veces del concepto ya mencionado de “agente” (que abarca tanto a los funcionarios públicos como a los empleados del sector privado), y no suelen contemplar la prescripción respecto de los delitos de corrupción.

Un subgrupo especialmente homogéneo es el de los países insulares del Pacífico, cuya legislación emana del uso de un sistema jurídico basado en el *common law* que toma como modelo los principios jurídicos de los Estados Unidos de América (como antiguos territorios fideicometidos de las Naciones Unidas en libre asociación con los Estados Unidos) o del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Al describir los delitos de soborno, algunos de esos Estados exigen que el autor actúe “corruptamente” y suelen incluir también en su legislación un delito especial de confabulación, que entraña que una persona llegue a un

acuerdo con otra u otras personas para cometer un delito, a menudo grave, siempre que se haya realizado al menos un acto manifiesto. Además, como se observó también en los países del Grupo de los Estados de África con sistemas basados en el *common law*, la mayoría ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas al considerar que todos los tipos penales son aplicables a las entidades de la misma manera en que se aplican a las personas, con los ajustes necesarios. Los países insulares del Pacífico acostumbran a seguir un modelo de enjuiciamiento discrecional, que puede dar lugar a la mitigación de la pena o incluso a la plena inmunidad procesal de los delincuentes que cooperen. No obstante, las sanciones aplicables en esos países se consideraron en general bajas, y se formularon recomendaciones para que se estudiara la posibilidad de aumentar la cuantía de las multas o ampliar los tipos de penas más allá de las sanciones pecuniarias. Otros problemas tenían que ver con la escasez o informalidad de las medidas disponibles en materia de protección de testigos y con el hecho de que los países en cuestión a menudo no hubieran establecido órganos o departamentos especializados para combatir la corrupción, al parecer debido a las limitaciones impuestas por su pequeño tamaño y población. Por último, estos países se adhieren a un principio de territorialidad estricto, de un modo que se desvía de las posibilidades previstas en la Convención.

En la mayoría de los casos, los marcos jurídicos para la extradición y la asistencia judicial recíproca en los países insulares del Pacífico se fundamentan en leyes recientes. Uno de los principales problemas parece ser la falta generalizada de experiencia práctica en la tramitación de solicitudes de asistencia judicial recíproca y extradición. En la mayoría de los países insulares del Pacífico, son escasos o nulos los casos tramitados en los últimos 5 años (estén o no relacionados con la corrupción). Los arreglos en materia de extradición y asistencia judicial recíproca basados en el Commonwealth (como los planes de Londres y Harare) son, en principio, aplicables, pero en la práctica no parecen utilizarse. La falta de práctica en asuntos de asistencia judicial recíproca podría obedecer al tamaño relativamente pequeño de estos países y sus economías. También es posible que, cuando se trata de intercambiar información y pruebas pertinentes para los procesos penales, se prefieran, al menos hasta cierto punto, vías officiosas para lograr el cumplimiento de la ley en lugar de mecanismos de asistencia judicial recíproca oficiales que requieren más tiempo. Esa posibilidad se ve respaldada por el hecho de que esos países están vinculados por una red de mecanismos subregionales de aplicación de la ley, entre los que figuran la Red sobre el Delito Transnacional del Pacífico, la Organización de Aduanas de Oceanía, el programa de lanchas patrulleras del Pacífico y los Jefes de Policía de las Islas del Pacífico.

Dentro del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, los países de habla árabe integran un segundo subgrupo con características propias (a veces compartidas con los países de habla árabe del Grupo de los Estados de África). En los países pertenecientes a este subgrupo, los actos de tráfico de influencias suelen penalizarse solo en relación con funcionarios públicos, y el enriquecimiento ilícito no está generalmente tipificado como delito. Además, la legislación de estos países no suele abarcar la tentativa con respecto a algunos delitos de corrupción (como la obstrucción de la justicia y el tráfico de influencias), ni la preparación con miras a cometer delitos relacionados con la corrupción. Por otra parte, los países han adoptado medidas para luchar contra el blanqueo de dinero mediante leyes especiales; por lo general, han establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos de corrupción; y prevén la posibilidad de conceder inmunidad procesal a los autores de delitos de corrupción que cooperen con las autoridades. En cuanto a su modelo de enjuiciamiento, tienden a aplicar el principio de legalidad. Sus sistemas de lucha contra la corrupción se ven obstaculizados, sin embargo, por la falta de medidas para la aplicación efectiva del artículo 32 (sobre la protección de testigos) y de disposiciones que faciliten sustancialmente la presentación y el examen de las opiniones y preocupaciones de las víctimas durante los procesos penales.

Con respecto a la cooperación internacional, una característica fundamental de la mayoría de los países de habla árabe de este Grupo (y que también tienen en común algunos países de habla árabe del Grupo de los Estados de África) es la ausencia de leyes independientes en materia de extradición y asistencia judicial recíproca. Si bien hay un enfoque coherente en la medida en que no se exige un tratado como base jurídica de la extradición (que podría concederse también fundamentada en la cortesía y la reciprocidad), pocas disposiciones nacionales (principalmente contenidas en los códigos penales o códigos de procedimiento penal) parecen regular la cooperación judicial internacional. En su lugar, la mayoría de los países de este subgrupo recurren en gran medida a tratados bilaterales y regionales; se mencionó con frecuencia el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial de 1983 de la Liga de los Estados Árabes. Varias disposiciones basadas en la Convención (relativas, por ejemplo, a la celebración de consultas, las reglas de limitación del uso de las pruebas y la confidencialidad, y el salvoconducto de testigos) no están, por lo tanto, explícitamente reguladas en el derecho interno, y su cumplimiento suele confirmarse por referencia a la práctica o a las disposiciones pertinentes de los tratados bilaterales o regionales aplicables. Un análisis comparativo de los exámenes de los países pertinentes también puso de relieve una tendencia general a no extraditar a los propios nacionales y un reconocimiento del principio de *aut dedere aut iudicare* en la práctica, conforme a su codificación explícita en el derecho interno.

Hay un último subgrupo dentro del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, integrado por un conjunto de países de Asia central y oriental que siguen pautas similares a las de los Estados del Grupo de los Estados de Europa Oriental, que comparten la misma historia y tradición (véase más abajo). Esas pautas se refieren, por ejemplo, a las limitaciones en la cobertura de los elementos básicos del delito de soborno (como el ofrecimiento o la solicitud de un soborno y la inclusión de beneficios inmateriales); la concesión de inmunidad procesal a las personas implicadas en actos de corrupción que informen voluntariamente a las autoridades de la presentación del soborno, así como a las personas que son víctimas de extorsión; y a la disposición, en sus códigos de procedimiento penal, de la suspensión temporal de funcionarios públicos acusados de corrupción como un tipo de medida coercitiva a disposición de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley durante una investigación penal.

