



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



uneri

advancing security, serving justice,
building peace

GUÍA TÉCNICA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN



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

GUÍA TÉCNICA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2010

Agradecimientos

La presente Guía Técnica es el resultado de un proyecto realizado conjuntamente por la *División para asuntos de tratados* de la UNODC, bajo la supervisión del Sr. Dimitri Vlassis, y de la *Justice, Protection and Ethics Unit* (Dependencia de justicia, protección y ética) del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), bajo la supervisión general de la Sra. Angela Patrignani. Para su elaboración se contó con la colaboración de dos reuniones de Grupos de expertos celebradas en Turín, en mayo de 2006, y en Viena, en septiembre del mismo año, así como con la labor adicional de los expertos de la UNODC en Viena.

Por parte del UNICRI aportaran una contribución sustancial al proyecto las siguientes personas:

- Sandro Calvani, Director
- Angela Patrignani, Head of Justice, Protection and Ethics Unit (Jefe, Dependencia de justicia, protección y ética)
- Gioacchino Polimeni, ex Director
- Andrea Rachele Fiore, oficial de programas
- Mehdi Bacha, ex oficial de programas
- Alexis Franke, oficial auxiliar de programas

Por parte de la UNODC, intervinieron en la preparación de la Guía Técnica:

- Dimitri Vlassis, Jefe, Sección de Lucha contra la Corrupción y Delitos Económicos
- Stuart Gilman, Vicedirector, Iniciativa para la recuperación de activos robados (StAR)
- Oliver Stolpe, Jefe, Dependencia de Justicia e Integridad
- Demostenes Chryssikos, Funcionario de prevención del delito y justicia penal, Sección de Lucha contra la Corrupción y Delitos Económicos
- Dorothee Gottwald, Experta asociada, Sección de Lucha contra la Corrupción y Delitos Económicos
- Elsa Gopala-Krishnan, Experta en prevención del delito, Sección de Lucha contra la Corrupción y Delitos Económicos
- Alexandra Souza-Martins, Experta en prevención del delito, División de Operaciones, Dependencia de Justicia e Integridad
- Elaine Byrne
- Patrick McGowan

La UNODC y el UNICRI desean expresar su reconocimiento a los siguientes expertos que contribuyeron a la elaboración de la Guía Técnica:

- Alan Bacarese
- Alan Doig
- Guillermo Jorge
- Michael Kubiciel

Asimismo, se expresa especial agradecimiento al *Departamento de Estado de los Estados Unidos*, a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y a la fundación de la *Cassa di Risparmio di Torino (Fondazione CRT)*, por su generosidad al proporcionar fondos y apoyo para la preparación de esta Guía Técnica.

Índice

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	xvii
MEDIDAS PREVENTIVAS (Capítulo II, artículos 5 a 14)	1
Artículo 5: Políticas y prácticas de prevención de la corrupción	3
I. Sinopsis	3
II. Problemas prácticos y soluciones	3
II.1. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción	4
II.2. Políticas eficaces y coordinadas	4
II.3. Promoción de la participación de la sociedad	5
II.4. Utilización de la Guía	5
II.5. Cooperación internacional	5
III. Elaboración de la estrategia	5
IV. Estructura de la estrategia	7
Artículo 6: Órgano u órganos de prevención de la corrupción	7
I. Sinopsis	8
II. Problemas prácticos y soluciones	8
II.1. Órgano u órganos preventivos	8
II.2. Mandato y atribuciones	9
II.3. Funciones	10
II.4. Independencia y obligación de rendir cuentas	11
II.5. Recursos	12
II.6. Personal especializado y formación	13
Artículo 7: Sector Público	13
I. Sinopsis	14
II. Problemas prácticos y soluciones	14
II.1. Sistemas eficientes, transparentes y objetivos de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos	14
II.2. Procedimientos de selección y formación de los titulares de cargos vulnerables a la corrupción	15

II.3. Remuneración y escala de sueldos adecuadas	16
II.4. Capacitación ética de los funcionarios públicos.	16
II.5. Criterios respecto de las candidaturas y la elección para cargos públicos	17
II.6. Transparencia en la financiación de las campañas electorales y de los partidos políticos	18
II.7. Transparencia y prevención de conflictos de intereses	19
Artículo 8: Códigos de conducta para funcionarios públicos	19
I. Sinopsis.	20
II. Problemas prácticos y soluciones	21
II.1. Promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre los funcionarios públicos.	21
II.2. Normas de comportamiento y códigos de conducta.	22
II.3. Aplicabilidad.	23
III. Denuncia de actos de corrupción por parte de funcionarios públicos.	25
IV. Sistemas de divulgación	26
V. Medidas disciplinarias.	29
Artículo 9: Contratación pública y gestión de la hacienda pública	29
I. Sinopsis.	30
II. Problemas prácticos y soluciones	32
II.1. Contratación pública.	32
II.1.1. Principios	32
II.1.2. Medidas para promover la transparencia	32
II.1.3. Reglas de licitación y proceso de examen	35
II.1.4. Personal encargado de la contratación pública	36
II.2. Finanzas públicas	38
II.2.1. Gestión de las finanzas públicas	38
II.2.2. Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional.	39
II.2.3. Información oportuna sobre ingresos y gastos.	40
II.2.4. Contabilidad, auditoría y supervisión.	41
II.2.5. Sistemas de control interno y gestión de riesgos.	43

II.2.6. Medidas para preservar la integridad de la documentación pertinente	45
Artículo 10: Información pública	45
I. Sinopsis	46
II. Problemas prácticos y soluciones	47
II.1. Medidas para fomentar la transparencia en la administración pública	47
II.2. Acceso a información relativa a la administración pública	48
II.3. Acceso a las autoridades que adoptan decisiones mediante procedimientos administrativos simplificados	49
II.4. Presentación periódica de informes, incluidos los riesgos de corrupción	49
Artículo 11: Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público ...	50
I. Sinopsis	50
II. Problemas prácticos y soluciones	51
II.1. Medidas para reforzar la integridad de los jueces	51
II.2. Medidas para prevenir las posibilidades de corrupción en el poder judicial	53
II.3. Códigos y normas	54
II.4. Medidas para reforzar la integridad de los fiscales	56
II.5. Medidas para prevenir la corrupción en el ministerio público	56
II.6. Códigos y normas de conducta para los fiscales	56
Artículo 12: Sector privado	58
I. Sinopsis	59
II. Problemas prácticos y soluciones	60
II.1. Medidas para prevenir la corrupción en el sector privado	60
II.2. Medidas para promover las normas de contabilidad y auditoría	60
II.3. Sanciones civiles, administrativas y penales para el sector privado	61
II.4. Medidas para promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el sector privado	61

II.5. Normas y procedimientos para salvaguardar la integridad del sector privado	62
II.6. La transparencia en el establecimiento y la gestión de empresas	62
II.7. Prevención de la utilización indebida de los procedimientos que regulan las entidades privadas	63
II.8. Restricciones posteriores al empleo de funcionarios públicos en el sector privado	63
II.9. Procedimientos de auditoría interna y certificación	64
II.10. Mantenimiento de libros, registros, divulgación de los estados financieros y normas de contabilidad y auditoría	64
II.11. Denegación de la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno y de otros conexos	65
Artículo 13: Participación de la sociedad	65
I. Sinopsis	66
II. Problemas prácticos y soluciones	66
II.1. Promoción de la participación de la sociedad en la prevención de la corrupción	66
II.2. Sensibilizar a la opinión pública con respecto a la corrupción	66
II.3. Promoción de la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones	67
II.4. Información y educación públicas	67
II.5. Libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción y restricciones correspondientes	67
II.6. Sensibilización del público acerca de los órganos de lucha contra la corrupción	68
II.7. Acceso del público a la información	68
II.8. Denuncias (anónimas) de corrupción	68
Artículo 14: Medidas para prevenir el blanqueo de dinero	69
I. Sinopsis	70
II. Problemas y soluciones	70
II.1. Elección del marco institucional más pertinente para la lucha contra el blanqueo de dinero	70
II.2. ¿Quién debe ser objeto de obligaciones preventivas?	73

II.3. ¿Qué requisitos mínimos deben imponerse a las instituciones o actividades reglamentadas?	74
II.4. Promoción de las denuncias	75
II.5. Intercambio de información financiera	76
II.6. Movimiento transfronterizo de efectivo y títulos negociables	79
II.7. Transferencias de fondos	81
II.8. Aplicación	82
PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY (Capítulo III, artículos 15 a 42)	85
Artículo 30: Proceso, fallo y sanciones	87
I. Sinopsis	88
II. Problemas y soluciones	89
II.1. Sanciones que tienen en cuenta la gravedad del delito	89
II.2. Inmunities o privilegios jurisdiccionales	91
II.3. Facultades legales discrecionales	93
II.4. Decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación	94
II.5. Libertad anticipada o condicional	95
II.6. Destitución, suspensión o reasignación	95
II.7. Inhabilitación	96
II.8. Reinserción	96
Artículo 31: Embargo preventivo, incautación y decomiso	97
I. Sinopsis	98
II. Tipos de decomiso	99
III. Modelos de decomiso	100
IV. Definición del producto del delito a efectos del decomiso	101
V. Medidas preliminares con miras a un eventual decomiso	103
VI. Inversión o desplazamiento de la carga de la prueba	105
VII. Protección de terceros de buena fe	106

Artículo 32: Protección de testigos, peritos y víctimas.	107
I. Sinopsis.	107
II. Problemas prácticos y soluciones.	108
II.1. Testigos y peritos, familiares y otras personas cercanas	109
II.2. Protección eficaz	109
III. Acuerdos o arreglos con otros Estados	111
IV. Víctimas	111
Artículo 33: Protección de los denunciantes	111
I. Sinopsis.	112
II. Problemas prácticos y soluciones.	112
II.1. El marco normativo	112
II.2. Participación de funcionarios públicos	112
II.3. Participación de la ciudadanía.	113
II.4. Ante quién presentar la denuncia	113
II.5. Criterios para la presentación de denuncias	114
II.6. Protección de los denunciantes.	115
Artículo 34: Consecuencias de los actos de corrupción	116
I. Sinopsis.	116
II. Problemas prácticos y soluciones.	116
II.1. Tipos de medidas	117
II.2. Prioridad a la prevención.	117
II.3. Garantizar que las medidas se ajusten al derecho interno	118
Artículo 36: Autoridades especializadas.	121
I. Introducción	121
II. Problemas y soluciones	121
II.1. El tipo de autoridad especializada	122
II.2. El valor añadido y la función de las autoridades especializadas	123
II.3. Independencia y recursos.	124

Artículo 37: Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley	126
I. Sinopsis	126
II. Problemas prácticos y soluciones.	127
II.1. Información pertinente.	127
II.2. Mitigación de la pena.	128
II.3. Inmunidad	129
II.4. Acuerdos o arreglos entre los Estados parte	130
Artículo 38: Cooperación entre organismos nacionales	131
I. Sinopsis	131
II. Problemas prácticos y soluciones.	131
Artículo 39: Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado.	132
I. Sinopsis	132
II. Problemas y soluciones	133
Artículo 40: Secreto bancario	133
I. Sinopsis	133
II. Problemas y soluciones	134
II.1. ¿Quién tiene autoridad para acceder a la información bancaria confidencial, en qué circunstancias y con qué fines?	134
II.2. ¿Qué procedimiento se requiere para levantar el secreto bancario?	136
II.3. Divulgación de información de forma automática o mediante solicitud previa	136
II.4. Uso de bases de datos centralizadas	137
II.5. El contenido de una solicitud	138
II.6. Aplicación de los principios preventivos “conozca a su cliente y conozca a su beneficiario final”	138
II.7. El secreto bancario y los profesionales	139
Artículo 41: Antecedentes penales	139
I. Sinopsis	139
II. Problemas prácticos y soluciones.	140

Artículo 42: Jurisdicción	141
I. Sinopsis	142
II. Problemas prácticos y soluciones	142
II.1. El delito se comete en el territorio del Estado parte	144
II.2. El delito se comete contra uno de los nacionales del Estado parte	144
II.3. El delito es cometido por uno de los nacionales del Estado parte o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio	145
II.4. Jurisdicción respecto de los delitos cometidos como preparación para el blanqueo de capitales	146
II.5. El delito se comete contra el Estado parte	146
II.6. Establecimiento de la jurisdicción penal sobre la base del principio “aut dedere aut judicare”	147
COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Capítulo IV, Artículos 43 a 50) ...	149
Artículo 43: Cooperación internacional	151
I. Sinopsis	151
II. Problemas y soluciones	152
II.1. La cuestión específica de la determinación de la doble incriminación	153
II.2. La participación de una autoridad central u otra autoridad competente	154
II.3. Marcos de cooperación	155
II.4. Medios de garantizar los recursos y abordar los problemas prácticos en el ámbito de la cooperación internacional en asuntos penales	156
II.5. Creación de capacidad	157
III. Lista de control	158
Artículo 44: Extradición	159
I. Sinopsis	161
II. Problemas y soluciones	162
II.1. Examen de dificultades que se plantean	162
II.2. Contextos cambiantes	162

II.3. Establecimiento del marco jurídico para la extradición	163
II.4. Procedimientos de mejora	164
III. Lista de control	167
Artículo 45: Traslado de personas condenadas a cumplir una pena	167
I. Sinopsis	168
II. Problemas y soluciones	168
II.1. El marco jurídico	168
II.2. Condiciones para el traslado de delincuentes	169
II.3. Traslados y condenas	170
II.4. Información	170
III. Lista de control	171
Artículo 46: Asistencia judicial recíproca	171
I. Sinopsis	177
II. Problemas y soluciones	180
II.1. Tratamiento de las cuestiones actuales	180
II.2. Respuesta a los retos: el alcance amplio del artículo 46	182
II.3. Inclusión en otras convenciones pertinentes	183
II.4. Nuevos avances	184
II.5. Nuevos mecanismos facilitadores	185
III. Lista de control	186
Artículo 47: Remisión de actuaciones penales	186
I. Sinopsis	187
II. Problemas y soluciones	188
II.1. Criterios políticos respecto de decisiones sobre remisión	188
II.2. Criterios prácticos para adoptar decisiones en materia de remisión	189
III. Lista de control	190
Artículo 48: Cooperación en materia de cumplimiento de la ley	190
I. Sinopsis	191
II. Problemas y soluciones	192
II.1. Cuestiones que deben abordarse	192

II.2. Esferas de cooperación	193
II.3. Medios de cooperación	194
III. Lista de control	195
Artículo 49: Investigaciones conjuntas	195
I. Sinopsis	195
II. Problemas y soluciones	195
II.1. Cuestiones operacionales	195
II.2. Elaboración de un marco	196
II.3. Planificación de las actuaciones conjuntas	197
III. Lista de control	198
Artículo 50: Técnicas especiales de investigación	198
I. Sinopsis	199
II. Problemas y soluciones	200
II.1. Salvaguardias	200
II.2. Recursos/Competencia tecnológica	200
II.3. Admisibilidad de las pruebas	200
II.4. Técnicas	201
II.4.1. Vigilancia técnica: interceptación telefónica y ocultación de micrófonos	201
II.4.2. Vigilancia y observación físicas	201
II.4.3. Operaciones encubiertas y recurso a las operaciones “trampa”	201
II.4.4. Informadores	202
II.4.5. Pruebas de integridad	202
II.4.6. Supervisión de transacciones financieras	202
II.5. Convenciones pertinentes	203
III. Lista de control	203
RESTITUCIÓN DE ACTIVOS (Artículos 51 a 59 del Capítulo V)	205
Artículo 51: Disposiciones generales	207

Artículo 52: Prevención y detección de transferencias del producto del delito.....	207
I. Sinopsis.....	209
II. Problemas prácticos y soluciones.....	210
II.1. Verificación de la identidad del cliente.....	210
II.2. Identificación de los beneficiarios finales de cuentas de valor elevado.....	211
II.3. Intensificación del escrutinio de cuentas cuyos titulares sean “personas políticamente expuestas”.....	213
II.4. Directrices sobre la intensificación del escrutinio de instituciones financieras internas.....	214
II.5. Mantenimiento de registros.....	215
II.6. Prevención del establecimiento de bancos ficticios y sus relaciones corresponsales.....	215
II.7. Sistemas de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes.....	217
II.8. Funcionarios públicos y cuentas en países extranjeros.....	219
Artículo 53: Medidas para la recuperación directa de bienes.....	220
I. Sinopsis.....	220
II. Problemas prácticos y soluciones.....	220
II.1. Garantía de capacidad jurídica.....	220
II.2. Indemnización por daños y perjuicios derivados de los delitos de corrupción.....	221
II.3. Reconocimiento de la propiedad en un procedimiento de decomiso extranjero.....	223
Artículo 54: Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso.....	223
I. Sinopsis.....	224
II. Problemas prácticos y soluciones.....	224
II.1. Ejecución de una orden de decomiso extranjera.....	224
II.2. Decomiso del producto de corrupción extranjera basada en el blanqueo de dinero o delitos conexos.....	225
II.3. Decomiso sin que medie condena penal.....	226
II.4. Medidas cautelares para el eventual decomiso de bienes.....	226

Artículo 56: cooperación especial	229
I. Sinopsis	229
II. Problemas prácticos y soluciones.	229
Artículo 58: Dependencia de inteligencia financiera	233
I. Sinopsis	233
II. Problemas prácticos y soluciones.	233
II.1. Funciones de las dependencias de inteligencia financiera	233
II.2. Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias administrativas	235
II.3. Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias encargadas de hacer cumplir la ley.	236
II.4. Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias judiciales o fiscales	237
II.5. Modelos de dependencias de inteligencia financiera: dependencias de tipo híbrido.	238
Artículo 59: Acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales	238
I. Sinopsis	238
II. Problemas prácticos y soluciones.	218

INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es el primer instrumento jurídicamente vinculante de lucha contra la corrupción. Fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Muestra notable del compromiso y la determinación de la comunidad internacional, la Convención cuenta a la fecha 122 Estados parte. Sus objetivos son promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar a tal fin la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y promover la integridad, la rendición de cuentas y la buena gestión de los asuntos y bienes públicos. La Convención exige la tipificación de una serie de delitos relacionados con la corrupción y consagra un capítulo especial a su prevención. Asigna, además, particular importancia al fortalecimiento de la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción y, avance fundamental, prevé disposiciones innovadoras y de gran alcance en materia de recuperación de activos, asistencia técnica y aplicación.