### **Grupo de los Estados de Europa Oriental**

Los miembros del Grupo de los Estados de Europa Oriental se dividen en los Estados que son miembros de la Unión Europea y los que no lo son. En gran medida, las observaciones formuladas y las tendencias destacadas respecto de los países del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados se aplican también a los países del Grupo de los Estados de Europa Oriental que son además Estados miembros de la Unión Europea (véase más abajo). Como se mencionó anteriormente, algunos miembros del Grupo de los Estados de Europa Oriental tienen una legislación similar a la de varios países vecinos del Grupo de Asia y el Pacífico. En materia de penalización, los países del Grupo de los Estados de Europa Oriental suelen haber tipificado como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas, e incluso tienden a ir más allá de los requisitos mínimos previstos en la Convención, por ejemplo, con respecto al alcance de los sobornos que no guardan relación con la realización de actividades comerciales internacionales, o el tráfico de influencias respecto de funcionarios públicos extranjeros y miembros de organizaciones internacionales públicas. Los Estados en cuestión también suelen haber tipificado como delito el soborno en el sector privado, en gran parte como resultado de su aplicación del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.



Los Estados de este Grupo no acostumbran a distinguir entre los actos de malversación o peculado cometidos en el sector público y los cometidos en el sector privado, aunque cuando los actos en cuestión son perpetrados por funcionarios públicos a menudo acarrear penas más severas o conllevan la aplicación de más disposiciones penales. El enriquecimiento ilícito está penalizado en solo tres Estados del Grupo, si bien muchos suelen emplear poderes ampliados de decomiso como alternativa. Además, casi todos esos países han adoptado medidas para tipificar el blanqueo de dinero como delito (por lo general, en sus códigos penales), y la legislación pertinente suele estar de conformidad con la Convención. Lo mismo se aplica a los delitos de obstrucción de la justicia, aunque en unos pocos países existen problemas relativos, por ejemplo, a los diversos medios utilizados para obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas. También hay una tendencia dominante a haber tipificado delitos especiales en relación con el uso de medidas coercitivas contra funcionarios de la justicia o de los organismos encargados de hacer cumplir la ley. En general, los países de este Grupo parecen tener regímenes de penalización sólidos y exhaustivos, pese a algunas excepciones observadas, por ejemplo, con respecto al alcance de la influencia “supuesta”, o al requisito de que haya cierto grado de daño o perjuicio que menoscabe los intereses de una persona o del Estado para que el abuso de funciones sea considerado delito. El establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es habitual dentro de este Grupo, y los Estados partes parecen a veces compartir definiciones comunes, por ejemplo, con respecto a los “organizadores” (es decir, las personas que orquestaron el delito o supervisaron su comisión, así como las personas que establecieron o supervisaron un grupo organizado o una organización delictiva) y al concepto de preparación de un delito como forma de conducta delictiva. En los Estados de este Grupo, el enjuiciamiento es en principio obligatorio. Una última característica positiva tiene que ver con la aplicación de la ley y el hecho de que los países en cuestión posean programas de protección de testigos adecuados, y a veces amplios y progresistas, a menudo recogidos en instrumentos legislativos independientes, como resultado de los esfuerzos por cumplir con los requisitos de los instrumentos regionales<sup>109</sup>.

Desde la perspectiva de la cooperación internacional en asuntos penales, un importante vínculo entre los Estados de este Grupo que son miembros de la Unión Europea y los que no lo son es que todos son miembros del Consejo de Europa. La aplicación legislativa de varios tratados del Consejo de Europa en materia de extradición y asistencia judicial recíproca a lo largo de los años ha proporcionado un importante grado de homogeneidad. Además, la aplicación del acervo del Consejo de Europa en esta esfera ha ayudado en buena medida a los países a aplicar los requisitos de la Convención contra la Corrupción. Lo mismo puede decirse del traslado de personas condenadas a cumplir una pena y de la remisión de actuaciones penales, que fueron objeto de dos acuerdos específicos del Consejo de Europa.

Lo que es más importante, un número significativo de países de este Grupo disponen de leyes relativamente recientes en materia de cooperación internacional. La mayoría de estas leyes, en que se asientan las bases para la aplicación del capítulo IV de la Convención, contienen amplias disposiciones (relativas, por ejemplo, a las obligaciones de consultar a los países requerentes) que normalmente no figuran en las leyes más antiguas. En varios casos, estas nuevas leyes especifican que las solicitudes de extradición y asistencia judicial recíproca no podrán rechazarse por motivos fiscales. Este enfoque contrasta con el más “tradicional” seguido por otros países, que confirman el cumplimiento con la Convención solo indirectamente, alegando que en el derecho interno no se mencionan los motivos fiscales, por lo que estos no pueden

<sup>109</sup> Entre esos instrumentos regionales figuran: a) la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995 relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional; b) la Recomendación Núm. R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre intimidación de testigos y derechos de la defensa; y c) la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

considerarse obstáculos para la cooperación internacional. Otra tendencia que cabe destacar es que la transmisión espontánea de información suele ser objeto de disposiciones legislativas específicas. Esto establece una clara distinción entre varios países pertenecientes a este Grupo y la gran mayoría de los países objeto de examen, que suelen confirmar el cumplimiento del artículo 46, párrafo 4, de la Convención mediante la práctica. La mayoría de los países de este Grupo también señalan como delitos que dan lugar a extradición los delitos punibles con una pena de prisión de al menos un año, que constituye un umbral inferior al que disponen los países de otros grupos regionales. Para aplicar la disposición de la Convención relativa a un “trato justo” (artículo 44, párrafo 14) se basan, entre otros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el acervo de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se suele exigir la existencia de un tratado como condición para la extradición, y la Convención puede utilizarse como base jurídica de esta. En lo que respecta a los órganos mixtos de investigación, los países tienen marcos jurídicos pertinentes en vigor y suelen utilizarlos, lo que no suele ocurrir en cuanto a los delitos relacionados con la corrupción.

### **Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe**

Si bien la gran mayoría de los países del Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe tienen un sistema de tradición romanista, hay una minoría de ellos, en particular en la zona del Caribe, que sigue un enfoque basado en el *common law*. Una particularidad observada durante los exámenes es que, en algunos países del Grupo, se utiliza el mismo verbo (“ofrecer”) para referirse a “ofrecer” y a “prometer” (un soborno). Aunque la mayoría de los Estados de América Latina y el Caribe han penalizado el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, tienden a haberlo hecho únicamente con respecto a la versión activa del delito. Además, en este Grupo hay menos países que hayan penalizado el tráfico de influencias y el soborno en el sector privado y pocos que penalicen también los actos preparatorios de delitos relacionados con la corrupción. Por otra parte, los países de este Grupo parecen ser los más dispuestos a aprobar legislación relativa al delito de enriquecimiento ilícito, posiblemente como resultado de la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. También suelen prever la ampliación del plazo de prescripción hasta niveles satisfactorios, y muchos han introducido, por ejemplo, una legislación innovadora similar con respecto a la interrupción del plazo pertinente mientras el funcionario involucrado ocupe su cargo. En cuanto al enjuiciamiento, los Estados de este Grupo suelen aplicar el principio de legalidad, bien en general, bien específicamente para delitos relacionados con la corrupción. Aunque estos Estados a menudo se enfrentan a lagunas relacionadas con las categorías de bienes sujetas a embargo preventivo, incautación y decomiso, en varios de ellos, el producto del delito, una vez decomisado, se enajena mediante su asignación a fondos especiales para utilizarse con objeto de combatir la delincuencia organizada o en programas de prevención, tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas. En el mismo contexto, y dada la experiencia adquirida en muchos de los países a partir de la lucha contra la delincuencia organizada, suelen disponer de medidas adecuadas de protección y reubicación de testigos. Sin embargo, desde un punto de vista jurisdiccional, varios de los países aún no han establecido el principio de la territorialidad activa.

Con respecto a la cooperación internacional, el grupo de países de tradición jurídica romanista, en particular, muestra una tendencia a regular la extradición y la asistencia judicial recíproca mediante disposiciones dispersas en sus constituciones, códigos penales y códigos de procedimiento penal. En líneas generales, la legislación nacional no se ocupa de una serie de cuestiones comprendidas en la Convención, como los motivos para rechazar solicitudes de

asistencia judicial recíproca, la norma sobre la limitación del uso de pruebas en los procedimientos de asistencia judicial recíproca, la celebración de consultas antes de rechazar solicitudes, la cláusula contra la discriminación y el salvoconducto de testigos. Sin embargo, en varios países, la capacidad y la voluntad confirmadas de aplicar directamente las disposiciones de la Convención parecen compensar la falta de legislación nacional. Al mismo tiempo, esa aplicación directa a menudo sigue siendo teórica y no se ha dado en la práctica. La amplia mayoría de los países de este Grupo disponen de marcos jurídicos relativos al traslado de personas condenadas a cumplir una pena, ya sea mediante convenios bilaterales o marcos jurídicos regionales; y varios de ellos han ratificado el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas del Consejo de Europa. La mayoría de ellos no exigen la existencia de un tratado para resolver casos de extradición. En general, un número considerable de países muestran enfoques flexibles en varios aspectos, uno de los cuales es su capacidad de prestar asistencia judicial recíproca en relación con las personas jurídicas, pese a que algunos no reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas a efectos nacionales. Casi todos los países del Grupo confirmaron que podían aceptar solicitudes de asistencia judicial recíproca por vía oficiosa (también de forma verbal y por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)). Asimismo, cabe señalar que tres países pertenecientes al Grupo van más allá de los requisitos de la Convención, pues no someten tales solicitudes a la prueba de doble incriminación, con independencia de la distinción entre medidas coercitivas y no coercitivas.

Una de las características que se señaló en relación con la mayoría de los Estados de Centroamérica tiene que ver con la limitación en cuanto al uso de técnicas especiales de investigación en investigaciones sobre delincuencia organizada o delitos de blanqueo de dinero. Esta limitación quiere decir que esas técnicas solo pueden utilizarse para investigar delitos de corrupción cuando hayan sido cometidos por grupos delictivos organizados o cuando se consideren delitos determinantes de blanqueo de dinero.

La mayoría de los países insulares del Grupo cuyo sistema jurídico se basa en el *common law* tienen la posibilidad de utilizar instrumentos del Commonwealth (como los planes de Londres y Harare), que les brindan vínculos directos con los países del Commonwealth situados fuera de la región. Su adhesión a los instrumentos regionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, también les permite cooperar con países de la misma región con diferentes enfoques y sistemas jurídicos.

### **Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados**

El Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados integra la más amplia variedad de tradiciones jurídicas, por lo que resulta difícil determinar elementos comunes. Sin embargo, al igual que ocurre con el Grupo de los Estados de Europa Oriental, en el alcance y las modalidades de la aplicación de la Convención en este Grupo influye mucho el hecho de que los Estados de la región sean miembros del Consejo de Europa y la Unión Europea. Los Estados partes pertenecientes al Grupo que además son miembros de la Unión Europea disponen de legislación contra la corrupción bien desarrollada en algunas esferas, por ejemplo, reglas y directrices claras respecto de los factores que han de tenerse en cuenta para determinar si un beneficio debería considerarse “indebido”.

Los países del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados suelen haber tipificado como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de

organizaciones internacionales públicas, y también parecen aplicar efectivamente la legislación, pues de entre todos los grupos este es el que presenta el mayor número de investigaciones, enjuiciamientos y condenas. Son también los que más probabilidades tienen de haber tipificado como delito el soborno en el sector privado, como resultado de su aplicación (al igual que ocurría con los países del Grupo de los Estados de Europa Oriental) de los instrumentos pertinentes del Consejo de Europa y la Unión Europea. Además, casi todos los Estados del Grupo han establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas y han adoptado medidas para tipificar el blanqueo de dinero como delito, normalmente en sus códigos penales. Al mismo tiempo, son los países más propensos a tener preocupaciones en relación con el delito de enriquecimiento ilícito, como resulta evidente por el hecho de que ninguno de los países del Grupo haya reconocido el concepto pertinente, a menudo a causa de las limitaciones constitucionales y el aparente quebrantamiento de la presunción de inocencia. Muchos países suelen servirse de alternativas, como poderes ampliados de decomiso o mecanismos de decomiso sin condena. Por último, al igual que ocurre con los miembros del Grupo de los Estados de Europa Oriental, los países del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados suelen contar con programas avanzados de protección y reubicación de testigos y, por lo general, han introducido legislación sobre la protección de los delatores. Sin embargo, no se puede decir de ningún grupo de Estados que cuente con mecanismos totalmente satisfactorios en vigor para la aplicación del artículo 33 de la Convención (Protección de los denunciantes).

La Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea introdujo un importante factor de cohesión y un impulso hacia un mayor grado de homogeneidad en materia de cooperación internacional en asuntos penales. Este instrumento ha sustituido efectivamente los procedimientos de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea al eliminar *de facto* el control político sobre el procedimiento de entrega respecto de un número considerable de delitos, incluidos los relacionados con la corrupción. Además, conforme al marco jurídico de la orden de detención europea, se suprimió el principio de doble incriminación en relación con una lista de 32 delitos, en la que figuraban delitos relacionados con la corrupción punibles en el Estado miembro emisor con una pena privativa de la libertad o una orden de detención por un período máximo de 3 años y conforme a su definición en la ley del Estado miembro emisor.

El Grupo se caracteriza en general por la presencia de múltiples capas de cooperación. Cuenta con varios marcos institucionales para la cooperación en materia de aplicación de la ley, como la Oficina Europea de Policía (Europol), la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude de la Comisión Europea y el acervo de Schengen. Desde el punto de vista geográfico, hay un subgrupo de países nórdicos vinculado por estrechos arreglos de cooperación, como la orden de detención nórdica y el Consejo Nórdico de Cooperación en Asuntos Policiales y Aduaneros. La mayoría de los países del Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados también destacan por su uso de la videoconferencia como práctica habitual en materia de asistencia judicial recíproca (artículo 46, párrafo 18) y por la presencia de varias bases jurídicas y marcos operacionales para el establecimiento de órganos mixtos de investigación, incluidos el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y su Segundo Protocolo Adicional. En comparación con los países de otros Grupos, los países pertenecientes al Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados parecen hacer un uso ligeramente más amplio de los órganos mixtos de investigación en lo que respecta a los delitos relacionados con la corrupción.