La presente Guía Técnica, resultado de un proyecto realizado conjuntamente por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), tiene por objeto promover la aplicación de la Convención por los Estados parte. A efectos de elaborarla se celebraron dos reuniones de un grupo internacional de expertos, una en Turín, en mayo de 2006, y la otra en Viena, en septiembre de ese mismo año. Para la versión definitiva se consideraron detenidamente las observaciones, enmiendas y sugerencias obtenidas gracias a las amplias consultas celebradas.

Tras la publicación de la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención, en 2006, la presente Guía Técnica se centra fundamentalmente en ofrecer a los profesionales y las autoridades correspondientes asesoramiento técnico, instrumentos y ejemplos pertinentes de buenas prácticas con miras a la aplicación de los diferentes artículos. Las dos Guías se complementan. La Guía Legislativa está dirigida principalmente a legisladores y encargados de formular políticas de los Estados que se preparan para ratificar y aplicar la Convención. La Guía Técnica se centra no tanto en los cambios necesarios para integrar la Convención en la legislación de los Estados, sino en poner de relieve las cuestiones de política, los aspectos institucionales y los marcos operacionales relativos a la aplicación plena y efectiva de las disposiciones de la Convención.

En vista de esta complementariedad, la Guía Técnica debe considerarse juntamente con la Legislativa, razón por la cual remite reiteradamente a esta (especialmente relación con las disposiciones en materia de penalización que figuran en el Capítulo III y a algunas de las que trata el Capítulo V). En todo caso, deben utilizarse conjuntamente como componentes de un conjunto global de instrumentos tendientes a promover los conocimientos y la capacidad de los interesados, en particular de los funcionarios de los organismos de lucha contra

la corrupción, así como de las instituciones de la justicia penal y de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, en relación con aspectos concretos de la aplicación de la Convención.

La consideración y utilización conjuntas de las dos Guías reporta grandes ventajas para los Estados parte y para la Secretaría. Por un lado, las autoridades nacionales que tengan que adquirir una comprensión plena de las disposiciones de la Convención se beneficiarán del marco consultivo que brindan las dos Guías. Por otro, la Secretaría puede utilizarlas como base para actividades de asistencia técnica más amplias que abarquen una mayor gama de problemas normativos e institucionales que es preciso abordar para aplicar plenamente la Convención.

El propósito de la presente Guía es exponer diversas opciones y consideraciones normativas que los Estados parte deban o deseen tener en cuenta en sus esfuerzos por aplicar la Convención. Así pues, la Guía solo aspira a plantear y destacar determinadas cuestiones atinentes a tal aplicación y en modo alguno ha de considerarse como material de asesoramiento completo y exhaustivo para los funcionarios nacionales encargados de la formulación de políticas, especialmente en vista de los diferentes ordenamientos y tradiciones jurídicas y de los diversos niveles de capacidad institucional de los Estados parte.

Visto que los cuatro pilares de la Convención (prevención, penalización y represión, cooperación internacional y recuperación de activos) son elementos constitutivos de una estrategia global y multidisciplinaria de lucha contra la corrupción, en la Guía se sigue una estructura análoga y sus secciones corresponden a los diferentes capítulos de la Convención.

La amplitud y el gran alcance de las disposiciones de la Convención exigirán, sin duda, instrumentos mucho más detallados. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, como depositario de la Convención y Secretaría de la Conferencia de los Estados parte, junto con el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, como principal institución de las Naciones Unidas en materia de investigación aplicada y prevención del delito, están decididos a seguir elaborando una serie completa de instrumentos de esta índole en colaboración con una amplia variedad de asociados.

MEDIDAS PREVENTIVAS
(Capítulo II, artículos 5 a 14)

Artículo 5: Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

- 1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.*
- 2. Cada Estado parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.*
- 3. Cada Estado parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.*
- 4. Los Estados parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.*

I. Sinopsis

En virtud del artículo 5 cada Estado parte debe establecer el contexto y el marco generales para prevenir la corrupción, tal y como exige la Convención, elaborando y aplicando una estrategia global de lucha contra la corrupción. Ello se logrará mediante la promoción de los principios del estado de derecho, la buena gestión de los bienes y los asuntos públicos, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas.

Además, se pide a cada Estado parte que procure examinar las disposiciones institucionales, jurídicas y de procedimiento pertinentes a fin de fortalecer una estrategia coherente y coordinada de lucha contra la corrupción. Al hacerlo, es conveniente que participe en la planificación y puesta en práctica de la estrategia una amplia variedad de interesados, incluidas las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado. Cada Estado parte debe colaborar con los demás a efectos de intercambiar buenas prácticas y elaborar disposiciones regionales e internacionales que faciliten la cooperación y el apoyo recíproco.

II. Problemas prácticos y soluciones

Este artículo tiene por finalidad abarcar los aspectos generales de las medidas para prevenir la corrupción. Es el primero de un capítulo dedicado a una amplia gama de cuestiones, como la debida gestión de los asuntos públicos (artículo 9), la transparencia en el sector público (artículo 10), la prevención de

la corrupción en el sector privado (artículo 12) y la participación de la sociedad (artículo 13). Los Estados parte deben elaborar la estrategia partiendo de una evaluación de los riesgos basada en información o datos estadísticos pertinentes. Entre la información útil pueden figurar los informes de auditoría de entidades públicas que indiquen una utilización corrupta de los fondos públicos o revelen deficiencias en los procedimientos de control o contabilidad. Resultarán pertinentes, asimismo, otros datos estadísticos relacionados con la situación imperante en el Estado. Debe encargarse asimismo una investigación especial para determinar las causas, las tendencias y los puntos vulnerables. La información y los datos deben servir de base para una evaluación de los riesgos o la vulnerabilidad que establezca las tendencias, las causas, los tipos, la incidencia y la gravedad o los efectos de la corrupción. Esto ayudará a conocer mejor las actividades y sectores expuestos a ella, y a sentar las bases para elaborar una estrategia preventiva apuntalada por políticas y prácticas pertinentes para una mejor prevención y detección de la corrupción.

II.1 Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

Es posible que muchos países insistan en las medidas de control en esferas como la legislación, la investigación y el enjuiciamiento. Este enfoque es solo una parte de una política eficaz de lucha contra la corrupción: además, resulta oneroso y se centra en las fallas de las normas y los procedimientos y en el uso indebido de fondos públicos. Es preciso dar la importancia necesaria a la prevención, ya que no solo salvaguarda la integridad del gobierno y del sistema político, a la vez que garantiza la aplicación de las normas y los procedimientos y la correcta utilización de los fondos, sino que tiene un efecto benéfico adicional al fomentar la confianza pública y en lo relativo a la gestión de la conducta de los funcionarios públicos.

II.2 Políticas eficaces y coordinadas

En la Convención se aborda la prevención partiendo de la necesidad de un marco coherente que pase de los principios generales a unas estrategias, planes de acción y procedimientos claros y realistas, así como a una vigilancia periódica de las medidas para aplicar la correspondiente estrategia. Ello requiere un enfoque global y coordinado, que vaya desde la recogida y el cotejo sistemático de información cuantitativa y cualitativa acerca de la situación fundamental del país hasta una estrategia en que se fijen metas generales que se conviertan luego en objetivos y planes de acción a fin de poder cotejarlos con los resultados obtenidos e introducir ajustes en las políticas y su ejecución. El proceso de elaboración, aprobación, aplicación y control, y la evaluación de la estrategia debe ser planificado, dirigido y coordinado entre todos los interesados pertinentes (sectores público y privado, sociedad civil) y debe abarcar la totalidad de los sectores o esferas en que pueda darse la corrupción.

II.3 Promoción de la participación de la sociedad

Una estrategia eficaz debe incluir medios para sensibilizar a la población acerca de los efectos y peligros de la corrupción. Es preciso lograr que la sociedad apoye decididamente la estrategia y su desarrollo y ulterior aplicación, para lo cual debe participar activamente desde el principio. Por ello la política debe prever modos concretos de incluir a representantes de la sociedad en todos los procesos de su elaboración, formulación, desarrollo, aprobación, aplicación y examen (cuestiones que se tratan en el artículo 13), como también los medios para evaluar los progresos.

II.4 Utilización de la Guía

El artículo 5 establece como marco para la aplicación de las medidas preventivas previstas en la Convención la promoción de un enfoque estratégico global. Ello refleja el consenso entre los responsables de la formulación de políticas y los de su ejecución en el sentido de que, para prevenir y combatir la corrupción, es fundamental que se tomen todas las medidas necesarias, especialmente en vista del carácter polifacético del fenómeno. Los distintos componentes de esta estrategia se describen en el Capítulo II. No obstante, se invita a los responsables de la formulación de políticas a que se aseguren de que comprenden cabalmente el carácter holístico de la Convención y planifiquen las estrategias de modo que sus componentes reflejen todas sus disposiciones.

II.5 Cooperación internacional

Los Estados parte deben tener presente la necesidad de luchar por mejorar las actividades prácticas de prevención de la corrupción -las descritas en la propia estrategia y en los diversos programas y planes de acción- y de dotarse de medios para determinar lo que da resultados y por qué razón. Las medidas que resulten eficaces deben desarrollarse aún más, comunicarse a todos los interesados y utilizarse de forma más generalizada. Los Estados parte deben elaborar y poner en práctica medios para establecer, adquirir, analizar, divulgar y adaptar las buenas prácticas a todos los niveles.

III. Elaboración de la estrategia

En general, los funcionarios públicos encargados de la adopción de decisiones deberán determinar las cuestiones fundamentales siguientes:

- quién será el principal encargado de elaborar la estrategia;
- si es necesario mancomunar esfuerzos con otras partes para garantizar la participación de una amplia gama de entidades públicas y no públicas o si basta con entablar consultas;
- quién se encargará de aplicar o controlar la estrategia;

- cómo se evaluarán los resultados; y
- cómo deberá reexaminarse y revisarse la estrategia, según sea el caso.

La responsabilidad fundamental por la elaboración de una estrategia de lucha contra la corrupción recae en el Gobierno, y esa tarea debe gozar de máximo apoyo. Además, este apoyo debe darse a conocer en término inequívocos, tanto dentro del Gobierno como entre la ciudadanía, mediante un mandato claro y concreto a la entidad o entidades o a la persona o personas encargadas de la tarea. Al dar el mandato también debe delegarse la autoridad necesaria y asignar los recursos que se requieran para su cumplimiento. El proceso de elaboración debe ser consultivo e incluyente. La participación de la sociedad civil y del sector privado contribuiría a enriquecer el contenido y a acrecentar la aceptabilidad de la estrategia. Su elaboración debe tener como punto de partida la reunión, el cotejo y el análisis de la información sobre los casos de corrupción que se produzcan y sus causas.

En la estrategia deben fijarse objetivos y plazos claros y realizables, como también el orden en que deben alcanzarse. Los objetivos deben hacerse públicos, garantizando una transparencia general y ayudando a movilizar el apoyo del público. Es preciso un proceso que permita reexaminar y revisar la estrategia con arreglo a un calendario preestablecido y público, a fin de contribuir a la planificación de las medidas futuras y a la evaluación de las concluidas o en curso.

La estrategia debe reflejar un enfoque general que incluya las necesidades y perspectivas de los organismos públicos y tenga plenamente en cuenta sus características específicas, así como las opiniones y necesidades del sector privado y de la sociedad civil. De este modo podrá transformarse en un marco práctico, priorizado y mensurable que las instituciones participantes consideren que les es propio y que pueda ser objeto de seguimiento, examen y revisión.

La aplicación y el control de la estrategia sería responsabilidad del organismo o los organismos previstos a tal fin en el artículo 6. Las cuestiones atinentes al respectivo mandato de esos organismos se analizarán en el capítulo correspondiente, pero es importante señalar aquí que la amplitud del mandato deberá tenerse en cuenta a la hora de decidir quién se hará cargo de la aplicación de la estrategia. Esta tiene por finalidad brindar una orientación general, que debe conducir a la elaboración y aplicación de planes de acción específicos por parte de diferentes sectores e instituciones para lograr que la conozcan todas las entidades públicas. En los planes de acción debe asegurarse que la estrategia no sea una mera declaración de intenciones. Para ser verosímiles, esos planes deben ser coordinados y prever objetivos definidos y mensurables. Debe lograrse que se apliquen y se evalúen y adapten periódicamente. Una forma decisiva de combatir la corrupción es la existencia de medios eficaces y constantes de seguimiento, examen y revisión. Será preciso organizarlos y coordinarlos institucionalmente. Por ello es indispensable encargar la estrategia de prevención a un órgano independiente establecido a tal fin.

IV. Estructura de la estrategia

Una vez emprendida la evaluación como se ha propuesto en el apartado II, la estrategia pasará por varias etapas. La primera es la fase de la concepción, en que se establecen sus prioridades, se estima la duración de la estrategia y se determinan los recursos necesarios para aplicarla. La evaluación debe abarcar todos los sectores de la administración pública y, de ser necesario, el sector privado, a fin de que no se omita ningún aspecto. La estrategia así formulada será el punto de referencia para evaluar los avances que se realicen. Luego vendrá una fase de elaboración, cuyo fin será fijar objetivos claros y razonables para la estrategia y cada uno de sus elementos, así como indicadores mensurables de realización de esos objetivos.

La etapa de aplicación consistirá en sensibilizar a los principales interesados clave y a la ciudadanía acerca de la verdadera naturaleza, del alcance y del impacto de la corrupción. Ello ayudará a promover la comprensión de la estrategia y a obtener apoyo para las medidas de lucha contra la corrupción por parte del sector privado y de la sociedad civil/ONG, así como a alentar a los distintos sectores de la población a que esperen y exijan la máxima integridad y eficacia de la administración pública y a darles la posibilidad efectiva de hacerlo. Vendrá por último la fase de seguimiento, durante la cual se evaluarán los progresos, se informará periódicamente acerca de la aplicación de los elementos estratégicos y sus efectos en la corrupción, y se contribuirá a determinar la manera de adaptar elementos/prioridades en función de los éxitos y los fracasos.

Artículo 6: Órgano u órganos de prevención de la corrupción

1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;

b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

3. Cada Estado parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

I. Sinopsis

El artículo 6 requiere que las instituciones se centren en la estrategia de prevención de la corrupción establecida en el artículo 5. La Convención no prescribe si la responsabilidad correspondiente debe recaer en un único órgano o en varios. Al considerar la aplicación de este artículo, es preciso prestar igualmente atención al artículo 36, que prevé la necesidad de establecer un órgano de investigación especializado en la lucha contra la corrupción. El principal propósito del órgano o de los órganos previstos en el artículo 6 es la aplicación de las políticas preventivas a que se refiere en el artículo 5.

No existe un modelo universalmente aceptado, pero los Estados parte pueden considerar una serie de características estructurales que se han considerado útiles para propiciar la eficacia de este tipo de órganos.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Órgano u órganos preventivos

A fin de garantizar la aplicación de la estrategia y de las políticas formuladas de conformidad con el artículo 5, el órgano o los órganos deben considerar: la manera de concebir un criterio equitativo y coherente que se aplique a los distintos sectores; el contexto legislativo necesario para que el órgano o los órganos estén facultados para actuar con igual autoridad en todos los sectores; los medios para una aplicación coordinada de las políticas y la adopción de las medidas necesarias, entre las cuales pueden contarse indagaciones, investigaciones y exámenes; medidas para garantizar la transparencia, la probidad y la imparcialidad de los nombramientos de personal y la seguridad de éste en el cargo; la independencia operacional para que el órgano pueda cumplir eficazmente su mandato; y los arreglos presupuestarios y de presentación de informes apropiados.

Al considerar el marco institucional, tal vez los Estados parte deseen considerar la posibilidad de utilizar un órgano u órganos ya existentes otorgándoles, de ser preciso, más responsabilidad, o de crear uno nuevo. Habrá dificultades que resolver en cada caso, pero convendría sopesar el valor añadido que aportaría crear un órgano nuevo, comparándolo con la labor de los que ya existen. También habría que considerar el impacto que tendría un órgano nuevo en el mandato y los resultados de los ya existentes. En otras palabras, antes de optar por establecer nuevos órganos deben considerarse cuidadosamente las funciones de los existentes.

Entre los factores que aconsejarían la creación de un órgano nuevo figuran los siguientes:

- su creación significaría un nuevo comienzo y sería prueba de una nueva determinación;
- es posible que los órganos existentes hayan perdido credibilidad y que la inercia generada por prácticas fallidas resulte difícil de cambiar;
- es posible que los órganos existentes no dispongan de personal con las aptitudes necesarias para el nuevo mandato;
- pueden concederse al nuevo órgano nuevas facultades acordes con las circunstancias imperantes.
- En cambio los factores que siguen propician la utilización de órganos existentes:
- ya disponen de locales, personal capacitado, facultades jurídicas, procedimientos internos, etc., que un órgano nuevo tendría que crear a partir de cero, con el peligro de perder impulso;
- es posible que gocen de gran credibilidad y que baste con modificar sus atribuciones y/o mandatos para que sean más eficaces;
- la creación de un órgano nuevo plantea el dilema de mantener o disolver los existentes; mantenerlos crea tensiones y abre la posibilidad de conflictos, mientras que su abolición tropezará inevitablemente con la resistencia de quienes tengan en ellos intereses creados.

II.2 Mandato y atribuciones

El órgano o los órganos tendrán por misión planificar, mantener, examinar y controlar la aplicación de políticas de lucha contra la corrupción eficaces y coordinadas en el marco de la estrategia elaborada de conformidad con el artículo 5. Esta podría asignar responsabilidades entre el sector público, el privado, el voluntario o de las ONG, y la sociedad civil.

En el marco de la estrategia, el órgano o los órganos deben velar por establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción. Correspondería evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

La experiencia demuestra que los órganos de lucha contra la corrupción tienen mandatos diversos. Se trata de una elección que la Convención deja a los Estados, consciente de que tales órganos deben ajustarse a los respectivos sistemas (administrativo y jurídico) y a las circunstancias particulares de cada país. Así pues, hay órganos que solo se encargan de la prevención y otros cuyas atribuciones van de la prevención a la investigación y el enjuiciamiento.

Cualquiera que sea la amplitud de su mandato, el órgano o los órganos deberán tener la autoridad legislativa formal necesaria para desempeñar sus funciones. Algunos de los elementos de ese marco legislativo podrían ser los siguientes:

- dar al órgano o a los órganos la autoridad legal para elaborar las políticas y decidir las prácticas previstas en la Convención;
- permitirles publicar guías y elaborar códigos de conducta;
- permitirles hacer recomendaciones en materia de la legislación futura y disponer que se los consulte antes de que se apruebe toda disposición legislativa nueva ;
- en caso de que tengan facultades investigativas, permitirles hacer investigaciones por propia iniciativa¹, sin exigir autorización legislativa previa;
- concederles facultades para que puedan exigir documentación, información, testimonios y demás elementos de prueba;
- velar por que puedan intercambiar información con los órganos nacionales e internacionales pertinentes que participen en la lucha contra la corrupción, incluidos, según proceda, los correspondientes organismos encargados de hacer cumplir la ley;
- velar por que tengan independencia necesaria para cumplir sus funciones;
- garantizar la protección de su personal contra procedimientos civiles cuando desempeñen sus funciones de buena fe;
- establecer niveles adecuados de rendición de cuentas y presentación de informes;
- asegurarse de que están bien dirigidos; y
- garantizarles un nivel de recursos adecuado.

II.3 Funciones

Conforme a un marco legislativo apropiado, el órgano o los órganos estarían capacitados para desempeñar funciones que, según las características y el alcance de su mandato, incluirían: exigir que las instituciones del sector público elaboren planes de acción concretos y orientar/examinar su aplicación; evaluar o inspeccionar las instituciones; recibir y examinar reclamaciones de la ciudadanía; recibir los informes de auditoría, investigación o parlamentarios de los órganos encargados de investigar la corrupción; investigar la legislación y los procedimientos administrativos; realizar encuestas de opinión y explotar otras fuentes de información; y recoger pruebas y realizar audiencias para evaluar periódicamente la marcha de los planes de lucha contra la corrupción. Por último, esos órganos deben poder contraer acuerdos para facilitar su colaboración con otros organismos y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas

¹ Esto es importante tanto para los órganos de investigación como para los que se ocupan de la prevención. Los primeros pueden iniciar una causa y los segundos utilizar esta información para revisar o formular políticas.

mencionadas en el artículo y participarán en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

El órgano o los órganos deben cooperar con las instituciones del sector público para difundir información sobre las medidas de lucha contra la corrupción a las entidades pertinentes y al público en general, así como las ONG y las instituciones docentes, a fin de promover la labor preventiva y de incluir la sensibilización respecto de la corrupción en los programas escolares y universitarios. El órgano o los órganos deben tener autoridad para publicar sus propios informes. Deben considerar, asimismo, la posibilidad de publicar guías y de distribuir las lo más ampliamente posible.

Cuando su cometido fundamental son las políticas y prácticas de prevención, el órgano u órganos deben velar por adoptar medidas adecuadas para coordinar su labor con la de otros organismos, entre ellas las relativas al tratamiento de las diferentes denuncias (especialmente para no comprometer las diligencias de los organismos de represión ni los eventuales enjuiciamientos), establecer perspectivas estratégicas a largo plazo y lograr un equilibrio entre el consenso y una sólida independencia.

II.4 Independencia y obligación de rendir cuentas

El marco legislativo debe garantizar la independencia operacional del órgano o de los órganos de modo que puedan establecer su propio programa de trabajo y la manera de desempeñar las funciones que les hayan encargados. En lo relativo a la independencia, habría que considerar las siguientes cuestiones: las normas y procedimientos que rigen los nombramientos, las condiciones de ocupación del cargo y la destitución del director y otros funcionarios superiores; la composición del órgano y/o de la junta supervisora; recursos financieros adecuados y remuneración del personal; un presupuesto apropiado; procedimientos idóneos de contratación, nombramiento/elección, evaluación y promoción; la presentación de informes periódicos a otro órgano público, como la legislatura; unos canales formales para que haya cooperación e intercambio de información con otras entidades; disposiciones para determinar la participación de la sociedad civil y de los medios de comunicación. El órgano y su personal deben estar protegidos contra los procedimientos judiciales civiles por actos realizados en el desempeño de su mandato, siempre que se hayan llevado a cabo bajo la autoridad del órgano y de buena fe (aunque, como se indica más abajo, tal protección no debe impedir un debido examen judicial).

Los medios de garantizar la independencia y la obligación de rendir cuentas deben estar legislados y no obedecer a decretos ejecutivos (mediante los cuales es fácil crear un órgano pero también disolverlo). La creación por ley o, como demuestra la experiencia, garantías constitucionales de independencia hacen más probable que el órgano o los órganos tengan facultades suficientes para promover políticas eficaces, asegurar su aplicación, y dan una sensación de estabilidad. El órgano o los órganos deben estar autorizados para determinar si sus recomendaciones se han puesto práctica y de qué manera, y para formar y mantener un personal que tenga los conocimientos

necesarios de lucha contra la corrupción. Deben ser designados centros de coordinación de las actividades y fuentes de información conocidos por los funcionarios públicos y la ciudadanía y a disposición de ellos, y deben poder publicar informes periódicos sobre su labor.

No debe verse una contradicción entre la independencia y la obligación de rendir cuentas. Los órganos de lucha contra la corrupción actuarán como parte de un sistema de gestión establecido que incluye controles apropiados y eficaces y en el que nada ni nadie está por encima de la ley. La independencia debe equilibrarse con mecanismos que garanticen la transparencia y la responsabilidad del órgano o de los órganos, por ejemplo, mediante la presentación de informes a instituciones competentes, como comités parlamentarios, o porque pueden ser objeto de examen por parte de ellas, o la obligación de informar al parlamento, de someterse a una auditoría externa anual o, si corresponde, a los tribunales mediante un examen judicial.

En vista de lo delicado de la labor de lucha contra la corrupción, es preciso que en estos procesos se respeten lo que a menudo son requisitos de confidencialidad. Es frecuente que estos órganos puedan poner en peligro la libertad de una persona, sus recursos y su reputación, por lo que deben estar explícitamente obligados a proteger la información hasta que se dilucide la cuestión.

Como parte de su independencia y también para garantizar su visibilidad, es preciso que el órgano o los órganos tengan derecho a determinar la manera de realizar su trabajo. En particular, deben tener derecho a establecer el carácter público de su labor, mediante audiencias públicas, que pueden ser un instrumento importante a la hora de exponer pruebas de corrupción y de educar a la comunidad acerca de la corrupción.

También puede recurrirse a audiencias privadas para mantener la integridad de la encuesta, proteger la identidad de los testigos o informantes, recibir información que pueda emplearse para incoar nuevos cargos penales o disciplinarios, y evitar interferir en otros procedimientos, así como daños innecesarios a la reputación de nadie. Sin embargo, el órgano o los órganos deben tener por política general la publicación de sus conclusiones e informes a fin de poner de relieve su papel en la defensa de la integridad pública.

II.5 Recursos

Es importante que el órgano u órganos estén financiados de forma apropiada y adecuada. Una manera de hacerlo es que su plan anual de actividades, con todos los detalles presupuestarios, se presente directamente al correspondiente comité presupuestario de la legislatura para su aprobación. En lo posible, la financiación de estos órganos debe aprobarse sobre una base plurianual. Así habrá menos posibilidades de que la legislatura utilice su facultad de aprobar el presupuesto para limitar la independencia de estos órganos o para influir indebidamente en relación con determinados casos de corrupción. Otro método consistiría en conceder a estos órganos, una suma global y de modo que quedara libre de toda influencia legislativa a la hora de decidir cómo distribuirla. El órgano o los órganos deciden a qué destinan sus recursos, pero cada año

deben presentar cuentas y ser objeto de los debidos procesos de auditoría externa propios de las entidades públicas de índole equivalente.

Hay muchas otras formas de garantizar una financiación apropiada; pero lo fundamental, es que el órgano o los órganos de lucha contra la corrupción sean independientes.

II.6 Personal especializado y formación

Como parte de su plan anual de actividades y de sus estimaciones presupuestarias, el órgano o los órganos deben determinar sus necesidades de personal. La autoridad que los cree ha de considerar la posibilidad de dejar que estos órganos planifiquen sus propias políticas de recursos humanos, determinen el número y las calificaciones profesionales de su personal, así como las especializaciones que se necesitan y los criterios y requisitos de formación. En bien de la transparencia, sería razonable que publicaran sus procedimientos de contratación y nombramiento, que deben satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Convención y ser objeto de auditoría.

Artículo 7: Sector Público

1. Cada Estado parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:

a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;

b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;

c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado parte;

d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.

2. Cada Estado parte considerará también la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su

derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos.

3. Cada Estado parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos.

4. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

I. Sinopsis

El artículo 2 de la Convención contiene una definición amplia y global del término “funcionario público”, que abarca al personal de todos los servicios del sector público y a todos los que ocupan cargos electivos. Los nombramientos y ascensos de los funcionarios públicos deben basarse en el mérito y regirse por políticas y procedimientos transparentes. Quienes ocupen cargos electivos deben regirse por normas similares a las de los funcionarios públicos designados. Así pues, los requisitos éticos y de rechazo de la corrupción son, de esta suerte, parte integral de la función pública y se aplican a todos los funcionarios, elegidos o nombrados, definidos en el artículo 2. El artículo 8 trata de cuestiones más detalladas relativas a los conflictos de intereses, y en los artículos 10 y 13 se aborda la libertad de información, el acceso a los archivos públicos y un proceso de adopción de decisiones transparente.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Sistemas eficientes, transparentes y objetivos de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos

Un pilar fundamental de un estado eficiente, transparente y eficaz, sin corrupción es una función pública dotada de funcionarios de la mayor capacidad e integridad. Los Estados parte deberían plantearse la posibilidad de elaborar un sistema para atraer y retener a empleados de este tipo. Ello puede lograrse estableciendo una institución, como una comisión de la función pública, que se encargue de gestionar o dar orientaciones respecto de los procedimientos de convocatoria, contratación y promoción. Sea tal institución de carácter consultivo (de modo que cada dependencia gestione la contratación de su propio personal) o ejecutiva (es decir, encargada de contratar al personal de toda la institución), es importante que los procedimientos sean, en lo posible, uniformes, transparentes y equitativos.

Por lo tanto, deben establecerse perfiles para cada nuevo cargo, con requisitos y calificaciones explícitos. Los cargos deben publicitarse abiertamente y llevarse con arreglo a procedimientos de convocatoria convenidos, con criterios transparentes de selección y nombramiento y verificando las calificaciones y referencias de los candidatos seleccionados. Deben indicarse explícitamente las condiciones de servicio y la remuneración debe ser acorde con los deberes y responsabilidades del cargo. Los funcionarios públicos deben estar debidamente capacitados, en particular en ética, y deben tener posibilidades de carrera. Los procedimientos de promoción y todo plan de recompensas o reconocimiento de su actuación deben ser coherentes en todo el sector público.

Además, debe realizarse, una evaluación anual del desempeño de cada funcionario para determinar su eficacia y sus necesidades de capacitación, el desarrollo de su carrera y su posible promoción.

Los Estados parte deben velar por que todos los ministerios y departamentos lleven archivos precisos de todas las medidas de contratación, promoción, jubilación o renuncia y demás cuestiones de personal. Como los sueldos suelen ser una de las mayores partidas de gasto público y no se suelen someter a controles rigurosos, los registros de nómina deben complementarse con una base de datos centralizada o institucionalizada que permita verificar la lista de puestos aprobados y los expedientes individuales.

II.2 Procedimientos de selección y formación de los titulares de cargos vulnerables a la corrupción

Si bien en el apartado II.1 se expone un enfoque común para toda la función pública, los Estados parte convendrán en que ciertos cargos o actividades pueden ser más susceptibles a la corrupción. Estos requerirán mayores garantías contra el abuso de funciones y es importante determinar los aspectos vulnerables y los procedimientos que habrá que abordar (lo que a veces se llama “ponerlos a prueba de corrupción”). La institución a la que se refiere el apartado II.1, posiblemente juntamente con el órgano o los órganos mencionados en el artículo 6, debiera considerar la posibilidad de realizar una auditoría a fin de:

- determinar los cargos o actividades públicos particularmente vulnerables a la corrupción;
- analizar los sectores vulnerables; y
- preparar un informe evaluando los riesgos específicos en cada sector, con las consiguientes propuestas para hacerles frente.

Entre las recomendaciones o medidas proactivas cabe mencionar: un análisis de los antecedentes de los candidatos seleccionados antes de contratarlos (para cerciorarse de que su conducta ha sido intachable); condiciones de servicio concretas de los candidatos seleccionados; controles periódicos, como la evaluación del desempeño en función de metas concretas, o la rotación del personal, como medio de limitar los incentivos y los efectos de la corrupción resultantes de ocupar un cargo durante mucho tiempo.

La dirección también debería introducir procedimientos concretos de apoyo y supervisión de los funcionarios que ocupen cargos particularmente vulnerables a la corrupción, incluidas evaluaciones periódicas, presentación de informes confidenciales, consignación y declaración de intereses, activos, agasajos y regalos, así como procedimientos eficaces para verificar sistemáticamente la exactitud de las declaraciones. En la medida de lo posible y según el nivel de riesgo, es preciso adoptar también un sistema de examen y aprobación de ciertos asuntos a varios niveles en vez de dejar la decisión a la discreción exclusiva de una sola persona. En parte esto tiene por objeto proteger al personal de toda influencia indebida y en parte introducir un elemento de independencia en el proceso de adopción de decisiones.

También puede ser conveniente estudiar la manera de vigilar el estilo de vida de determinados funcionarios clave. No cabe duda de que esto sería sumamente delicado y habría que hacerlo teniendo debidamente en cuenta y cumpliendo las leyes aplicables de protección de la intimidad. Esta vigilancia podría incluir la búsqueda de indicios reveladores por lo que se refiere al alojamiento, el uso de vehículos o vacaciones incompatibles con el nivel de sueldo. Puede asimismo que haya que vigilar las cuentas bancarias del funcionario, siempre que los empleados hayan aceptado que así se haga en su contrato.

II.3 Remuneración y escala de sueldos adecuadas

Una preocupación importante, en especial para los países en desarrollo o con economías en transición, es garantizar una remuneración adecuada de los funcionarios públicos. Tanto el monto como la *incertidumbre* del pago pueden alentar toda una serie de comportamientos inaceptables, desde el abandono de los deberes oficiales para realizar paralelamente una actividad remunerada hasta la susceptibilidad de aceptar sobornos. Por “adecuado” ha de entenderse, cuando menos, que las escalas de sueldo permitan a los funcionarios públicos sufragar un coste de vida acorde con su cargo y sus responsabilidades y comparable de quienes ocupan cargos similares en otros sectores. Los Estados parte deben velar también por que las escalas de sueldo guarden relación con las posibilidades de carrera, las calificaciones y las oportunidades de promoción. Los métodos para determinar los sueldos del sector público y los criterios a que obedece deben ser públicos.