## Conclusión

En el presente estudio se señala que en los marcos jurídicos de lucha contra la corrupción de la mayoría de los Estados partes ha habido en los últimos años un proceso evolutivo de cambio legislativo que ha dado lugar a adelantos notables en la dirección prevista por el artículo 1 de la Convención, al menos en lo que respecta a la penalización de la corrupción, la aplicación de la ley y la cooperación internacional. Como se observó durante los exámenes de la aplicación, la lucha contra la corrupción figura entre las principales prioridades de los Gobiernos de muchos Estados partes, y a ella se dedican considerables recursos. En un número considerable de países, se han combinado modificaciones legislativas y reformas estructurales para producir regímenes de penalización coherentes y en gran medida armonizados; resultados tangibles en lo que respecta a medidas legislativas y reglamentarias para hacer cumplir la ley, acusaciones y condenas, incluso en casos de corrupción de alto nivel; y sólidas redes de cooperación en materia de extradición, asistencia judicial recíproca y aplicación transnacional de la ley. Representantes del sector privado y de organizaciones de la sociedad civil en particular informaron de que habían aumentado las investigaciones y el enjuiciamiento de delitos de corrupción en los países en cuestión en los últimos años, aunque podían desplegarse más esfuerzos para garantizar la coherencia y la eficacia de la aplicación. A ese respecto, se observó que la Convención ya ha desempeñado un papel importante para la puesta en marcha de medidas de reforma y sigue sirviendo de fundamento para el establecimiento de regímenes de lucha contra la corrupción eficaces.

Cabe señalar que el Mecanismo de Examen de la Aplicación y la labor del Grupo de Examen de la Aplicación parecen haber tenido un efecto positivo añadido para transformar el paisaje mundial de la lucha contra la corrupción. Por una parte, han creado un impulso renovado para que los Estados ratifiquen la Convención o se adhieran a ella; por otra, han resultado beneficiosos para los esfuerzos por fomentar la aplicación de la Convención a nivel nacional, poniendo en marcha o facilitando amplias consultas interinstitucionales sobre las reformas legislativas e institucionales necesarias, bien antes de los exámenes de los países, bien en respuesta a los resultados de los exámenes<sup>110</sup>. Los Estados partes han acogido favorablemente los exámenes de los países por considerarlos una oportunidad para establecer y mejorar la labor de coordinación a nivel nacional, que han presentado como un resultado clave de su participación en el Mecanismo. Esos esfuerzos de coordinación han sido calificados por los Estados partes como un factor decisivo para la aplicación de los resultados y las observaciones de los informes sobre los exámenes. Para elaborar medidas nacionales de reforma, varios Estados partes se basaron en las enseñanzas extraídas de los exámenes de otros países y consultaron específicamente los resúmenes y los informes sobre los exámenes de los países que estaban a disposición del público<sup>111</sup>. Hay también indicios de que el amplio intercambio de ideas e información entre

---

<sup>110</sup>Véanse, por ejemplo, la nota de la Secretaría titulada “Evaluación del funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2015/6), párrs. 9 a 17; el informe de la Conferencia de los Estados Partes sobre su sexto período de sesiones (CAC/COSP/2015/10), párrs. 34, 35, 53 y 54; el informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre su séptimo período de sesiones (CAC/COSP/IRG/2016/9), párrs. 64 a 68; el informe del Grupo sobre la continuación de su séptimo período de sesiones (CAC/COSP/IRG/2016/9/Add.1), párrs. 35 y 37 a 47; y la nota preparada por la Secretaría titulada “Buenas prácticas, experiencias y medidas pertinentes adoptadas por los Estados partes después de la finalización del examen de países, incluida información relativa a la asistencia técnica” (CAC/COSP/IRG/2016/12).

<sup>111</sup>Véase el informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su sexto período de sesiones (CAC/COSP/IRG/2015/5/Add.1), párr. 12.

los expertos gubernamentales en el curso de los exámenes les ha permitido conocer como nadie las buenas prácticas adoptadas por otros Estados y ha contribuido a desmitificar y despolitizar el tema de la corrupción<sup>112</sup>, así como a despejar algunas dudas sobre la forma de abordar una serie de cuestiones relativas a los requisitos sustantivos de la Convención. Este proceso de cooperación se ve facilitado por las actividades de la UNODC, que ha ayudado a los Estados partes a vincular las recomendaciones del primer ciclo del Mecanismo de Examen de la Aplicación con la elaboración de estrategias o planes de acción de seguimiento contra la corrupción para dar respuesta a las recomendaciones del examen<sup>113</sup>.

No obstante, siguen existiendo considerables problemas, que van desde los de carácter más rudimentario, como los evidentes errores en las traducciones de la Convención a idiomas no oficiales de las Naciones Unidas y los impedimentos prácticos por falta de experiencia, recursos y capacitación, hasta cuestiones técnicas complicadas relativas a la formulación de las disposiciones de penalización o la incorporación de elementos concretos en estructuras procesales complejas.

Las lagunas y desviaciones eran más evidentes en relación con la aplicación del capítulo III de la Convención. Conforme a lo descrito de forma más detallada en las observaciones generales de la primera parte del presente estudio, la Convención ha repercutido ampliamente en la aplicación, con resultados significativos en materia de penalización y aplicación de la ley. Sin embargo, dado que en esas esferas la Convención exige la adopción de una gama especialmente amplia y polifacética de medidas por los Estados partes, se detectaron problemas de diverso grado respecto de todas las disposiciones pertinentes. A continuación se señalan los problemas más importantes que se detectaron<sup>114</sup>.

En lo referente a la penalización, las cuestiones pendientes más destacables se refieren a la ejecución inadecuada de medidas que son obligatorias de conformidad con la Convención. Entre ellas figuran, más concretamente, limitaciones del alcance del concepto de “funcionario público”, especialmente en lo que respecta a los miembros de asambleas parlamentarias nacionales; las lagunas en la tipificación como delito del soborno de funcionarios públicos nacionales, por ejemplo, respecto de beneficios inmateriales, terceros beneficiarios y actos indirectos (artículo 15); el hecho de que no se tipifique como delito el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas, y la aparente ineficacia de la legislación vigente (artículo 16, párrafo 1); las lagunas y deficiencias técnicas en las leyes contra el blanqueo del producto del delito y la falta de capacidades prácticas de las autoridades competentes con respecto a la aplicación de las disposiciones pertinentes (artículo 23); numerosas limitaciones nacionales relativas a la penalización de la obstrucción de la justicia, como la excesiva fragmentación de la legislación aplicable (artículo 25); y la aplicación limitada en la práctica de medidas para establecer la responsabilidad penal o no penal de las personas jurídicas (artículo 26).

Los problemas relacionados con la aplicación de las disposiciones de penalización no obligatorias son menos pronunciados, pero igualmente generalizados. Entre ellos, los principales

---

<sup>112</sup>Nota preparada por la Secretaría titulada “Traducir el compromiso en resultados: efectos del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (CAC/COSP/2013/14), párr. 3. Véanse también los párrafos 2, 4, 19 y 24 a 26 de ese documento.

<sup>113</sup>Véase, por ejemplo, el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre el estado de la aplicación de la resolución 5/4 de la Conferencia, relativa al seguimiento de la declaración de Marrakech sobre la prevención de la corrupción (CAC/COSP/2015/8), párr. 14.

<sup>114</sup>Véanse también el documento de debate preparado por la Secretaría sobre la elaboración de un conjunto de recomendaciones y conclusiones no vinculantes basadas en las enseñanzas extraídas de la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención (CAC/COSP/IRG/2017/3); y el informe temático preparado por la Secretaría sobre la aplicación del capítulo III de la Convención (CAC/COSP/IRG/2016/6).

son el reducido número de jurisdicciones que han tipificado como delito el soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16, párrafo 2); las dificultades técnicas y metodológicas experimentadas por los Estados partes para incorporar el delito complejo de tráfico de influencias en su legislación nacional (artículo 18); la falta de penalización del enriquecimiento ilícito (artículo 20), que, no obstante, se atribuye a menudo a garantías constitucionales y limitaciones jurídicas; y los problemas que impiden la penalización del soborno en el sector privado (artículo 21), incluida una aparente preocupación de las autoridades nacionales por proteger el sector público.

En cuanto a las medidas para mejorar la justicia penal, los problemas más importantes guardan relación con los requisitos obligatorios de establecer sanciones adecuadas y coherentes para los delitos relacionados con la corrupción (artículo 30, párrafo 1); establecer y mantener un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a los funcionarios públicos, por una parte, y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, por otra (artículo 30, párrafo 2); adoptar medidas para autorizar el decomiso de todo tipo de producto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, así como la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de bienes (artículo 31, párrafos 1 y 2); adoptar medidas para regular eficazmente la administración de los bienes embargados, incautados o decomisados (artículo 31, párrafo 3); y crear marcos normativos apropiados para la protección de testigos, peritos y víctimas (artículo 32).

Con respecto a las disposiciones no obligatorias de la Convención, los principales problemas son la falta de medidas para la inhabilitación de las personas condenadas para ejercer cargos públicos y cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado (artículo 30, párrafo 7); la inexistencia de una inversión de la carga de la prueba para demostrar el origen lícito de bienes expuestos a decomiso, en particular a causa de garantías constitucionales y limitaciones jurídicas (artículo 31, párrafo 8); y marcos jurídicos inadecuados para la protección de los denunciantes (artículo 33).

En cuanto a las medidas para hacer cumplir la ley, los problemas se plantean a menudo por las limitaciones en relación con la eficiencia, los conocimientos especializados, las capacidades y la independencia de las autoridades especializadas (artículo 36); la falta de incentivos para la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (artículo 37); y una falta de coordinación e intercambio de información interinstitucionales eficaces, especialmente entre organismos con un mandato de lucha contra la corrupción (artículo 38).

En las distintas partes del presente estudio se ponen de relieve algunas sugerencias para subsanar las lagunas detectadas, como se indicó durante el proceso de examen de los países, junto con observaciones explicativas y comentarios interpretativos, así como ejemplos de buenas prácticas y de la aplicación, cuando se ha dispuesto de ellos. En numerosos casos se recomienda aprobar nuevas disposiciones y leyes y, en el contexto de las reformas legislativas en curso, considerar la posibilidad de consolidar la legislación vigente y aprobar marcos legislativos autónomos sobre la corrupción o medidas de acompañamiento para la lucha contra la corrupción, como las relativas a la protección de los testigos y los denunciantes. Se alienta a los Estados partes a llevar adelante esas reformas evitando superposiciones y contradicciones y velando por una interpretación y una aplicación práctica coherentes. Por otro lado, debe reconocerse que en algunos exámenes, especialmente al tratar de disposiciones no obligatorias de la Convención (por ejemplo, artículo 20 y artículo 31, párrafo 8), se acepta a menudo que los Estados partes hayan optado por no adoptar las disposiciones pertinentes tras la debida consideración; esos exámenes se limitan, por lo tanto, a describir el estado en

que se encuentra la legislación, en lugar de formular sugerencias sobre cómo podría o debería modificarse<sup>115</sup>.

Cabe señalar que el amplio alcance del proceso de examen (al menos en comparación con otros mecanismos internacionales de examen) y la multitud de cuestiones planteadas durante su curso no siempre han permitido, por razones prácticas, una evaluación a fondo de todas las disposiciones que figuran en el capítulo III. A menudo, algunos países concretos no facilitaron información completa, especialmente en los exámenes anteriores. Así, algunas disposiciones, como las contenidas en el artículo 30, párrafos 4, 5 y 10, el artículo 32, párrafo 5, y el artículo 42, así como las disposiciones esencialmente no penales de los artículos 34 y 35, están relativamente subrepresentadas y no parecen haber atraído el mismo nivel de atención que las disposiciones que se consideran más importantes. Por otra parte, cabe señalar que la mejora constante de la calidad de los informes sobre los exámenes de los países, que gradualmente se van ampliando para abarcar más esferas de interés y cuestiones paralelas, como la aplicación práctica de las disposiciones nacionales, atestigua la credibilidad y la eficacia crecientes del Mecanismo de Examen de la Aplicación.

Se formularon con frecuencia recomendaciones, especialmente en el contexto de los artículos 23, 32, 36 y 38, relativas a la asignación de recursos y la capacidad práctica de los órganos e instituciones anticorrupción. Las investigaciones relacionadas con la corrupción suelen entrañar determinado tipo de dificultades, no solo por la naturaleza secreta del delito y las dificultades vinculadas a la obtención de pruebas de las partes implicadas, sino también por la inherente complejidad y los probables aspectos financieros de muchas de las actividades en cuestión. Es importante, por lo tanto, hacer frente a las limitaciones en materia de capacidad y proporcionar recursos financieros y humanos suficientes a las autoridades que participan en la lucha contra la corrupción, garantizar su independencia operacional y eficiencia e intensificar la cooperación para hacer cumplir la ley y la coordinación interinstitucional<sup>116</sup>. Para mejorar los niveles de aplicación de las disposiciones pertinentes también es necesario priorizar la investigación y persecución de la corrupción sobre otras formas de conducta delictiva.

Otro problema transversal relativo a la aplicación del capítulo III parece ser la falta, en muchos países, de datos estadísticos o tipologías de jurisprudencia adecuados relativos a la investigación y el enjuiciamiento de delitos de corrupción, incluida información sobre las condenas impuestas y los activos incautados o decomisados. Aunque algunos datos pueden ser presentados por autoridades concretas o con respecto a delitos concretos, la metodología utilizada y el tipo de datos reunidos no son coherentes entre las distintas instituciones, la información disponible no está desglosada por tipos de delitos y no existen mecanismos centrales por los que se pueda acceder a esos datos. Como se pone de relieve en varios exámenes, es importante disponer de información concreta sobre prácticas para hacer cumplir la ley a fin de evaluar la eficacia de las medidas existentes, coordinar las instituciones anticorrupción a nivel operacional, diseñar estrategias específicas de prevención del delito y justicia penal y adoptar medidas concertadas para fomentar los objetivos de la Convención. Por lo tanto, los Estados partes deben procurar promover la consolidación, la accesibilidad y el análisis científico de datos estadísticos (por ejemplo, mediante la inclusión directa por los tribunales y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley de cifras sobre casos penales en una base de datos electrónica mantenida por el departamento de estadística del ministerio de justicia), que permitirán centrarse más en las medidas prácticas para hacer cumplir la ley y evaluar mejor

<sup>115</sup>Véase también la sinopsis temática de las recomendaciones sobre la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención (CAC/COSP/IRG/2014/10), párr. 4.

<sup>116</sup>*Ibid.*, párrs. 14 y 15.



la aplicación. Curiosamente, parece ser que uno de los resultados positivos de los exámenes de los países ha sido la creación o el fortalecimiento de sistemas nacionales de estadística y reunión de datos en varios Estados<sup>117</sup>.