II.4 Capacitación ética de los funcionarios públicos

La comprensión por los funcionarios públicos de los riesgos de corrupción que se plantean en el desempeño de sus funciones, así como las formas de evitarla o denunciarla, aumentarán mediante la capacitación y la reunión periódica de información pertinente. Sería conveniente instituir como marco general para el sector público un programa de capacitación amplio y periódico, del que dimanarían programas y cursos específicamente adaptados. Así, todos los funcionarios públicos deberían tener acceso a cursos idóneos de capacitación en

ética profesional, no sólo al ser contratados, sino también como parte de la formación en el servicio, especialmente en el caso de los cargos más expuestos a los riesgos de corrupción. Como parte de la capacitación deben resolverse determinadas situaciones que se dan en la vida real, así como la forma correcta de plantear o comunicar preocupaciones. Cabe destacar que una adecuada información al personal acerca de sus derechos y deberes, y de los riesgos de corrupción o de conducta inapropiada en el desempeño de sus funciones, contribuirá a poner de relieve la importancia del comportamiento ético que se espera de cada funcionario y promoverá una cultura de integridad. Hacer que el personal participe en exámenes anuales de casos de corrupción también ayudará a sensibilizarlo. Le permitiría, asimismo, determinar esferas de preocupación y posibles medidas preventivas. En virtud del artículo 5, los directores de las organizaciones públicas deben plantearse la posibilidad de presentar informes al órgano o a los órganos mencionados en el artículo 6 basados en información aportada por:

- funcionarios en cargos de responsabilidad; y
- fuentes diversas, entre ellas:
 - evaluaciones de la gestión de riesgos;
 - gestión de las técnicas para hacer frente a los riesgos;
 - auditorías internas y externas;
 - encuestas públicas sobre la idea que se tiene de la eficacia de las medidas de lucha contra la corrupción; y
 - encuestas entre funcionarios sobre temas como:
 - pertinencia de la capacitación;
 - riesgos que se plantean a partir de la base;
 - idea que se tiene de la eficacia de las medidas preventivas; e
 - informes sobre la disposición del personal a comunicar sus sospechas.

Los órganos públicos debieran, asimismo, considerar la posibilidad de incentivar a los empleados a que propongan medidas preventivas. Por ejemplo, en la evaluación de su desempeño se podría reconocer el mérito del funcionario que sugiriese una nueva medida de este tipo.

II.5 Criterios respecto de las candidaturas y la elección para cargos públicos

Los apartados II.1 a II.4 se refieren a los funcionarios públicos nombrados, pero los Estados parte deberían considerar las mismas cuestiones respecto de los funcionarios electos. La mayoría de Estados disponen de marcos y criterios constitucionales y jurídicos que estipulan los requisitos para presentarse a cargo electivo y de normas y disposiciones que rigen la integridad del proceso

electoral. Sin embargo, los Estados pueden considerar la posibilidad de exigir que los candidatos a cargos públicos o sus titulares también respeten normas éticas estrictas. Esto puede requerir leyes o disposiciones que limiten la actividad política de determinadas categorías de funcionarios públicos, como afiliarse a un partido o presentarse a un cargo. Es posible, asimismo, compilar una lista de los cargos electivos o por designación incompatibles con presentarse a elecciones para cargos nuevos o adicionales. También puede preverse prohibir que se presente como candidato a cargos electivos quien haya sido declarado culpable de ciertas actividades delictivas, incluida la corrupción. Cabe igualmente exigir a los candidatos que revelen la totalidad de sus bienes y declarar nulas las elecciones si el candidato, su partido o sus partidarios se han visto involucrados en corrupción electoral.

II.6 Transparencia en la financiación de las campañas electorales y de los partidos políticos

La aplicación de debidas normas y disposiciones apropiadas que rijan la financiación de campañas electorales y partidos políticos ha sido decisiva para prevenir y controlar la corrupción. Varios Estados parte han creado uno o varios órganos públicos encargados de organizar el censo electoral y la realización de las elecciones, inscribir los partidos, controlar las finanzas de los partidos políticos, determinar la idoneidad de los candidatos y su declaración de bienes, administrar las leyes de financiación de las campañas e investigar todo delito conexo.

Promover una financiación transparente exige abordar varias cuestiones, entre ellas: establecer parámetros respecto de los límites, objetivos y plazos de los gastos en campañas; limitar las contribuciones; identificar a los donantes (declarándose autorizadas, restringidas o prohibidas las donaciones de contribuyentes conocidos o anónimos, o las donaciones o préstamos provenientes del extranjero o de terceros); establecer las contribuciones en especie permitidas; establecer la forma y el momento de presentar y publicar las cuentas y los gastos de los partidos; determinar medios de verificar ingresos y gastos; determinar si las donaciones o préstamos podrán desgravarse; y formas de disuadir a los gobiernos de utilizar recursos oficiales con fines electorales.

En los Estados parte en que las elecciones y los partidos se financian con fondos públicos se plantean también cuestiones relativas a la estimación del monto de los subsidios, la manera de alentar la formación y el desarrollo de partidos nuevos (evitando, al mismo tiempo, la creación de partidos cuyo principal propósito sea obtener financiación) y el acceso a la radio y televisión públicas. Por último, hacen falta estrictas disposiciones jurídicas y procedimientos institucionales para resolver los casos de candidaturas o elecciones impugnadas.

Se invita a los Estados parte a que tomen nota de las iniciativas de las organizaciones regionales pertinentes, como la Recomendación R (2003) 4 del

Consejo de Europa relativa a las reglas comunes contra la corrupción en el financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales.

II. 7 Transparencia y prevención de conflictos de intereses

Los Estados parte deberían considerar la posibilidad de promulgar medidas legislativas que prevean la libertad de información y el acceso a la documentación, así como la transparencia en la adopción de decisiones, con normas apropiadas sobre la conservación, el almacenamiento, el acceso y la confidencialidad de la documentación oficial. Este requisito se trata con más detalle en los artículos 10 y 13.

Para todos los funcionarios públicos, y según el cargo correspondiente, los Estados parte deben prever disposiciones generales en materia de conflictos de intereses, incompatibilidad y cuestiones afines, partiendo del requisito fundamental de la Convención de que se prohíba a quienes ocupen cargos públicos, por elección o nombramiento, se vean en situaciones en que haya conflictos de intereses, estén en posesión de bienes no declarados y desempeñen funciones o realicen ilícitamente actividades incompatibles. Este requisito se analiza con más detalle en el artículo 8.

Artículo 8: Códigos de conducta para funcionarios públicos

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

2. En particular, cada Estado parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.

4. Cada Estado parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

5. Cada Estado parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas

para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

6. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

I. Sinopsis

Se exige que los Estados parte promuevan activamente normas de conducta personal -integridad, honestidad y responsabilidad- y de la actuación profesional -para el correcto, imparcial, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas- entre todos los funcionarios públicos. Para ello, deben orientarlos de modo que se comporten de conformidad con esas normas y sepan que deberán rendir cuenta de sus actos y decisiones. Concretamente el artículo indica, que todos los Estados parte deben promulgar legislación en materia de presentación pública de informes, normas y procedimientos en caso de conflictos de intereses, un código de conducta y las medidas disciplinarias aplicables.

La mayoría de los Estados parte tiene un código de conducta o un instrumento público similar. Dicho código cumple varios propósitos. Establece claramente la conducta que se espera de un determinado funcionario o grupo de funcionarios públicos, contribuyendo así a inculcar normas fundamentales de comportamiento que frenan la corrupción. Debe ser la base de la capacitación de los funcionarios de modo que todos conozcan las normas con arreglo a las cuales han de desempeñar sus funciones. Entre ellas deben figurar la ecuanimidad, la imparcialidad, la no discriminación, la independencia, la honestidad y la integridad, la lealtad a la organización, la diligencia, una conducta personal apropiada, la transparencia, la obligación de rendir cuentas, la utilización responsable de los recursos de la institución y un comportamiento apropiado frente al público.

Al mismo tiempo y junto con la formación, el Código o equivalente previene contra las consecuencias de no actuar con ética, brindando así la base para la adopción de medidas disciplinarias, incluida la destitución, cuando el funcionario transgreda o incumpla una norma (en muchos casos, en los códigos se describe la conducta esperada o prohibida, así como las normas y sanciones por incumplimiento).

De este modo, los funcionarios públicos no solo son conscientes de las normas aplicables a sus deberes y atribuciones oficiales, sino que, cuando todas las normas, procedimientos y prácticas aplicables se reúnen en un código global, es difícil aducir ignorancia de la conducta que se espera de los titulares de cargos públicos. Por su parte, estos tienen derecho a conocer por adelantado esas normas y la manera como deben comportarse, lo que hace sea imposible que

otros urdan medidas disciplinarias para intimidarlos o destituirlos injustificadamente.

La manera en que los Estados parte promulguen el código o su equivalente dependerá de su sistema institucional y su ordenamiento jurídico. En algunos países, las normas aplicables a todos los funcionarios públicos son objeto de legislación específica. El segundo medio es el de la delegación de autoridad, mediante la cual los órganos legislativos pueden elaborar un código general y delegar en otro organismo la facultad de formular normas técnicas específicas o de fijar estándares para determinadas categorías de funcionarios, como los fiscales, los legisladores o los encargados de la contabilidad financiera o la contratación pública. Por último, la ley contractual, junto con las condiciones de empleo correspondientes, puede prescribir que el funcionario se rija por un determinado código de conducta. Otra posibilidad es que exista una entidad o departamento que fije las normas generales que deben cumplir todos los funcionarios o contratistas, como condición para el empleo.

Al elaborar un código, se invita a los Estados parte a que tomen nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996, la Recomendación Núm. R (2000) 10 del Consejo de Europa relativa al Código de Conducta para los titulares de cargos públicos, en cuyo anexo figura un modelo de código en la materia, y la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 23 de abril de 1998, titulada “Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service” (Mejoramiento del comportamiento ético en la administración pública, incluidos principios para favorecer la gestión de la ética en la administración pública, 1998 C(98)70/FINAL).

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre los funcionarios públicos

Los Estados parte deben velar por que la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre los funcionarios públicos se aborde desde sus aspectos positivos y desde los negativos. En cuanto a los primeros, deben orientar a los funcionarios y apoyar y premiar su conducta ética. Para ello es menester una capacitación apropiada en materia del comportamiento esperado de ellos, tanto en el momento de la contratación como durante su carrera. Todos los funcionarios públicos deben ser debidamente capacitados en la prestación de servicios públicos. Los Estados parte deben establecer normas y medios para que sus funcionarios revelen sus intereses financieros o familiares, los regalos y muestras de hospitalidad. Han de comprometerse a ofrecerles no sólo la posibilidad de notificar o discutir sus preocupaciones respecto de la conducta de sus colegas, sino también de denunciar las presiones o influencias indebidas que

pretendan imponerles sus colegas u otras personas, garantizándoles que se preservará la confidencialidad de sus denuncias y que ello no afectará adversamente su carrera. Deben evaluar los riesgos en el caso de los cargos o las actividades vulnerables a la corrupción y examinar juntamente con los titulares de esos cargos la manera de proteger a los funcionarios y las actividades. En general, es preciso realizar periódicamente encuestas entre los funcionarios públicos acerca de los riesgos, las amenazas y los aspectos vulnerables de su labor.

II.2 Normas de comportamiento y códigos de conducta

En las normas de comportamiento se insiste en la importancia del papel que cumplen los funcionarios. Deben fomentar un sentimiento de entrega profesional, de servicio al público y de responsabilidad por las atribuciones y recursos de su cargo. En las normas debe insistirse en los valores centrales del comportamiento que se espera del funcionario, incluido el respeto de la ley, la honestidad, la integridad, el no partidismo, el acatamiento de los procedimientos reglamentarios, la imparcialidad, la probidad y el profesionalismo. En muchos países las reformas se han centrado en mejorar la competencia administrativa y hacer que el sector público esté mejor equipado para desempeñar sus funciones. Por ello es preciso inculcar en los funcionarios una gama más amplia de valores que se refieren esencialmente a la eficiencia, la eficacia y la obligación de rendir cuentas.

Las normas suelen incluir los altos valores en que se han de fundar las decisiones y juicios ponderados. Hay principios generales que pueden aplicarse para ayudar a tomar decisiones concretas, especialmente cuando los funcionarios deben usar su discreción y optar entre diversas posibilidades. Estas normas pueden incluir, entre otras cosas:

- servir el interés público;
- prestar servicios de manera competente, eficiente, respetuosa de la ley, objetiva, transparente, confidencial e imparcial, buscando siempre la excelencia;
- actuar en todo momento de manera digna de la confianza pública; y
- tratar con respeto, imparcialidad y cortesía a los ciudadanos y a otros funcionarios públicos.

En los códigos se estipularán las normas de comportamiento de los funcionarios públicos y se traducirán en expectativas y requisitos concretos y claros. Fijan los límites entre una conducta apropiada y una que no lo es y, con frecuencia se agrupan de distintas maneras, según los límites de las relaciones clave o según los grupos a los que los funcionarios han de rendir cuentas.

Los códigos deben abordar cuestiones de la función pública (por ejemplo, los procedimientos para garantizar la imparcialidad y la transparencia al prestar servicios o dar información) y de las actividades políticas (por ejemplo,

imponiendo restricciones a esas actividades y asegurándose de que no influyan el debido ejercicio de la función pública ni estén en conflicto). En los códigos se deben exponer claramente los requisitos en lo relativo a los conflictos de intereses financieros (por ejemplo, cuando un funcionario público se ocupa oficialmente de cuestiones que puedan afectar a sus intereses financieros personales o los de sus allegados) y los no financieros (por ejemplo, cuando se ocupa de cuestiones que afectan a personas o entidades con las que tiene estrechos vínculos personales, étnicos, religiosos o políticos). Los códigos deben incluir disposiciones claras e inequívocas respecto de la aceptación o rechazo de regalos, muestras de hospitalidad y otros beneficios, refiriéndose particularmente a las restricciones en lo tocante a la aceptación de regalos ofrecidos por personas o entidades relacionados con la institución, a los empleos externos (por ejemplo, asegurándose de que la actividad laboral externa no esté reñida con la oficial) y a la utilización de recursos oficiales (por ejemplo, prescribiendo que sólo se utilizarán con fines exclusivamente oficiales o protegiendo la información no pública). Por último, los códigos deben imponer restricciones posteriores a la renuncia y al empleo (por ejemplo, en el caso de ex funcionarios públicos que representen a un nuevo empleador ante la institución a la que pertenecían o que transmitan a su nuevo empleador información confidencial).

II.3 Aplicabilidad

Además de los preceptos básicos, el cumplimiento efectivo del artículo 8 de la Convención puede suponer que haya una serie de códigos para las distintas categorías de funcionarios públicos. Puede requerir también códigos elaborados especialmente y aplicables a quienes tengan tratos con el gobierno, como contratistas, o a los órganos no gubernamentales o del sector privado que utilicen fondos públicos.

A efectos de la aplicación, lo primero que se plantea es si el código debe tener valor jurídico. Muchas de las actividades mencionadas en el código se refieren a la actuación imparcial y transparente del funcionario. En vista de la cantidad de funcionarios a los que pueda aplicársele al código, deben considerarse detenidamente las consecuencias de imponer jurídicamente todos sus aspectos.

Lo segundo es si el Estado parte desea diferenciar entre las secciones del código relativas fundamentalmente al desempeño de las funciones oficiales y las que se refieren a los conflictos de intereses y otras esferas, respecto de las cuales el propósito del código es distinguir entre las influencias admisibles en los actos y decisiones del funcionario y los que no lo son. En este caso, tal vez convenga enfocar con un criterio más jurídico o formal los aspectos relativos a la declaración de bienes, los regalos, los empleos secundarios, los empleos posteriores, la hospitalidad y otros beneficios que puedan dar lugar a conflictos de intereses.

Lo tercero es evitar que se prepare y aplique un código que solo sirva para archivarse. Se trata de códigos que se elaboran y luego simplemente se

consignan en un manual introductorio o que se preparan sin la participación del personal. Con esto se corre el riesgo de que los funcionarios vean con cinismo su utilidad e incluso que lo consideren irrelevante por haberles sido impuesto.

Para que un código sea eficaz, los Estados parte deben asegurarse de que:

- los funcionarios superiores lo apoyan y predicán con el ejemplo;
- el personal participa en todas las etapas de su preparación y aplicación;
- hay mecanismos de apoyo que fomentan su utilización;
- su cumplimiento puede tenerse en cuenta para las promociones, etc.;
- su cumplimiento se vigila periódicamente mediante mecanismos de verificación adecuados;
- se da la capacitación acerca del código (y, en general, la sensibilización frente a la corrupción) periódicamente y de forma exhaustiva;
- la institución promueve constantemente su cultura ética (para la cual el código es una herramienta importante pero no la única);
- el código se aplica, en su caso, recurriendo a medidas disciplinarias;
- se revisa periódicamente para determinar su actualidad, pertinencia y accesibilidad;
- su estilo y estructura satisfacen las necesidades particulares de la institución; y
- pasa a ser un aspecto integral que influye en las decisiones, las medidas y las actitudes en el lugar de trabajo (véase el artículo 10).