Por último, los Estados partes que aún no lo hayan hecho deberían considerar la posibilidad de crear un sistema para que los fallos judiciales relacionados con la aplicación de las disposiciones de la Convención se hagan públicos oportunamente, porque con ello se comprenderían mejor las razones por las que los procesos anticorrupción han sido un éxito o un fracaso. También deberían establecer un acervo de jurisprudencia al que puedan recurrir el poder judicial y los profesionales del derecho en casos futuros de corrupción. Con ello se mejorarán los resultados de los procesos y se aumentará la coherencia en la tramitación judicial de esos asuntos. También se aportará mayor transparencia al proceso judicial, lo que puede tener repercusiones positivas en el nivel percibido de corrupción en los órganos judiciales y policiales<sup>118</sup>. Además, los Estados partes tal vez deseen seguir el ejemplo de algunos países e iniciar procesos consultivos que incluyan un examen integral de la forma en que los sistemas de lucha contra la corrupción pueden ser más eficaces, a fin de elaborar un plan de acción nacional amplio contra la corrupción. Ese plan de acción podría incluir como uno de sus elementos principales la determinación de medios y arbitrios para subsanar las demoras en las investigaciones y las actuaciones judiciales, que pueden frustrar los esfuerzos para luchar eficientemente contra los delitos relacionados con la corrupción.

En relación con el capítulo IV de la Convención, la situación es algo diferente. En un número considerable de Estados partes resultó más fácil aplicar lo dispuesto en el capítulo IV debido a que las disposiciones clave eran de aplicación automática y las podían aplicar directamente las autoridades estatales competentes. No cabe duda de que esto ha entrañado un beneficio objetivo para los Estados partes al reducir la necesidad de entablar procesos normativos nacionales a menudo inciertos y prolongados, transfiriendo sustancialmente a las ramas ejecutiva y judicial del Gobierno la tarea de aplicar las disposiciones de la Convención. Este enfoque monista, sin embargo, presenta sus propios inconvenientes, como tener que superar lo que varios especialistas podrían ver aún como una disparidad de conocimientos. Por ejemplo, la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación con frecuencia no garantizaba que dichos acuerdos se aplicarían en la práctica. Así, en el informe sobre un país se subrayó que había que distribuir los acuerdos existentes entre las autoridades competentes de todas las partes y destacar su importancia para que se fueran activando gradualmente en la práctica. En este sentido, es fundamental velar por que todos los agentes que desempeñan una función institucional en diversos niveles y fases del proceso de justicia penal (organismos encargados de hacer cumplir la ley, fiscales, jueces, etc.) apliquen directamente la Convención como práctica generalizada. En la medida en que esta tarea no se debe cumplir únicamente en relación con la Convención contra la Corrupción, sino también respecto de la aplicación de otras convenciones pertinentes, como la Convención contra la Delincuencia Organizada, la cuestión podría tratarse de manera intersectorial, por ejemplo, utilizando de forma más sinérgica los recursos en materia de creación de capacidad de los organismos nacionales e internacionales de asistencia técnica. Un objetivo importante para los próximos años podría ser, pues, seguir acostumbrando a los funcionarios de la justicia penal a los mecanismos basados en la Convención y promover una cultura en que esos mecanismos se consideren un modelo de referencia en la tramitación cotidiana de los casos transnacionales relacionados con la corrupción. Resultó alentador que 21 Estados partes comunicaran haber formulado o recibido al menos una petición de asistencia judicial recíproca en que se utilizaba la Convención como base jurídica.

<sup>117</sup>CAC/COSP/2015/6, párrs. 9 y 14.

<sup>118</sup>Acerca de la cuestión general del acceso público a los fallos y otra información judicial, véase UNODC, *Guía de recursos para reforzar la integridad y capacidad judiciales* (Viena, 2011), cap. V, secc. 3.

Por lo general, determinados marcos jurídicos previstos en la Convención siguen siendo poco utilizados. Por ejemplo, casi ningún país aprovechó la posibilidad de conceder la extradición a sus nacionales a condición de que la persona buscada fuera devuelta para cumplir la condena impuesta en su país de nacionalidad (artículo 44, párrafo 12). Igualmente, escasearon los conocimientos y la práctica a efectos de asumir la ejecución de una condena extranjera en casos en que la extradición fuera denegada por razón de la nacionalidad de la persona buscada (artículo 44, párrafo 13). Otros mecanismos jurídicos parecieron emplearse con más frecuencia, pero no frente a delitos relacionados con la corrupción. En general, los países disponían de legislación relativa a técnicas especiales de investigación y podían recurrir a ellas, si bien las utilizaron sobre todo para realizar investigaciones sobre delincuencia organizada y narcotráfico, y solo rara vez sobre delitos de corrupción. Todavía más inusitados son los acuerdos relativos al uso de esas técnicas a petición de países extranjeros. El escaso uso de las técnicas especiales de investigación puede atribuirse en gran medida a la naturaleza particularmente intrusiva de algunas de esas técnicas y a que los países tienden en general a reservarlas para los delitos que se consideran más graves. Al mismo tiempo, el uso de esas técnicas podría facilitar la reunión de pruebas relativas a los elementos de los delitos de corrupción que resultan difíciles de probar. De igual modo, parecía que la mayoría de los equipos mixtos de investigación se habían establecido en relación con el narcotráfico y los delitos relacionados con la delincuencia organizada. Esto podría obedecer en parte a que esos equipos estaban previstos en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que entró en vigor 15 años antes que la Convención contra la Corrupción, y los países podían, por lo tanto, basarse naturalmente en una mayor experiencia en el uso de equipos mixtos de investigación en los casos de delitos de narcotráfico que en los de delitos de corrupción.

Al mismo tiempo, varios principios de cooperación internacional consagrados en la Convención parecían estar bien arraigados en la práctica de los Estados. Por ejemplo, si bien hasta hace un decenio el principio de doble incriminación había sido objeto de una interpretación más bien formalista por varios países, en los últimos 10 años se ha venido aceptando invariablemente que debería considerarse satisfecho si la conducta subyacente está penalizada conforme a las leyes del Estado requirente y el Estado requerido. Los países utilizan, por lo tanto, un enfoque sustantivo, por oposición a uno centrado en la denominación o categorización oficiales del delito en cuestión. Análogamente, la amplia mayoría de las partes habían aplicado el concepto y el funcionamiento del principio *aut dedere aut iudicare*. No se pudo aclarar en los exámenes, sin embargo, en qué medida procedían en realidad las partes al enjuiciamiento en lugar de la extradición.

En muchos exámenes se observó que existían marcos jurídicos sólidos y bien articulados en materia de cooperación internacional, que se habían celebrado una notable variedad de tratados bilaterales y multilaterales sobre extradición y asistencia judicial recíproca y que se habían establecido amplias redes destinadas a facilitar las medidas para hacer cumplir la ley entre los Estados para combatir los delitos relacionados con la corrupción. Algunos de esos marcos jurídicos se habían adoptado hacía poco, sobre todo, pero no exclusivamente, en la esfera de la asistencia judicial recíproca. En esos casos, las leyes y los reglamentos solían reflejar de forma más precisa los requisitos de la Convención que los instrumentos anteriores. Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurría en instrumentos legislativos anteriores, a veces se señalaba explícitamente que no podían invocarse las leyes sobre el secreto bancario para rechazar una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca. Además, en las leyes de ejecución recién aprobadas a menudo figuraban disposiciones expresas relativas a los deberes de consulta con las autoridades extranjeras y una obligación general de mantener a esas autoridades informadas de los avances en la ejecución de las solicitudes recibidas.