En cuarto lugar está el modelo que se siga al preparar el código o su contenido. No hay un único enfoque. La gama puede abarcar los siguientes particulares: normas de la función pública y valores de la organización; conflictos de intereses, regalos y beneficios; sobornos; discriminación y hostigamiento; imparcialidad y equidad en el trato del público; manejo de la información confidencial; utilización personal de recursos, instalaciones y equipo (incluidos correo electrónico, Internet, ordenadores personales (PC), fax, etc.); empleo secundario; participación en actividades políticas; participación en organizaciones comunitarias y trabajo voluntario; denuncia de comportamientos corruptos, administración deficiente y despilfarro grave; empleo posterior; y procedimientos disciplinarios y sanciones.

En quinto término está el contexto o marco en el que los Estados parte formulan un código. No basta con preparar un código. Por ello, tendrán que considerar la manera de lograr que sea eficaz, por su prestigio y su impacto.

Los Estados parte pueden, de este modo, conferir al código legitimidad y autoridad generales mediante leyes y reglamentaciones, y pertinencia específica supeditando las ofertas de empleo a su aceptación (por ejemplo, por medio de una aceptación individual o colectiva o de un juramento, o del contrato o acuerdo

de empleo). Pueden disponer, asimismo, que la responsabilidad por su aplicación recaiga en los niveles administrativos superiores de los distintos departamentos que deban elaborar su propio código y políticas más detalladas, basadas en el código general, pero adaptadas a las tareas y funciones específicas que se espera realicen y con arreglo a los requisitos y circunstancias del caso. Con esto los valores y las normas adquieren más pertinencia operacional y pueden incorporarse a los sistemas de gestión.

Los departamentos deben complementar el código con políticas, disposiciones, actividades de capacitación y procedimientos que expliciten en mayor detalle los actos prescritos y los prohibidos. Serán menester cláusulas específicas para los titulares de cargos expuestos a un gran riesgo de corrupción. Para facilitar su aplicación, deberá tenerse acceso al código y comprenderlo. Debe facilitarse el cumplimiento de determinados requisitos, como la declaración de bienes, por ejemplo, con formularios fáciles de obtener. Los funcionarios superiores podrían tal vez considerar el cumplimiento de todo código como un componente de los sistemas de evaluación del personal y de gestión de su desempeño, así como velar por que se conozcan las consecuencias del incumplimiento, incluidos los procedimientos disciplinarios y la posible responsabilidad penal.

Los Estados parte deben publicar el código para comunicar claramente a los medios de información y a la ciudadanía las normas aplicables a los funcionarios para que se sepa que existen prácticas aceptables e inaceptables. Es preciso dar orientaciones al ciudadano acerca de cómo y ante quién denunciar los casos de incumplimiento y los medios de comunicación, deben poder denunciar estos casos de buena fe, sin temor a represalias ni castigos.

Por último, los Estados parte deben velar por que exista un órgano de supervisión, como el previsto en el artículo 6, para que analice y vigile el cumplimiento del código, inclusive con exámenes y encuestas periódicas entre los funcionarios a fin de determinar hasta qué punto conocen y aplican, el código, así como los retos y presiones que afrontan, y que publique informes anuales acerca del cumplimiento por las diferentes entidades de las obligaciones que les impone el código.

III. Denuncia de actos de corrupción por parte de funcionarios públicos

Una buena forma de romper el ambiente de colusión y silencio que suele crearse en torno a las transgresiones de un código consiste en instituir un sistema eficaz para la notificación de sospechas de incumplimiento y, concretamente, de corrupción (la denuncia irregularidades, también descrita como la divulgación en aras del interés público, la notificación pública o la notificación de normas profesionales). Los Estados parte deben establecer normas y procedimientos adecuados que faciliten este tipo de denuncias por parte de los funcionarios públicos. Su propósito es alentarlos a presentar denuncias, y lograr que sepan

ante quién hacerlo y que se vean protegidos de las posibles represalias por parte de sus superiores.

Parte de la finalidad del código es inculcar a los funcionarios, entre otras cosas, mediante capacitación, las responsabilidades y el carácter profesional de su labor y sus atribuciones y, en consecuencia, su deber de denunciar el incumplimiento o la transgresión de las normas pertinentes por otros funcionarios o por los ciudadanos. Deben instituirse procedimientos específicos y medios de denuncia en privado, como mediante buzones dedicados a tal fin, líneas telefónicas exclusivas o terceros designados a tal efecto. Ha de prestarse especial atención a la seguridad y confidencialidad de las denuncias estableciendo sistemas que garanticen que quienes hayan comunicado de buena fe sus sospechas de corrupción o negligencia profesional estén plenamente protegidos contra represalias abiertas o encubiertas. Además, es preciso proteger, al funcionario de toda forma de discriminación encubierta o de que su carrera se vea perjudicada en algún momento por haber denunciado casos de corrupción u otras transgresiones de las normas de la administración pública. Se invita a los Estados parte a que tomen nota de las novedades respecto de esta cuestión que figuran en el informe del GRECO de 2006, ([http://www.coe.int/t/dg1/greco/documents/2007/Greco\(2007\)1_act.rep06_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/greco/documents/2007/Greco(2007)1_act.rep06_EN.pdf)) y en el sitio web la ONG Public Concern at Work, (<http://www.pcaw.co.uk/>).

Por consiguiente, los Estados parte deberán considerar la posibilidad de promulgar leyes y procedimientos para que se sepa ante quién han de presentarse las denuncias, de qué forma (por ejemplo, por escrito, o anónimamente) y por qué medio (telefónicamente, correo electrónico o por carta), con salvaguardias para proteger la fuente, la forma de investigar las denuncias y los medios de evitar represalias o castigos.

IV. Sistemas de divulgación

Los Estados parte deben promulgar disposiciones generales en materia de conflictos de intereses, incompatibilidades y demás actividades conexas.

Como principio general, es preciso que los organismos públicos creen un ambiente en que la prestación de servicios públicos sea transparente e imparcial, de modo que se sepa que se desaconseja ofrecer y aceptar regalos y que no parezca que los intereses personales u otros puedan influir en los actos y decisiones oficiales. Ello puede lograrse de diversas formas, entre otras, una publicidad general acerca de la prestación de los servicios públicos (véase el artículo 10) y la publicación de las políticas de lucha contra el fraude y la corrupción y de los códigos de conducta. También puede lograrse con campañas publicitarias destinadas a sectores concretos, particularmente en el caso de las licitaciones y la documentación contractual, y con anuncios en los edificios públicos y en Internet.

En general, las disposiciones en materia de conflictos de intereses deben abarcar las principales categorías del fenómeno que sean motivo de inquietud en el país. Debe haber procedimientos adecuados para actuar cada vez que se prevea

o se haya detectado un conflicto de intereses. Cuando este resulte inevitable (por ejemplo, en comunidades pequeñas), debe haber procedimientos que salvaguarden el interés público sin paralizar la labor de la institución o instituciones de que se trate. Los funcionarios sujetos a tales disposiciones deben conocer, comprender y aceptar la noción de conflicto de intereses y las normas aplicables. Es preciso informarles y asesorarlos sobre la forma de proceder en caso de duda respecto de un posible conflicto de intereses. Convendría establecer un proceso o mecanismo de consultas oficiosas al que los funcionarios puedan recurrir para obtener aclaraciones y asesoramiento en determinadas situaciones. Debería asignarse un órgano u órganos la tarea de investigar y obtener toda la información necesaria respecto de posibles conflictos de intereses. La legislación, la autoridad competente y/o los contratos de empleo deben prever sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de las correspondientes disposiciones. El público debería estar informado de los requisitos aplicables en tales casos a los funcionarios.

Concretamente, las disposiciones respecto de la declaración y el registro de bienes e intereses deben servir para que:

- la declaración incluya todos los tipos importantes de ingresos y bienes de los funcionarios y/o sus familiares (de todos ellos o a partir de determinado nivel jerárquico o para determinados sectores);
- los formularios correspondientes permitan comparar la posición económica de los funcionarios de un año a otro;
- los procedimientos de divulgación impidan que los funcionarios oculten bienes por otros medios ni, en lo posible, los que poseen fuera del alcance del Estado parte (por ejemplo, en el extranjero o a nombre de terceros que no residan en el país);
- exista un sistema confiable -como en la administración fiscal- de control de ingresos y bienes de todas las personas naturales y jurídicas que tengan relación con funcionarios públicos;
- los funcionarios públicos tengan la firme obligación de justificar o demostrar la fuente de sus ingresos;
- los funcionarios públicos, en lo posible, no puedan declarar bienes inexistentes, que puedan invocarse después para justificar una riqueza de otra forma inexplicable;
- los organismos supervisores tengan los recursos, la capacidad técnica, los conocimientos teóricos y prácticos y la autoridad jurídica para un control efectivo; y
- existan las debidas sanciones disuasivas para prevenir el incumplimiento de estas disposiciones.

Al elaborar disposiciones adecuadas y pertinentes en materia de conflicto de intereses, los Estados parte deben prestar especial atención a los siguientes particulares:

- los puestos o actividades que se consideren incompatibles con determinado cargo;
- los intereses y bienes que deben declararse (incluidos los pasivos y las deudas);
- la posibilidad de que diferentes tipos de cargos aconsejen diferentes requisitos en materia de conflictos de intereses;
- el nivel y detalle de la información que debe declararse (los umbrales);
- la forma en que debe presentarse la declaración;
- quién debe encargarse de verificarla;
- quién debe tener acceso a la información;
- hasta qué punto debe exigirse la declaración de intereses indirectos (como los de los familiares);
- quién debe tener la obligación de declarar (por ejemplo, en función del riesgo o la vulnerabilidad a la corrupción, o de la capacidad que la institución tenga de verificar las declaraciones);
- hasta qué punto y de qué forma deben publicarse las declaraciones (teniendo debidamente en cuenta la necesidad de respetar la intimidad y la capacidad de la institución); y
- cómo y quién se encargará de que se cumpla la obligación de declarar.

Todos los Estados parte deben, además, adoptar políticas y procedimientos explícitos en materia de regalos y hospitalidad. Deberán abordarse los siguientes aspectos:

- la autorización para aceptar regalos, invitaciones u otras formas de hospitalidad;
- la información que es preciso consignar;
- el acceso al correspondiente registro;
- la propiedad de los regalos;
- la verificación de la información;
- formas de investigar casos o denuncias de incumplimiento; y
- sanciones.

En los registros de regalos y muestras de hospitalidad deben consignarse tanto los ofrecimientos como las aceptaciones. También hay que dar orientaciones a los funcionarios acerca del momento y la forma de ingresar información en el registro (la existencia de un sistema oficial y el cumplimiento de las orientaciones los protege, además, contra acusaciones infundadas). Se podrían elaborar directrices de buenas prácticas que fijasen el valor mínimo a partir del cual debe consignarse la información correspondiente. También debe

fijarse un valor a partir del cual el funcionario debe pedir autorización previa antes de aceptar un ofrecimiento. Se ha de destacar que la declaración debe efectuarse sin demora y se han de establecer procedimientos para el examen de los registros por la superioridad jerárquica y una auditoría interna.

Todos los Estados parte deben tener medios institucionales para revisar los códigos, vigilar su aplicación y atender a cuestiones conexas, como capacitación y exámenes periódicos. Tales funciones pueden encargarse al órgano o a los órganos establecidos conforme al artículo 6.

V. Medidas disciplinarias

Es importante que todos los Estados parte cuentan con procedimientos explícitos e inequívocos para hacer frente a cualquier transgresión del código. Tales procedimientos dependerán de su propio sistema institucional y jurídico, pero habrá que considerar qué funcionario o qué entidad se encargará de recibir, verificar e investigar las denuncias relativas a bienes, regalos u hospitalidad teniendo en cuenta la posible carga de trabajo y la facilidad de obtener la información pertinente. Deberá decidirse igualmente qué funcionario o entidad se encargará de dictaminar en caso de transgresión.

En las leyes, normas o condiciones de servicio atinentes a los derechos y deberes de los funcionarios públicos se deben prever medidas disciplinarias adecuadas y efectivas. Por ende, todos los sistemas de personal y de gestión de las entidades públicas deben tener procedimientos y sanciones disuasivos para detectar y afrontar los casos de conducta profesional inapropiada. El código debe sentar las bases de un marco disciplinario y de apelación unificado para proteger la integridad del servicio y de cada funcionario. El marco debe brindar un mecanismo decisivo para disuadir y afrontar los casos de corrupción o conducta administrativa inapropiada previendo medidas y sanciones claras e inequívocas. Este marco ofrece una salvaguardia al funcionario público infundada y falsamente acusado de corrupción o de otras formas de conducta inapropiada, pero también debe fijar procedimientos que rijan la actuación de los funcionarios que denuncien actos de corrupción, y los protejan.

Artículo 9: Contratación pública y gestión de la hacienda pública

1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones

e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y

e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

3. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

I. Sinopsis

Se sabe que la contratación pública es un proceso vulnerable a la corrupción, la colusión, el fraude y la manipulación. Los Estados parte deben instituir procedimientos que incluyan las disposiciones de los incisos a) a e) del párrafo 1 del artículo 9. Se los invita a que tomen nota de las novedades particulares en la materia que figuran en publicaciones recientes de

la OCDE, como las tituladas “El cohecho en las adquisiciones del sector público: Métodos, actores y medidas para combatirlo”, http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_37447_38446908_1_1_1_37447,00.html, “Integridad en la Contratación Pública: Buenas Prácticas de la A a la Z” (OCDE, 2007) y “Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement” (La lucha contra la corrupción y la promoción de la integridad en la contratación pública, OCDE, 2005), monografías de política e investigación publicadas por Transparencia Internacional, <http://www.transparencia.org/>, y el Banco Mundial, <http://go.worldbank.org/KVOEGWC8Q0>.

Cabe señalar que, en sí misma, la reglamentación de la contratación pública no tiene por fin combatir la corrupción. Entre los objetivos comunes de la mayor parte de los sistemas de contratación cabe mencionar el adecuado valor de las adquisiciones, la integridad, la obligación de rendir cuentas, la imparcialidad y el desarrollo social industrial². Uno de los problemas es equilibrar estos objetivos, que pueden ser contrapuestos. Con todo, hay acuerdo en que los sistemas de contratación pública deben incorporar los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención. Hay toda una serie de organismos que dan orientaciones en la materia, entre ellos la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que ha publicado una Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios acompañada de una Guía para la Incorporación Eventual al Derecho Interno, y el Banco Mundial, que ha publicado directrices para la contratación pública y cuestiones conexas³. Entre las demás entidades internacionales y regionales que han promulgado reglamentaciones que también podrían tenerse en cuenta al elaborar la legislación nacional figuran la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), la Unión Europea (UE), que aprobó las correspondientes directivas en 2004: la 2004/17/EC (relativa a los contratos en el sector de los servicios públicos) y la 2004/18/EC (relativa a los contratos firmados por las autoridades públicas), el Borrador de Acuerdo del ALCA, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁴.

² Véase, por ejemplo, Arrowsmith, Linarelli y Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (2000; Kluwer Law International), cap. 2; Schooner, “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law” (2002) 11 P.P.L.R. 103-110.

³ Véase “Normas: Contrataciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF”, y otros documentos relativos a las políticas y procedimientos de contratación pública del Banco Mundial, <http://go.worldbank.org/9P6WS4P5E1>.

⁴ El grupo de trabajo de la OMC encargado de la transparencia en la contratación pública ha cesado en sus funciones. Véase la decisión del Consejo General sobre el Programa de Trabajo de Doha (llamado “paquete de julio”, http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm), de 1o de agosto de 2004, que señala, entre otras cosas, que no habrá negociaciones acerca de la cuestión de Singapur sobre la transparencia en la contratación pública. Se espera, sin embargo, que el grupo vuelva a reunirse más adelante.

Los objetivos de la contratación pública, incluida la prevención de la corrupción, no se logran únicamente con reglamentaciones, sino que son parte de una buena gobernanza. Por lo tanto, los Estados parte deben velar por que se publiquen todos los ingresos y gastos públicos y porque sean objeto de una auditoría interna y externa, así como por el cumplimiento de la ley y de los procedimientos (lo cual requiere, aparte de las correspondientes reglamentaciones, una cultura institucional) y una apropiada supervisión de la contratación pública propiamente dicha. Como sucede con esta última hay una variedad de entidades que apoyan la formulación de principios y prácticas de auditoría, en especial la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) y sus siete grupos de trabajo regionales.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Contratación pública

II.1.1 Principios

Los elementos fundamentales de los sistemas nacionales de contratación pública son los procedimientos para determinar, especificar y anunciar los bienes que han de adquirirse y para determinar qué proveedores pueden participar, como se requiere en caso de licitación abierta o equivalente, a menos que haya motivos para restringir la participación, los procedimientos preestablecidos de evaluación y adjudicación, el examen de las ofertas y los procedimientos de impugnación. Los Estados parte deben disponer de procedimientos claros y amplios que abarquen todos los aspectos de la contratación, incluido el papel de los funcionarios públicos, y que promuevan y mantengan explícitamente el más alto nivel de probidad e integridad en todas las operaciones. Lo mismo ha de aplicarse a los casos en que sea preciso apartarse de los procedimientos establecidos, por motivos públicamente documentados que lo justifiquen. Es fundamental que todas las decisiones que se adopten sean transparentes, que haya que rendir cuenta de ellas y que satisfagan los criterios de los organismos supervisores, la legislatura y la ciudadanía.

II.1.2 Medidas para promover la transparencia

La transparencia es uno de los principales medios de lograr la integridad en el proceso de contratación pública. Hay tres etapas fundamentales: la planificación y la decisión de realizar la adquisición, incluida la preparación de los requisitos operacionales y técnicos (especificaciones); la organización y adjudicación mediante procedimientos abiertos (a menos que se den circunstancias excepcionales que justifiquen otros); y la elaboración del contrato, y el cierre de este una vez cumplido y pagado. En el artículo se estipulan algunas de las esferas que deben reglamentarse.

En cuanto al requisito de difundir la información pertinente que figura en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo, la Ley Modelo de la CNUDMI incluye varios artículos que tienen por objeto garantizar la transparencia, incluida la obligación de publicar las leyes y normas pertinentes y de llamar a una licitación abierta, o su equivalente en el caso de los servicios, a menos que haya circunstancias especiales que justifiquen un método más restringido. Como se señala en las notas de la Guía para la Incorporación Eventual al Derecho Interno, se reconoce ampliamente que la licitación es el método más eficaz para promover los objetivos de la contratación pública, incluida la prevención de la corrupción. La licitación abierta es un método transparente de contratación pública que, por regla general, requiere la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los objetos del contrato; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la ganadora (por ejemplo, el precio únicamente o una combinación del precio y ciertos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de las ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado. En el caso de la contratación de servicios, suele variarse el procedimiento para que puedan ponderarse las calificaciones e idoneidad de los proveedores de servicios.

Si, por circunstancias excepcionales, estos métodos no son apropiados o viables, la mayoría de los sistemas, incluida la Ley Modelo de la CNUDMI, prevén otros métodos que pueden utilizarse previa justificación. La justificación es necesaria porque estos métodos suponen ciertas restricciones en cuanto al número de proveedores a quienes se invita a participar o a otros aspectos relativos a la transparencia, y pueden incluir casos en que la contratación sea con un solo proveedor o contratista. Entre las circunstancias en que se justifica recurrir a métodos alternativos están las situaciones en que la entidad no puede formular las especificaciones con el grado de precisión o de finalidad requerido para convocar a licitación; hay una necesidad urgente debida a alguna catástrofe; se necesitan productos técnicamente complejos o especializados; solo hay un número limitado de proveedores o contratistas capaces de realizar la obra o prestar el servicio; o si el valor es tan bajo que no se justifica restringir el número de ofertas que habrá de examinar la entidad adjudicadora. Es fundamental dar orientaciones apropiadas respecto de los métodos alternativos que pueden utilizarse y en qué circunstancias. Aun así, todos los métodos previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI y los que suelen preverse en la mayoría de los textos internacionales, incluso en los que no requieren la notificación pública de las licitaciones, exigen que las condiciones y criterios de participación y adjudicación sean objetivos, que se determinen previamente y que se comuniquen a los participantes, al igual que la adjudicación (con sujeción, en ciertos casos, a un umbral *de minimis*). Es particularmente

importante que estas medidas de transparencia se respeten en los procedimientos no abiertos.

Otro requisito importante de la transparencia es que la información sea gratuita, exacta y accesible. Lo ideal, por razones de transparencia, es que toda la información sobre la contratación sea gratuita, solo que ni el tipo de información que debe ofrecerse gratuitamente ni los medios para obtenerla son siempre los mismos. Aunque la mayoría de los sistemas nacionales no cobran la inscripción (salvo, en algunos casos, una suma nominal por concepto de costos de distribución del pliego de condiciones), ciertas organizaciones internacionales sí cobran por determinados elementos de la participación. Los Estados parte deben cerciorarse de que se difunda públicamente la información relativa a los procedimientos de contratación pública y los contratos, incluida información sobre licitaciones y sobre el tipo de listas aprobadas, e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas. Se alienta a los Estados parte a que proporcionen esta información gratuitamente.

Los Estados parte deben preparar y publicar por adelantado toda la información necesaria para una participación efectiva en el proceso de contratación pública, incluidas todas las leyes, normas y disposiciones pertinentes, las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y deben fijar límites y condiciones para los métodos alternativos descritos antes. Deben publicar criterios objetivos y determinados de adjudicación a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.

Es preciso publicar medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, como la gestión de riesgos, pistas documentales de las auditorías, procesos concretos de nombramiento, códigos de conducta específicos y necesidades de capacitación. Debe velarse por que las comisiones legislativas y las auditorías estatales tengan acceso a la documentación del contrato y a los funcionarios públicos pertinentes. Los Estados parte deben crear y dar publicidad a un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos. Una consecuencia puede ser la inhabilitación del contratista si se demuestra que ha incumplido los procedimientos pertinentes o si su conducta es corrupta. En http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scop06_3_3.pdf pueden encontrarse ejemplos de procedimientos disciplinarios eficaces. Debe ser posible tomar medidas contra los funcionarios que hayan dado pie a comportamiento corrupto.

Los Estados parte deben considerar la posibilidad de establecer un organismo o una comisión independientes que se encarguen de organizar y ejecutar los procedimientos de contratación pública. Dicho órgano tendría funciones ejecutivas o de supervisión respecto de:

- acceder a los procedimientos de licitación y aplicación y controlarlos;

- asistir a cualquier parte del proceso de contratación pública;
- determinar los indicios de fraude que puedan indicar corrupción en una etapa temprana;
- recopilar información acerca de casos de fraude y corrupción en la contratación pública, entre otras cosas, i) recibiendo todas las denuncias, ii) estableciendo una línea telefónica confidencial, iii) examinando las listas publicadas de proveedores inhabilitados y iv) asegurándose de que se intercambie la información pertinente, según proceda, con otras entidades oficiales que contraten obras, bienes o servicios con el sector privado;
- controlar determinadas adjudicaciones, por ejemplo, cuando ha habido un solo proveedor o contratista;
- elaborar y supervisar pactos de integridad;
- coordinar las estrategias de prevención mediante iniciativas de formación y capacitación, dando directrices y orientaciones respecto de la auditoría interna, prestando asesoramiento en materia de lucha contra la corrupción, examinando los casos de debida diligencia o preparando y manteniendo listas de proveedores inhabilitados;
- promover legislación en materia de libertad de información y el acceso a esta información; y
- fomentar el cumplimiento de los requisitos en materia de capacitación de especialistas, preparación de códigos de conducta y declaración de bienes para el personal de contratación y los auditores.

II.1.3 Reglas de licitación y proceso de examen

Dicho órgano requerirá que se utilicen determinados procedimientos, en especial respecto de:

- cómo se seleccionan los procedimientos de contratación, por ejemplo, abiertos, restringidos, con un solo proveedor o contratista, con negociaciones, de emergencia, etc., y cómo se opta por uno;
- cómo se estructuran los contratos, por ejemplo, contratos marco o contratos por una sola vez;
- los procedimientos de licitación y adjudicación: preparación de ofertas y planificación de presupuestos, solicitud y selección, ejecución, reforma y cumplimiento de los contratos, y listas aprobadas;
- los criterios de adjudicación: precio, precio/calidad, etc.;
- los marcos para la licitación: umbral, precio de coste, coste más honorarios, plazo, etc.;
- la utilización de controles estándar de verificación, validación y auditoría, incluidas cláusulas que prohíban la colusión y el soborno, políticas de

inhabilitación, cotejo y explotación de datos, fijación de criterios de calidad y cantidad para los suministros, y pruebas de la estabilidad económica de la empresa y de su capacidad en relación con el contrato. La normalización de los sistemas de contratación pública exige que se integren todos los elementos de supervisión utilizados, por ejemplo, mediante sistemas electrónicos de contratación;

- procedimientos específicos de control de los indicadores de fraude en el caso de las esferas o actividades de riesgo o vulnerables (del fraccionamiento artificial de contratos a la sustitución de productos genuinos por otros falsificados);
- el requisito de que todos los funcionarios que intervienen en la contratación pública declaren sus bienes;
- los requisitos posteriores a la renuncia o al empleo para todos los funcionarios que intervienen en la contratación pública (por ejemplo, a fin de evitar que, antes de renunciar, entablen negociaciones con los contratistas para obtener un buen empleo);
- la reforma de los contratos;
- su verificación;
- la utilización de Internet para difundir información sobre los contratos;
- el enlace con los organismos encargados de hacer cumplir la ley en lo relativo a denuncias de corrupción o de comportamientos delictivos, como sobornos o pagos por acelerar los trámites; y
- los procedimientos de inhabilitación.

Concretamente el órgano realizaría o se encargaría de que se realizaran evaluaciones de riesgo de las esferas más propicias a la corrupción o al fraude, entre ellas: la manipulación de especificaciones y procedimientos; la licitación colusoria; la presentación de recibos o información falsos; la inobservancia de las especificaciones, incluida la provisión de productos de calidad inferior o falsificados; la combinación de contratos; la presentación de facturas falsas; los pagos duplicados; el uso indebido de la modificación de contratos y las compras fraccionadas; y los contratistas fantasma.

II.1.4 Personal encargado de la contratación pública

Como se señala en el artículo 7, los Estados parte deben evaluar los riesgos de determinados puestos o cargos, como los que intervienen en la contratación pública. Estos requerirán más garantías frente a los abusos, por lo que es importante determinar las vulnerabilidades institucionales y los procedimientos que han de abordarse.

Una vez completadas estas evaluaciones, las entidades públicas deben considerar la posibilidad de aplicar una serie de medidas proactivas. Entre ellas, un análisis de los antecedentes de los candidatos seleccionados antes de su contratación (para cerciorarse de que ya han demostrado una conducta intachable), condiciones explícitas de servicio en el caso de los candidatos seleccionados, controles periódicos, como la evaluación de la actuación en función de metas concretas o la rotación del personal a fin de limitar los incentivos y los efectos de la corrupción resultantes de ocupar el cargo durante un período prolongado.

Asimismo, la dirección debe introducir procedimientos de apoyo y supervisión de los funcionarios públicos que ocupen cargos particularmente vulnerables a la corrupción, incluidas evaluaciones periódicas, presentación de informes confidenciales, consignación y declaración de intereses, valores, agasajos y regalos. En la medida de lo posible y en función del riesgo tal vez deseen optar también, respecto de ciertos asuntos, por un sistema de examen y aprobación a varios niveles en vez de dejar la decisión a la discreción exclusiva de una sola persona, en parte para proteger al personal de toda influencia indebida y en parte para introducir una cierta independencia en el proceso de toma de decisiones.

Como se señala en el apartado II.1.3, el órgano encargado de la contratación pública, en consulta con otros, como los auditores externos y los organismos previstos en los artículos 6 y 36, elaboraría también un registro de casos de corrupción y fraude como advertencia o sistema indicativo que pondría en marcha una inspección más detenida de una determinada esfera del proceso de contratación pública, o un registro de inhabilitaciones en el que figuren las empresas y los funcionarios que hayan incumplido las normas o cuya conducta haya sido corrupta. También se encargaría de dar o promover la capacitación especializada a administradores, auditores e investigadores a fin de facilitar su labor mejorando sus conocimientos y prácticas de trabajo, así como los procedimientos de contratación.

A efectos de garantizar la objetividad del proceso, conviene optar por un vocabulario y una terminología uniformes al definir las especificaciones. Véase, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Como se indica más abajo, una supervisión eficaz exige que se conserve la documentación adecuada. En su artículo 11, la Ley Modelo estipula que debe llevarse un archivo con cada proceso de contratación en que se indique la información que habrá de consignarse, que sería la información básica necesaria para una auditoría. Además, contiene reglas sobre el alcance de la divulgación. En lo fundamental, debe revelarse a todo el que lo solicite la información básica relativa a la obligación de la entidad adjudicadora de rendir cuentas a la ciudadanía, y la información necesaria a quienes participen en el proceso para que puedan comparar sus calificaciones con las de otros licitantes y detectar los casos en que haya motivos legítimos de reclamación.

También es preciso llevar archivos completos para que toda reclamación, incluidas las apelaciones, sea efectiva, especialmente en cuanto a celeridad, transparencia, publicidad, suspensión oportuna de los procedimientos de contratación o del contrato, según proceda.

Para la planificación de la contratación pública y viceversa es indispensable preparar bien el presupuesto de la entidad adjudicadora. Una planificación inadecuada o inexistente es una fuente de abusos bien documentada que lleva, por ejemplo, a recurrir injustificadamente a procedimientos no abiertos (porque una contratación no urgente pasa a ser “urgente”) o a una contratación innecesaria (si se estima que los fondos presupuestados se pierden si no se gastan). Además, puede suceder que no se realice una contratación esencial por falta de fondos.

II.2. Finanzas públicas

II.2.1 Gestión de las finanzas públicas

Los Estados parte deben velar por que toda la preparación y presentación del presupuesto refleje claramente el papel y las funciones, la disponibilidad pública de la información, la abierta preparación, la ejecución del presupuesto y la presentación de informes, así como una auditoría eficaz y la supervisión legislativa. Un buen sistema de finanzas públicas debe abarcar los siguientes componentes:

- transparencia de las fuentes de ingresos públicos;
- previsibilidad de las necesidades fiscales;
- credibilidad del presupuesto, que debe ser realista y ejecutarse según lo previsto;
- exhaustividad y transparencia, con una cabal supervisión del presupuesto y del riesgo fiscal e información fiscal y presupuestaria accesible al público;
- gastos extrapresupuestarios, no presupuestarios o suplementarios limitados, que se rigen por criterios y controles apropiados de público conocimiento;
- una presupuestación basada en la política, es decir, teniendo debidamente en cuenta la política oficial;
- previsibilidad y control de la ejecución del presupuesto, de manera que se ejecute de forma ordenada y previsible, con disposiciones para administrar y controlar la utilización de fondos públicos;
- contabilidad, registros e informes, es decir, preparar, llevar y difundir archivos e información adecuados a efectos de control, gestión y presentación de informes al adoptar decisiones;
- examen y auditoría externos, con arreglos para que las entidades de auditoría estatales y de la legislatura puedan examinar las finanzas públicas y el poder ejecutivo darles seguimiento; esferas limitadas de gastos

confidenciales; acceso a todas las entidades que gasten fondos públicos; y examen legislativo anual de los informes de auditoría.

II.2.2 Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional

Todos los Estados aplicarán los debidos procedimientos para la aprobación de su presupuesto anual. En el caso de que haya una legislatura elegida, es habitual que la facultad del poder ejecutivo de gastar recursos se ejerza mediante la aprobación del presupuesto anual. Si la legislatura u otro órgano análogamente facultado no examinan y debaten rigurosamente el presupuesto, esa facultad no se ejerce efectivamente, lo que minará la responsabilidad del gobierno. El examen y debate del presupuesto anual se realizará teniendo presentes diversos factores, entre ellos, el alcance del análisis, los procedimientos internos de examen y debate y el tiempo disponible para ese proceso. Incluso si no hay una legislatura elegida los Estados parte deben procurar que el presupuesto sea objeto de examen público.

El presupuesto es el principal documento normativo del gobierno. Debe ser exhaustivo y abarcar todos los ingresos y gastos públicos, de forma que puedan evaluarse las ventajas y desventajas de las diferentes opciones y que el examen legislativo o el examen público de otra índole tenga sentido.

Ante todo, los Estados parte deben exponer el contexto, es decir, los supuestos económicos en que se basa el proyecto de presupuesto deben elaborarse conforme a la práctica presupuestaria establecida y el presupuesto debe incluir un análisis de las corrientes de ingresos previstas. También debe incluir un examen detallado de los activos y pasivos del gobierno, sus activos no financieros y sus obligaciones por concepto de pensiones y fondos para imprevistos.

Los Estados parte deben asegurarse, en lo posible, de que todas las propuestas presupuestarias sean accesibles, incluidos los presupuestos de defensa y los gastos realizados a través de entidades no públicas. El proyecto de presupuesto debe presentarse al parlamento y/o al público con suficiente antelación para que la legislatura y/u otros órganos y la ciudadanía puedan examinarlo debidamente. Ese plazo no debe ser de menos de tres meses antes del inicio del ejercicio económico en ningún caso, pues la legislatura debe aprobarlo antes de que empiece.

En el presupuesto o en la documentación conexas debe consignarse un comentario detallado de cada programa de ingresos y de gastos, así como datos no financieros sobre la ejecución, incluidas las metas de ejecución cuando se pueda. Para cada programa debe suministrarse información comparada sobre los ingresos y gastos reales durante el año anterior y un pronóstico actualizado para el año en curso. También debe darse esa información respecto de los datos no financieros sobre la ejecución.

El presupuesto debe incluir una perspectiva a mediano plazo de la evolución de los gastos al menos durante los dos años posteriores al ejercicio económico siguiente. Del mismo modo, las propuestas presupuestarias en curso deben conciliarse con los pronósticos contenidos en anteriores informes fiscales correspondientes al mismo período, explicándose toda discrepancia importante.

En caso de que se autoricen ingresos y gastos mediante legislación permanente, los montos correspondientes deben indicarse, pese a ello, en el presupuesto, con fines informativos, junto con otros ingresos y gastos. Los gastos deben indicarse en términos brutos. Los ingresos asignados y las tasas abonadas por los usuarios deben exponerse claramente por separado, independientemente de que haya sistemas de incentivos y de control que prevean la retención de la totalidad o de parte de los ingresos percibidos por la entidad recaudadora. Los gastos deben clasificarse por unidad administrativa (por ejemplo, ministerio, organismo, etc.). Debe consignarse asimismo información complementaria por categorías económicas y funcionales.