En general, los exámenes mostraron una tendencia hacia la convergencia entre países con distintas tradiciones jurídicas o idiomas o pertenecientes a zonas geográficas diferentes. Cabe destacar que varias jurisdicciones que se regían por el *common law* habían suavizado sus requisitos en materia de prueba en los procedimientos de extradición, al reconocer que la carga de la prueba para los Estados requirentes era excesiva. En un examen se observó que el factor que más tiempo consumía era la preparación de materiales relacionados con el principio de prueba que debía demostrarse. La disposición y disponibilidad crecientes de las partes para facilitar el diálogo entre Estados también quedó de manifiesto con el hecho de que al menos 34 países de habla no inglesa pudieran aceptar oficialmente solicitudes de asistencia judicial recíproca presentadas en inglés (entre otros idiomas). Además, un número considerable de Estados se estaban adhiriendo a tratados concebidos por grupos regionales concretos a los que no pertenecían. El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas es un buen ejemplo de ello, pues 19 de sus partes no son Estados miembros del Consejo.

A pesar de lo anterior, persistieron diferencias importantes, debidas sobre todo, al parecer, a la brecha tecnológica y de recursos entre las partes. Varias dificultades parecieron ser de naturaleza operacional. Pese a que muchos países contaban con una amplia gama de instrumentos normativos y prácticos vigentes para cumplir los requisitos de la Convención relativos a la cooperación para hacer cumplir la ley, así como una extensa experiencia en la utilización de esos instrumentos, las partes cuya estructura policial nacional presentaba puntos débiles se enfrentaron a problemas considerables. La capacidad de algunos países de cooperar a nivel internacional en la esfera del cumplimiento de la ley quedaba limitada por dificultades en la coordinación interinstitucional, así como por falta de recursos humanos y de capacidades tecnológicas e institucionales suficientes. La videoconferencia es un ejemplo característico de instrumento ampliamente reconocido como clave para facilitar la asistencia judicial recíproca, puesto que reduce la carga vinculada al traslado físico de los testigos, pero que varios países aún no utilizaban por falta de conocimientos y equipo tecnológicos. En ese sentido, algunas partes se refirieron a la falta de personal cualificado que empleara técnicas especiales de investigación, especialmente las que entrañaban tecnología compleja de vigilancia, a la escasez de equipo y de recursos para reunir pruebas electrónicas en casos de corrupción, y a la falta de concienciación respecto de las técnicas más avanzadas. De un modo similar, varias otras jurisdicciones no disponían de los modernos sistemas informatizados de gestión de casos que permitían a algunos países racionalizar la tramitación de los procesos de extradición o de asistencia judicial recíproca y, así, reducir considerablemente los tiempos de ejecución.

La reunión de datos y las estadísticas también se citaron como una cuestión transversal en muchos exámenes y como un factor importante para lograr los objetivos de la Convención. Se alentó a los Estados partes a sistematizar la reunión, el procesamiento y la distribución de estadísticas (indicando el lapso transcurrido entre la recepción y la ejecución de las solicitudes de extradición y asistencia judicial recíproca, las razones de la demora o el rechazo, etc.) a fin de evaluar la eficacia de los procedimientos relacionados con la cooperación internacional y brindar bases más sólidas que orientaran las medidas de los encargados de adoptar decisiones. También en ese sentido se mencionó con frecuencia la falta de recursos suficientes como una razón de los precarios registros estadísticos.

Por último, hubo indicios de que el propio Mecanismo de Examen de la Aplicación había desempeñado una función dinámica al propiciar patrones de reforma interna, concretamente en relación con el capítulo IV de la Convención, y al alentar intercambios más frecuentes en asuntos de extradición y asistencia judicial recíproca. Por ejemplo, las autoridades de un país

objeto de examen explicaron que tras el examen de la aplicación de la Convención se había intensificado la cooperación nacional e internacional en materia de transmisión de informes sobre indagaciones e investigaciones, organización de misiones conjuntas y obtención de asistencia por parte de las autoridades de otros países<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup>Pueden consultarse más ejemplos en CAC/COSP/2015/6, párrs. 15 y 16.

## Bibliografía

- Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*. Serie Stolen Asset Recovery (StAR). Washington, D.C.: Banco Mundial, 2012.
- Bassiouni, M. Cherif, ed. *International Criminal Law*, vol. 3, *International Enforcement*, 3a. edición. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Burdescu, Ruxandra, y otros. *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-Offs*. Serie Stolen Asset Recovery (StAR). Washington, D.C.: Banco Mundial, 2009.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2a. edición. Nueva York: Oxford University Press, 2005.
- Greenberg, Theodore S., y otros. *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Serie Stolen Asset Recovery (StAR). Washington, D.C.: Banco Mundial, 2009.
- Muzila, Lindy, y otros. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Serie Stolen Asset Recovery (StAR). Washington, D.C.: Banco Mundial, 2012.
- Naciones Unidas. *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Núm. de venta S.10.V.13 y correcciones.
- Naciones Unidas, Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Evaluación del funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 12 de septiembre de 2014. CAC/COSP/IRG/2014/12.
- \_\_\_\_\_ Aplicación de la resolución 1/7 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 12 de diciembre de 2007. CAC/COSP/2008/7.
- \_\_\_\_\_ Aplicación del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). 15 de abril de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/6.
- \_\_\_\_\_ Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: sinopsis temática de las recomendaciones. 27 de marzo de 2014. CAC/COSP/IRG/2014/10.
- \_\_\_\_\_ Aplicación regional de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 26 de abril de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/5.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica en apoyo de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 17 de agosto de 2011. CAC/COSP/2011/10 y Corr.1.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica en apoyo de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 13 de abril de 2012. CAC/COSP/IRG/2012/3.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica en apoyo de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 21 de marzo de 2013. CAC/COSP/IRG/2013/2 y Corr.1.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica en apoyo de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 10 de abril 2014. CAC/COSP/IRG/2014/2.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica para apoyar la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 25 de agosto de 2015. CAC/COSP/2015/2.
- \_\_\_\_\_ Asistencia técnica para apoyar la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 22 de septiembre de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/11.