II.2.3 Información oportuna sobre ingresos y gastos

Todos los Estados parte deben velar por la previsibilidad y eficacia de la estimación de la base imponible mediante la interacción entre el registro de contribuyentes y la correcta estimación de los impuestos que les corresponden. Los Estados parte deben tomar medidas para garantizar la transparencia de modo que se informe a las autoridades fiscales de las principales fuentes de ingresos. Han de tener presente que, a nivel internacional, hay sectores que tienden a provocar un mayor riesgo de pagos corruptos. Se trata, entre otros, de los sectores de la extracción, el procesamiento y la distribución de recursos naturales, como los relacionados con los minerales y otros recursos, así como de los de venta de armamentos y aeronaves, los del juego y de productos farmacéuticos.

Todos Los Estados parte deben velar por la efectiva ejecución del presupuesto, de conformidad con los planes de trabajo, para que los ministerios, departamentos y organismos que efectúan gastos reciban información fidedigna acerca de la disponibilidad de fondos, ateniéndose a la cual puedan autorizar gastos en insumos de capital y recurrentes. Deben velar asimismo por que se presenten puntualmente al finalizar el ejercicio estados financieros consolidados, que son fundamentales para la transparencia del sistema de gestión financiera. Para que sean completos, deben contener datos detallados sobre todos los ministerios, departamentos independientes y dependencias autónomas. Además, la capacidad de preparar puntualmente al final del ejercicio esos estados financieros es un indicador clave del buen funcionamiento del sistema de contabilidad y de la calidad de los archivos. En algunos sistemas, cada ministerio, departamento y dependencia presenta sus estados financieros que el ministerio de finanzas consolida después. En los sistemas más centralizados, toda la información para los estados financieros obra en poder del ministerio de finanzas.

II.2.4 Contabilidad, auditoría y supervisión

La presentación fidedigna de información financiera exige comprobar y verificar constantemente las actividades y prácticas de registro y es un componente importante del control interno y la base de una información de buena calidad para la administración y los informes externos. La conciliación oportuna y frecuente de los datos procedentes de diversas fuentes es decisiva para la fiabilidad de los datos.

Todos los Estados parte deben procurar que exista una estructura apropiada de auditoría interna y externa.

En general, las funciones básicas de la auditoría interna pueden definirse de la siguiente manera: un proceso de auditoría básico en el que se examine la exactitud con que se controlan los activos, se justifican los ingresos y se efectúan los gastos; una auditoría global en que se examinen la idoneidad y eficacia de los sistemas de control financiero, operacional y administrativo; un examen de la probidad, la economía, la eficiencia y la eficacia, en que se analice la legalidad de las operaciones y las salvaguardias para evitar el despilfarro, la extravagancia, los gastos poco rentables, el fraude y la corrupción; y una auditoría basada en una gestión completa del riesgo.

Los ministerios de finanzas o de hacienda deben dar orientaciones respecto de la presentación anual de cuentas sobre el nivel y el volumen de la capacidad de auditoría interna en función del tamaño y de la facturación de la entidad, así como del nivel de acreditación profesional para realizar adecuadamente sus funciones de auditoría.

En suma, la administración del órgano público establece la auditoría interna conforme a las directrices del Estado parte y, aunque sea independiente, es parte de las funciones administrativas generales de la organización.

El propósito general de la auditoría externa o estatal es evaluar si la administración cumple sus funciones administrativas, particularmente en lo relativo a la utilización de fondos públicos, y garantizar que se haga de forma responsable. Esta tarea incluirá una evaluación de la labor de la auditoría interna y de la plantilla. Debe haber una relación formal explícita entre la auditoría interna y la estatal en lo relativo a la presentación de informes y a las cuestiones de capacitación y seguridad en el cargo, así como niveles comunes de acreditación e intercambio de personal.

Los organismos de auditoría estatal pueden obtener orientaciones en materia de competencias y de trabajo dirigiéndose a organismos internacionales como la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). En este sentido, en las conclusiones de la XVI conferencia de la INTOSAI, celebrada en el Uruguay en 1998, se apoyó una mayor participación de las entidades fiscalizadoras superiores en la lucha contra la corrupción. Los Estados parte deberían legislar para asegurar la autonomía de la auditoría estatal, su independencia operacional, el nombramiento por la legislatura de un director debidamente calificado, capacidad suficiente para realizar su cometido, el

derecho de ser informada de todo gasto de fondos públicos y el derecho de informar a la legislatura. Los Estados parte deben colaborar con las asociaciones profesionales de contabilidad para promover una mayor capacitación y calificación, basándose en las normas internacionales generales de auditoría.

Son elementos fundamentales para la calidad de una auditoría externa el alcance de la auditoría, el respeto de las debidas normas de auditoría, especial atención a las cuestiones administrativas significativas y sistémicas en sus informes, y la verificación de todos los aspectos de una auditoría financiera, por ejemplo, la fiabilidad de los estados financieros, la regularidad de las operaciones y del funcionamiento de los sistemas de control internos y de contratación pública. También cabría esperar que una auditoría de alta calidad incluya algunos aspectos de auditoría de la ejecución (por ejemplo, si los principales contratos representan la mejor combinación de economía y eficiencia). Debe abarcar los fondos extrapresupuestarios, las entidades autónomas y todo órgano que reciba fondos públicos, incluidos, como se ha señalado, los contratistas del sector privado que intervengan en la contratación pública.

Otro elemento clave para la eficacia del proceso es la oportunidad de los informes y de su seguimiento. La experiencia demuestra que cuando el informe de auditoría aparece unos años después de terminado el período financiero a que se refiere la auditoría, la entidad objeto de ésta puede aducir que las conclusiones ya no están al día y que los funcionarios de que se trata se han ido. Con esto se reduce la presión para actuar. El momento en que se presentan los informes debe reglamentarse por ley o por otro medio eficaz.

Si bien los detalles del proceso dependerán hasta cierto punto del sistema de gobierno, en general, se espera que el poder ejecutivo (las instituciones individualmente auditadas y/o el ministerio de finanzas) dé seguimiento a las conclusiones remediando los errores y las fallas del sistema señaladas por los auditores. Si se ha hecho un seguimiento eficaz de las conclusiones de la auditoría, el poder ejecutivo o la entidad auditada responderán formalmente por escrito indicando de qué manera esos errores y fallas se han subsanado o se van a subsanar. En el informe correspondiente al año siguiente se podría indicar de forma sucinta hasta qué punto se han resuelto los problemas y se han aplicado las recomendaciones de los auditores. Esta información debe someterse a la consideración de las correspondientes comisiones parlamentarias.

La legislatura tiene un papel decisivo en el examen de la ejecución del presupuesto aprobado por ella. Este examen suele encomendarse a una o varias comisiones o comités, que se encargan de analizar los informes de auditoría externa y de interrogar a los responsables acerca de las conclusiones de los informes. La eficacia de estos órganos dependerá de que tengan recursos financieros y técnicos adecuados, derecho a interpellar a los funcionarios públicos y pedir la documentación pertinente, y tiempo suficiente para estudiar los informes oportunamente. En la medida de lo posible, las audiencias deben ser públicas. Además de aprobar las recomendaciones de los auditores externos, la comisión también puede recomendar que el poder ejecutivo tome medidas o

imponga sanciones. Debe tener asimismo autoridad para controlar las medidas correctivas que se hayan tomado.

No solo ha de prestarse atención a las entidades del gobierno central sino a toda entidad que reciba fondos públicos. Es preciso a) exigirles por ley la obligación de presentar a la legislatura informes de auditoría o b) que el ministerio/departamento del que dependen responda a las preguntas y tome medidas en su nombre. Así pues, todos los Estados parte deben asegurarse de que se prevea por ley que las entidades de auditoría estatal sean informadas e informen a la legislatura anualmente y según un calendario convenido de los gastos de fondos públicos por cualquier organismo del sector público o privado. La legislatura debe estar facultada para investigar los casos de presentación tardía o de no cooperación con las entidades de auditoría estatal. A menos que la legislación disponga lo contrario, todos estos informes deben hacerse públicos. También debe exigirse a las entidades de auditoría estatal que examinen y, en su caso, informen de las cuestiones relativas a las normas de gestión financiera y los procedimientos de control en los organismos públicos y de distintos aspectos de los arreglos instituidos por el organismo auditado a fin de garantizar la gestión adecuada de sus asuntos financieros.

La legislatura debe supervisar la utilización de fondos públicos por conducto de las entidades de auditoría estatal, que han de prestar particular atención a toda cuestión irregular o impropcedente. También deben participar en la investigación y denuncia de prácticas impropcedentes, incluidos los casos de fraude, corrupción y otras faltas de conducta, con derecho a informar a la comisión parlamentaria correspondiente.

II.2.5 Sistemas de control interno y gestión de riesgos

La auditoría pública cumple una función al garantizar que quienes manejan el dinero público tengan que rendir cuenta de su utilización. Una práctica procedente debe ser una de las funciones declaradas de toda la gama de cuestiones que abarca una auditoría, que incluye verificar los estados financieros, cuestiones de regularidad y de costo-calidad. Dichas entidades deben examinar y, cuando proceda, informar acerca de las normas de conducta financiera en las entidades públicas y de distintos aspectos de las disposiciones establecidas por la entidad auditada a fin de que sus asuntos financieros se lleven como es debido.

Asimismo los auditores deben informar de los estados financieros y examinar cuestiones de costo-calidad, de gobernanza y, de ser necesario, los casos de fraude y corrupción. Los auditores están facultados para publicar directamente informes relativos a cuestiones de gobernanza o de conducta impropcedente cuando lo consideren de interés público. A menudo, y por necesidad práctica, en apoyo de las declaraciones sobre actos posiblemente ilícitos, se publicará un informe sobre el asunto.

La auditoría interna cumple su propio papel en el examen. Aparte de su función como componente del entorno de control interno arriba señalado, puede actuar de guardiana de una organización en lo que se refiere a una conducta procedente. Su atención al riesgo y a los controles internos, así como su profundo conocimiento de su organización, la sitúan en excelente posición para detectar los casos improcedentes. Por lo tanto, es probable que una estrecha relación con la auditoría interna de una organización sea de gran ayuda para los auditores externos y para los órganos encargados de la prevención e investigación, previstos en los artículos 6 y 36, que examinen la procedencia a fin de hacerse una idea cabal del asunto. Los Estados parte deben garantizar que las entidades de auditoría estatal tengan derecho a intercambiar información y cooperar con esos órganos.

En cuanto a la labor de auditoría en general, y aunque puede que no se le exija realizar determinados procedimientos para detectar casos de improcedencia como parte del examen de los estados financieros, los auditores externos toman medidas razonables para cerciorarse de que no se ha consignado información errónea relacionada con casos de fraude o corrupción y se mantienen alerta ante los casos importantes, posibles o reales, de incumplimiento de las normas generales de conducta pública. En particular, gracias a su labor por comprender el entorno general de control, pueden hacerse una idea general del marco de gobernanza y de las normas de conducta en cuyo ámbito opera la entidad auditada. Esta puede ser una importante fuente de información sobre todo caso de improcedencia. Los auditores deberían:

- familiarizarse con los reglamentos, las normas y demás directrices generales relativas a la realización de los asuntos de la organización;
- solicitar a la administración información sobre las políticas y procedimientos de la entidad en lo tocante a la aplicación de códigos e instrucciones, teniendo en cuenta al mismo tiempo si son suficientemente amplios y actuales; y
- examinar con la administración, los auditores internos y otras entidades pertinentes, las políticas o procedimientos adoptados para promulgar y supervisar el cumplimiento de los códigos e instrucciones pertinentes.

Otros procedimientos para señalar esos casos de improcedencia a la atención de los auditores podrían ser:

- examinar la documentación del proceso de adopción de decisiones a nivel superior;
- evaluar el entorno de control de la entidad, en particular la falta de políticas y procedimientos relativos a esferas en que haya riesgos importantes de fraude, corrupción u otras conductas improcedentes;
- examinar la cultura de la entidad y los arreglos para la publicación de informes oficiales;
- examinar los resultados de las auditorías internas; y

- someter a pruebas pormenorizadas las operaciones o balances.

Los auditores deben comunicar periódicamente y a la administración una evaluación adecuada del desempeño de sus sistemas de control interno. Deben hacerlo respetando las normas internacionales en lo relativo a: a) las disposiciones institucionales apropiadas, en particular en cuanto a la independencia profesional, b) la idoneidad del alcance del mandato, y c) la utilización de métodos de auditoría profesionales, incluidas técnicas de evaluación de los riesgos.

El control interno debe centrarse en la notificación de importantes cuestiones sistémicas en relación con: la fiabilidad e integridad de la información financiera y operacional; la eficacia y eficiencia de las operaciones; la salvaguardia de los activos; el examen de los riesgos; y el cumplimiento de leyes, reglamentos y contratos. En algunos países esas funciones se limitan a las operaciones previas a la auditoría, que en este caso se consideran parte del sistema de control interno, por lo que también deben ser evaluadas. Sería prueba concreta de una auditoría (o sistemas de supervisión) interna eficaz la insistencia en las esferas de alto riesgo, la utilización de los informes de auditoría interna por los auditores externos y las medidas de la administración respecto de las conclusiones de la auditoría interna.

II.2.6 Medidas para preservar la integridad de la documentación pertinente

Los Estados parte deben legislar para que toda la documentación de cualquier entidad que gaste fondos públicos se conserve durante un número de años convenido, con plazos igualmente convenidos para la destrucción de los libros de cuentas y la documentación certificatoria; esta información incluiría una constancia de cada uno de los contratos mencionados. La ley debe exigir que se conserven los documentos originales, ya que los originales de contratos, acuerdos, garantías y títulos de propiedad pueden resultar necesarios para otros fines, inclusive como prueba ante los tribunales.

En la legislación debería hacerse referencia expresa a las esferas de riesgo y vulnerabilidad, así como a los delitos relativos a la documentación pertinente (como los pagos en efectivo, el registro de gastos inexistentes, el asiento de gastos con indicación incorrecta de su objeto, la utilización de documentos falsos y la destrucción deliberada de registros de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley).

Artículo 10: Información pública

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento

y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

I. Sinopsis

El artículo tiene por objeto garantizar que los ciudadanos comprendan cómo funciona la administración pública, que tengan información acerca de las decisiones de los funcionarios públicos y acceso a ellas. Además, las instituciones del Estado deben publicar periódicamente informes sobre su labor, incluidos los riesgos de corrupción inherentes a sus actividades.

Gracias a la transparencia la ciudadanía puede comprobar lo que hace la administración en su nombre y esto fomenta su confianza en las instituciones. Los ciudadanos tienen derecho a recibir información según criterios claramente definidos. Al mismo tiempo, debe haber medios concretos que faciliten el acceso a ella, reglas claras sobre el momento en que debe presentarse y sobre el formato, y procedimientos de reclamación en caso de que se deniegue.

La incorporación de la transparencia y la accesibilidad en el proceso requiere examinar los procedimientos que rigen la adopción de decisiones, el derecho del público a la información acerca de ellos y si es completa, inteligible y disponible. Los Estados parte podrían considerar los medios para examinar los reglamentos existentes y las repercusiones de una nueva legislación, y de ofrecer medios de consulta a la sociedad civil y las entidades jurídicas, como las asociaciones profesionales.

Los Estados parte deben lograr que la voluntad de prevenir la corrupción se refleje en el proceso de adopción de decisiones de la administración. Entre los factores que deben tenerse en cuenta figuran: la complejidad de los procedimientos; el grado de discreción al adoptar decisiones; la transparencia respecto del acceso a la información pública y su disponibilidad; la existencia o no de códigos de conducta, si se cumplen, y su relación con la prestación de servicios. Los Estados parte deben considerar si la reglamentación de la discreción oficial mediante la preparación de reglamentos, prácticas y valores culturales reducirá las condiciones en que la corrupción florece, sin imponer

controles complicados o rígidos que obstaculicen la marcha de los asuntos públicos.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Medidas para fomentar la transparencia en la administración pública

El principal propósito del artículo es lograr que la adopción de decisiones sea más eficiente, transparente y responsable, de modo que las organizaciones públicas sean más abiertas y tengan más en cuenta las necesidades y aspiraciones de la comunidad a la que prestan servicios. Las disposiciones del poder ejecutivo serán decisivas para un acceso efectivo de la ciudadanía al proceso de adopción de decisiones y quienes las toman. La información correspondiente debe darse a conocer mediante folletos y otros medios que expliquen las funciones que cumple la administración y los servicios que presta, cómo obtenerlos, los formularios y otros documentos necesarios y los procesos que se siguen para tomar decisiones, desde la concesión de licencias hasta la contratación pública (véase el artículo 9). Los ministerios y departamentos deben utilizar ampliamente los medios electrónicos para difundir la información general y dar a conocer los procedimientos. Además de la documentación impresa pertinente, la información debe figurar también en un sitio web, si lo hay. En los casos en que el acceso a Internet sea limitado, el gobierno debe facilitar el acceso por medios más tradicionales.

Las características fundamentales de un acceso eficaz son:

- que los responsables de la adopción de decisiones sean conocidos públicamente;
- que también lo sean sus decisiones;
- que la información acerca de las decisiones comunicada al público vaya acompañada de información técnica en lenguaje llano;
- que la población conozca las decisiones que se han tomado y las razones a que obedecen; y
- que haya medios eficientes y accesibles de impugnarlas o recurrirlas.