- 
- Aspectos más destacados de la asistencia técnica prestada en los últimos dos años en apoyo de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 26 de septiembre de 2013. CAC/COSP/2013/4.
- 
- Buenas prácticas, experiencias y medidas pertinentes adoptadas por los Estados partes después de la finalización del examen de países, incluida información relativa a la asistencia técnica. 20 de septiembre de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/12.
- 
- Competent National Authorities under the United Nations Convention against Corruption. 31 de octubre de 2013. CAC/COSP/2013/CRP.5.
- 
- Elaboración de un conjunto de recomendaciones y conclusiones no vinculantes basadas en las enseñanzas extraídas de la aplicación de los capítulos III y IV de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 31 de marzo de 2017. CAC/COSP/IRG/2017/3.
- 
- Estado de la aplicación de la resolución 5/4 de la Conferencia, titulada “Seguimiento de la declaración de Marrakech sobre la prevención de la corrupción”. 18 de agosto de 2015. CAC/COSP/2015/8.
- 
- Evaluación del funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 26 de agosto de 2015. CAC/COSP/2015/6.
- 
- Evaluación del funcionamiento del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 31 de marzo de 2015. CAC/COSP/IRG/2015/3.
- 
- Evaluación del programa piloto de examen. 3 de enero de 2008. CAC/COSP/2008/9.
- 
- Good practices and lessons learned from implementing the UNCAC Pilot Review Programme. 22 de octubre de 2009. CAC/COSP/2009/CRP.8.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su primer período de sesiones, celebrado en Ammán del 10 al 14 de diciembre de 2006. 27 de diciembre de 2006. CAC/COSP/2006/12.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su segundo período de sesiones, celebrado en Nusa Dua (Indonesia) del 28 de enero al 1 de febrero de 2008. 27 de febrero de 2008. CAC/COSP/2008/15.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su tercer período de sesiones, celebrado en Doha del 9 al 13 de noviembre de 2009. 1 de diciembre de 2009. CAC/COSP/2009/15.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su cuarto período de sesiones, celebrado en Marrakech (Marruecos) del 24 al 28 de octubre de 2011. 11 de noviembre de 2011. CAC/COSP/2011/14.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su quinto período de sesiones, celebrado en la ciudad de Panamá del 25 al 29 de noviembre de 2013. 29 de enero de 2014. CAC/COSP/2013/18.
- 
- Informe de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre su sexto período de sesiones, celebrado en San Petersburgo (Federación de Rusia) del 2 al 6 de noviembre de 2015. 3 de diciembre de 2015. CAC/COSP/2015/10.
- 
- Informe de la reunión de expertos para mejorar la cooperación internacional en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Viena los días 22 y 23 de octubre de 2012. 24 de octubre de 2012. CAC/COSP/EG.1/2012/2.
- 
- Informe de la reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre el Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Viena del 29 al 31 de agosto de 2007. 12 de septiembre de 2007. CAC/COSP/2008/3.
- 
- Informe de la tercera reunión intergubernamental de composición abierta de expertos convocados para mejorar la cooperación internacional en el marco de la Convención de las

- Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Viena los días 9 y 10 de octubre de 2014. 13 de octubre de 2014. CAC/COSP/EG.1/2014/3.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su tercer período de sesiones, celebrada en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2012. 10 de diciembre de 2012. CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su quinto período de sesiones, celebrada en Viena del 13 al 15 de octubre de 2014. 16 de octubre de 2014. CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su sexto período de sesiones, celebrada en San Petersburgo (Federación de Rusia) los días 3 y 4 de noviembre de 2015. 16 de noviembre de 2015. CAC/COSP/IRG/2015/5/Add.1.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la continuación de su séptimo período de sesiones, celebrada en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2016. 28 de noviembre de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/9/Add.1.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre su primer período de sesiones, celebrado en Viena del 28 de junio al 2 de julio de 2010. 22 de julio de 2010. CAC/COSP/IRG/2010/7.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre la labor realizada en su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 27 al 31 de mayo de 2013. 3 de junio de 2013. CAC/COSP/IRG/2013/12.
- \_\_\_\_\_ Informe del Grupo de Examen de la Aplicación sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 24 de junio de 2016. 12 de julio de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/9.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 29 de mayo de 2012. CAC/COSP/IRG/2012/4.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 25 de marzo de 2013. CAC/COSP/IRG/2013/4.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 26 de septiembre de 2013. CAC/COSP/2013/13.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 2 de abril de 2014. CAC/COSP/IRG/2014/4.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 24 de marzo de 2015. CAC/COSP/IRG/2015/2.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 7 de abril de 2016. CAC/COSP/IRG/2016/2.
- \_\_\_\_\_ Informe sobre los progresos realizados en el cumplimiento de los mandatos del Grupo de Examen de la Aplicación. 5 de abril de 2017. CAC/COSP/IRG/2017/2.
- \_\_\_\_\_ Labor del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre el Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 22 de septiembre de 2009. CAC/COSP/2009/2.
- \_\_\_\_\_ Mauritius Communiqué on the Global Conference on Anti-Corruption Reform in Small Island States. 4 de noviembre de 2015. CAC/COSP/2015/CRP.10.
- \_\_\_\_\_ Métodos para el examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 15 de noviembre de 2006. CAC/COSP/2006/5 y Corr.1.
- \_\_\_\_\_ Panorama general del proceso de examen. 12 de septiembre de 2011. CAC/COSP/2011/8.
- \_\_\_\_\_ Parámetros para definir el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 27 de diciembre de 2007. CAC/COSP/2008/10.
- \_\_\_\_\_ Progresos logrados en la aplicación de los mandatos del grupo de expertos en materia de cooperación internacional. 18 de septiembre de 2013. CAC/COSP/EG.1/2013/2.

- \_\_\_\_\_ Progress report on the implementation of the mandates of the Implementation Review Group. 28 de octubre de 2015. CAC/COSP/IRG/2015/CRP.15.
- \_\_\_\_\_ Recomendaciones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre el Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 15 de septiembre de 2009. CAC/COSP/2009/6.
- \_\_\_\_\_ Report of the international expert group meeting on effective management and disposal of seized or frozen and confiscated assets, held in Vienna from 7 to 9 September 2015. 30 de octubre de 2015. CAC/COSP/2015/CRP.6.
- \_\_\_\_\_ Results of the informal consultations on the implementation of the United Nations Convention against Corruption, held in Lisbon from 22 to 24 March 2006 and in Buenos Aires from 30 October to 1 November 2006. 16 de noviembre de 2006. CAC/COSP/2006/CRP.2.
- \_\_\_\_\_ South-South cooperation in the fight against corruption. 28 de octubre de 2009. CAC/COSP/2009/CRP.6.
- \_\_\_\_\_ South-South cooperation in the fight against corruption. 17 de octubre de 2011. CAC/COSP/2011/CRP.2.
- \_\_\_\_\_ Technical Assistance in Support of the Implementation of the United Nations Convention against Corruption. 31 de agosto de 2011. CAC/COSP/IRG/2011/CRP.7.
- \_\_\_\_\_ Traducir el compromiso en resultados: efectos del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 3 de octubre de 2013. CAC/COSP/2013/14.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Viena, 2013.
- \_\_\_\_\_ *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial*. Viena, 2013.
- \_\_\_\_\_ *Guía de recursos para reforzar la integridad y capacidad judiciales*. Viena, 2017.
- \_\_\_\_\_ *Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de los denunciantes*. Viena, 2016.
- \_\_\_\_\_ *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2a. edición. Viena, 2012.
- \_\_\_\_\_ *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Serie de Manuales de Justicia Penal. Viena, 2012.
- \_\_\_\_\_ *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Viena, 2012.
- \_\_\_\_\_ *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada*. Viena, 2008.
- \_\_\_\_\_ *Manual on International Cooperation for the Purposes of Confiscation of Proceeds of Crime*. Viena, 2012.
- \_\_\_\_\_ *Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción—Documentos Base*. Viena, 2011.
- \_\_\_\_\_ Thematic programme: action against corruption, economic fraud and identity-related crime (2012-2015). Viena, 2012.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito e Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*. Viena, 2010.
- Tamesis, Pauline, y Samuel De Jaegere, eds. “Guidance note: UNCAC self-assessments—going beyond the minimum”. Bangkok: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010.







# UNODC

Oficina de las Naciones Unidas  
contra la Droga y el Delito

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria  
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, [www.unodc.org](http://www.unodc.org)