Todo ministerio o departamento con facultades normativas debe tener una política clara respecto de la adopción, consignación y publicación de sus decisiones. Esta política debe aplicarse particularmente a las decisiones operacionales y administrativas cotidianas. Desde el punto de vista del ciudadano, esa información debe constar en la documentación relativa a la prestación de servicios de todas estas entidades. Debe ser suficientemente clara para que el público sepa básicamente adónde recurrir para solicitar una medida o decisión, la documentación que ha de acompañar las solicitudes, quién toma cada decisión, cómo se puede establecer contacto con esa persona, de qué información se dispone acerca del proceso y ante quién recurrir llegado el caso.

Se considerará que todo funcionario que obstaculice intencionalmente el acceso del público a un documento o cualquier otro material que obre en su poder, que el público tenga derecho a conocer y que sea pertinente a cualquier proceso de adopción de decisiones que se haya declarado públicamente accesible, incluidos todos los reglamentos y procedimientos relativos a una decisión que haya de adoptar ese funcionario, ha cometido un delito conforme al código de conducta (véase el artículo 8) u otras disposiciones o instrucciones administrativas aplicables.

II.2 Acceso a información relativa a la administración pública

El público debe tener derecho a solicitar información pública. Los Estados parte tendrán que establecer y publicar sus políticas sobre la obligación de presentar informes, la accesibilidad a ellos, la definición de documento oficial y las reglas para denegar su divulgación (por ejemplo, por motivos de seguridad nacional, intimidad, etc.), plazos para su entrega y procedimientos de recurso.

Convendría abordar el asunto positivamente. En este sentido, el acceso a la información sobre políticas tendría como punto de partida el principio de que todo documento debe ser accesible, especificando a continuación los motivos para restringir o denegar el acceso. Entre esos motivos cabe mencionar los siguientes: la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; la seguridad pública; la prevención, investigación y enjuiciamiento de actividades delictivas; la protección de la intimidad y otros intereses privados legítimos; la igualdad de las partes con respecto a todo proceso judicial; las políticas económicas, monetarias y cambiarias del Estado; y la confidencialidad de las deliberaciones en las entidades públicas o entre ellas durante la preparación de la política pública.

Las entidades públicas deben considerar asimismo la posibilidad de crear sitios web oficiales accesibles al público, nombrar a los encargados de difundir la información de interés público y utilizar sistemas e instrumentos electrónicos de acceso a la información gubernamental, de contratación pública y de gestión a fin de simplificar los procedimientos administrativos.

Tal vez los Estados parte deseen considerar si convendría que un organismo independiente se ocupara de los procedimientos de acceso a la información y de resolver las reclamaciones, garantizando, además, que el Ombudsman o las entidades de auditoría estatal tengan derecho a considerar las denuncias de denegación de información y, en el caso del primero, de investigar las denuncias por mala administración en lo que atañe a la información y la adopción de decisiones. Los Estados parte también podrían considerar el papel del órgano o los órganos establecidos en virtud del artículo 6 para examinar la relación entre el acceso a la información, la adopción de decisiones y la corrupción.

II.3 Acceso a las autoridades que adoptan decisiones mediante procedimientos administrativos simplificados

En muchos casos puede ocurrir que los procedimientos pierdan actualidad, contradigan o dupliquen procedimientos nuevos, o lleguen a ser desproporcionadamente caros. A menudo esto impone al ciudadano un engorroso papeleo burocrático, hace que el proceso de adopción de decisiones no sea transparente y que se exija al ciudadano presentar la documentación más de una vez, con frecuencia al mismo departamento. Aparte de obstaculizar el desarrollo de un mercado libre y equitativo y la entrada de inversiones, estas prácticas pueden crear condiciones en que funcionarios corruptos abusen de su autoridad y en que proliferen el fraude y la corrupción. Los Estados deben examinar periódicamente la expedición, por ejemplo, de permisos y licencias a fin de determinar si los procesos vigentes son necesarios, si las tasas que se aplican son proporcionales al costo y si es menester que intervenga en el proceso más de una entidad o servicio. Para resolver estas cuestiones, son aspectos clave la calidad, exactitud y accesibilidad de los archivos y los sistemas de registro y gestión de datos utilizados por los departamentos y las posibilidades que ofrece la tecnología de la información y las comunicaciones para que los utilicen interactivamente toda una gama de departamentos a fin de evitar la duplicación y las demoras excesivas a la hora de tomar decisiones.

Como sea, debería haber un enlace más estrecho entre ministerios/departamentos para reducir la carga que los reglamentos imponen a todos los ciudadanos que tratan de obtener información y servicios. Los Estados parte pueden enfocar este asunto de forma más eficaz incluyendo en todas las leyes relativas a licencias, permisos o concesiones cláusulas con fecha de expiración o de examen que simplifiquen las gestiones. Una posibilidad es reducir el número de instancias y reestructurar los procedimientos, por ejemplo, abriendo puntos donde se puedan realizar de una vez todos los trámites, especialmente en la esfera de la prestación de servicios en que hayan extensos contactos con particulares, empresas y otros componentes de la sociedad civil, no solo para disminuir las posibilidades de corrupción, sino para que la actividad administrativa sea más eficaz en función de los costos. Con esto se podrían combinar tipos de licencias y permisos o unificar las gestiones para la expedición de diferentes tipos de licencias y permisos a fin de adquirir más experiencia, utilizar bases de datos complementarias y efectuar economías de escala.

II.4 Presentación periódica de informes, incluidos los riesgos de corrupción

Todas las entidades públicas deberían informar periódicamente de las amenazas de corrupción y de las medidas preventivas que hayan tomado. Estos informes deberían preverse en el marco establecido en el artículo 5 y responder a las siguientes cuestiones: las funciones que desempeña el ministerio o departamento; los procesos que lleva a cabo; los procesos y procedimientos que

pueden dar lugar a fraude y corrupción; los posibles riesgos internos y externos; las medidas preventivas adoptadas; y su evaluación práctica.

Los Estados parte, la legislatura o el órgano u órganos establecidos con arreglo al artículo 6 podrían evaluar periódicamente la necesidad o la rentabilidad de los requisitos y procedimientos existentes para conceder licencias, permisos y concesiones, así como las consecuencias administrativas que esto tendría en las licencias, permisos y concesiones nuevos. También se podrían evaluar las posibilidades de abuso de autoridad o de corrupción. Cada año el órgano u órganos previstos en el artículo 6 deberían publicar, recopilar y examinar las conclusiones de esas evaluaciones.

Artículo 11: Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público

1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados parte en que esa institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga.

I. Sinopsis

El artículo requiere medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial, medidas que podrían incluir normas que regulen su conducta. Los mismos requisitos se aplican también al ministerio público. A los efectos de la presente Guía buena parte de las orientaciones se aplican al poder judicial y al ministerio público. En el caso del poder judicial, las orientaciones valen también para todo el personal de los tribunales. Los Estados parte podrían aprovechar, asimismo, las orientaciones existentes, incluidos los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial de 2002, el Informe sobre el cuarto encuentro del Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, UNODC, 2005, el Manual de las Naciones Unidas sobre medidas contra la corrupción para investigadores y fiscales, 2005, las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales, de las Naciones Unidas, 1990, y las Normas de responsabilidad profesional y la Declaración de derechos y deberes fundamentales de los fiscales, de la Asociación Internacional de Fiscales, 1999. El marco general es la independencia del poder judicial, que debe tenerse presente en todo momento a la hora de formular, promulgar y aplicar las medidas pertinentes.

II. Problemas prácticos y soluciones

Los Estados parte deben tener debidamente en cuenta los tipos y niveles de corrupción, así como las fallas y los puntos vulnerables del poder judicial que requieran examen y atención.

Cualesquiera sean los arreglos institucionales de que disponga un Estado parte para efectuar ese examen, debe analizar la naturaleza y el alcance de la corrupción en el sistema judicial con miras a determinar los puntos débiles que ofrecen posibilidades a los “guardianes” (sean jueces, letrados o funcionarios judiciales). El examen debe abordar no solo la importante cuestión de los procedimientos que se siguen en los nombramientos, el período de ocupación del cargo y otros particulares relacionados con la carrera, sino también detalles más menudos, como las citaciones y su notificación, la obtención de pruebas, la concesión de libertad bajo fianza, el suministro de copias certificadas de los fallos, y la celeridad o demora en la resolución de las causas.

Ello, a su vez, haría que se tomaran medidas para minimizar las oportunidades de corrupción mediante reformas sistémicas para limitar las situaciones en que puede haber corrupción, entre ellas, consultas con grupos de debate entre el poder judicial y usuarios de los tribunales, dirigentes cívicos, letrados, policías o agentes penitenciarios y otros integrantes del sistema judicial, seminarios nacionales para interesados y conferencias de jueces. Puede encargarse de controlar y examinar los progresos en una institución como el Consejo Superior del Poder Judicial, una comisión de servicios judiciales u organismo equivalente, o el Ministerio de Justicia. Esa institución podría considerar la conveniencia y viabilidad de establecer una dependencia de inspección u otro guardián independiente que se encargue de investigar los sistemas o procedimientos aplicables que puedan poner en peligro la integridad real o aparente y de informar al respecto, así como sobre las denuncias de corrupción, o de determinar las razones para que pueda tenerse la impresión de que hay corrupción en el sistema judicial.

II.1 Medidas para reforzar la integridad de los jueces

A los efectos de aplicar el presente artículo, en términos generales la noción de integridad judicial puede definirse de manera que incluya:

- la posibilidad de que los jueces actúen libres de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón;
- la imparcialidad (o sea, sin favoritismo, predisposición o prejuicio);
- una conducta personal intachable a los ojos de un observador razonable;
- la corrección y la apariencia de corrección, tanto personal como profesional, en el desempeño de las actividades;

- la conciencia, la comprensión y el reconocimiento de la diversidad de la sociedad y el respeto de esa diversidad;
- la competencia; y
- la diligencia y la disciplina.

La “independencia judicial” también se refiere a las disposiciones institucionales y operacionales que definen la relación entre el poder judicial y las demás ramas del gobierno y que garantizan la integridad del proceso judicial. Estas disposiciones tienen por fin garantizar la independencia colectiva o institucional del poder judicial necesaria para una actuación equitativa e imparcial respecto de todas las cuestiones de carácter judicial. La independencia del poder judicial requiere tres condiciones fundamentales.

La primera guarda relación con la seguridad de los funcionarios judiciales en su cargo, hasta la edad de la jubilación, por un período determinado o para una determinada tarea, frente a toda injerencia discrecional o arbitraria del poder ejecutivo o de otra autoridad facultada para nombrar funcionarios. En segundo lugar, los titulares de cargos judiciales deben tener seguridad económica, incluido el derecho a un sueldo y una pensión establecidos por ley, sin sujeción a injerencias arbitrarias por parte del poder ejecutivo, de manera que puedan afectar a la independencia judicial. Por último, los Estados parte deben asegurar su independencia institucional respecto de asuntos administrativos que guarden relación directa con el ejercicio de sus funciones judiciales, incluida la gestión de los fondos asignados al sistema judicial. No debe haber ningún elemento externo que pueda inmiscuirse en cuestiones directa e inmediatamente pertinentes a la función decisoria, por ejemplo, la asignación de jueces, las vistas del tribunal y las listas de causas. Aunque deben existir necesariamente ciertas relaciones institucionales entre el poder judicial y el ejecutivo, no deben interferir en el deber de los jueces de dirimir diferencias y defender la ley y los valores de la Constitución.

Para que haya independencia judicial no es necesario que los jueces tengan inmunidad frente a la ley, salvo en lo que toca a juicios civiles por supuesta conducta inapropiada u omisiones en el ejercicio de sus funciones. En muchos países, los jueces están sujetos a jurisdicción penal, al igual que los demás ciudadanos; no están, ni deben estar, exentos de cumplir las leyes generales; y cuando hay motivos razonables que justifiquen que la policía u otros organismos públicos investiguen a jueces o funcionarios judiciales por posibles delitos, la investigación debe seguir el curso que establece la ley.

En otros países los jueces tienen inmunidad frente a acciones penales. En estos casos, el enfoque preferido, para limitar las posibilidades de que los jueces eviten ser enjuiciados por corrupción y para no comprometer la credibilidad del poder judicial, es un enfoque “funcional”, de manera que los jueces gocen de inmunidad únicamente en relación con los delitos cometidos en el desempeño de sus funciones judiciales. Para que el enfoque “funcional” no pueda utilizarse indebidamente a fin de eludir la responsabilidad penal, también es fundamental prever la suspensión de la inmunidad en las circunstancias apropiadas, con

salvaguardias que garanticen un proceso transparente, imparcial y aplicado de forma sistemática.

II.2 Medidas para prevenir las posibilidades de corrupción en el poder judicial

La prevención de la corrupción en el poder judicial reviste dos aspectos: el nombramiento y la promoción de los jueces, y la labor que se les encomienda.

En primer término, es preciso instituir procedimientos transparentes de nombramiento y promoción. Los nombramientos deben basarse en el mérito y obedecer a criterios establecidos que no se aparten de los aplicables en general a otros funcionarios públicos, pero que reflejen, desde luego, la competencia profesional especializada que se necesita para desempeñar las correspondientes funciones. También convendría asegurar que se examinaran debidamente los antecedentes de los candidatos. En muchos países, el ingreso en el poder judicial se realiza por oposición, a la que se añade una capacitación obligatoria en una institución especializada, por ejemplo, la academia judicial. Asimismo, en muchos países el sistema de nombramiento, incluidos los exámenes de ingreso y la capacitación, corre a cargo de mecanismos institucionales del propio poder judicial, como los consejos superiores de la judicatura o comisiones judiciales. Los mecanismos institucionales, bajo la dirección de jueces de categoría superior se encargan de la convocatoria, contratación, designación, promoción, capacitación, conducta y supervisión de los jueces durante su permanencia en el cargo. Estos mecanismos tienen por objeto salvaguardar la independencia de las órdenes judiciales, que no deben ser objeto de injerencia política, mediante intentos de trasladarlos, cesarlos o impedir su promoción. Hacen falta igualmente normas para la destitución de jueces, lo que en muchos países es responsabilidad de los mencionados mecanismos que rigen el poder judicial y se aplica solo en caso de conducta inapropiada o incapacidad probadas con arreglo a criterios establecidos y procedimientos convenidos y transparentes.

En segundo lugar, los Estados parte deben contribuir a reforzar la integridad del poder judicial garantizando que el proceso judicial sea abierto y accesible. Salvo en circunstancias excepcionales, establecidas por ley, los procesos deben estar abiertos al público. Es preciso que los jueces tengan por ley la obligación de exponer las razones en que se basan sus fallos. La integridad del poder judicial, incluida la existencia de un proceso eficaz de recurso, exige que se deje constancia de esas razones.

La administración cotidiana del proceso judicial es un componente importante de la prevención de la corrupción. Entre los elementos de una eficaz administración de los procesos judiciales se cuentan los siguientes:

- la visibilidad de los anuncios (al menos en los tribunales) que detallen procedimientos y procesos;
- sistemas eficaces de llevar y administrar los expedientes judiciales, incluidos los fallos;

- la informatización de los expedientes, incluido el calendario de audiencias, y los sistemas de gestión de las causas;
- la introducción de plazos fijos para las medidas jurídicas que deban adoptarse a fin de preparar las causas para las audiencias; y
- una respuesta rápida y eficaz de los tribunales ante las reclamaciones de la ciudadanía.

Los jueces deben asumir la responsabilidad de reducir las demoras en la vista y conclusión de los procesos judiciales y desalentar las demoras excesivas. Deben instituir mecanismos transparentes para que los letrados y litigantes conozcan en qué etapa está su causa. (Una posibilidad es distribuir mensualmente a los jueces la lista de las causas pendientes). En los casos en que aún no haya requisitos jurídicos y a fin de garantizar la debida diligencia en la administración de la justicia, los propios jueces deben adoptar normas, que se anunciarán públicamente.

El poder judicial debe tomar las medidas necesarias para evitar que los expedientes judiciales desaparezcan o sean retenidos, por ejemplo, informatizándolos. Caso de que se sospeche que se ha cometido alguna irregularidad, los jueces deben asegurarse de que se investigue la pérdida de los expedientes, que habrá de considerarse siempre una violación grave del proceso judicial. En caso de pérdida de expedientes, han de tomar medidas para recuperarlos e instituir procedimientos para evitar pérdidas en el futuro.

El poder judicial debe adoptar un procedimiento transparente y de conocimiento público para asignar causas a los distintos jueces a fin de impedir que los litigantes tengan o parezcan tener control sobre quien adopta las decisiones. En los sistemas judiciales deben adoptarse, según proceda, procedimientos para garantizar la rotación periódica de los jueces, teniendo en cuenta factores apropiados, como el sexo, la raza, el origen tribal, la religión, la pertenencia a una minoría y otros. Dicha rotación es precisa para no dar impresión de parcialidad.

Cuando aún no existan y en el marco de la ley aplicable, el poder judicial debe introducir medidas para reducir las variaciones injustificables entre condenas. Cuando estas no estén prescritas por ley, esto podría lograrse mediante directrices para las condenas y procedimientos afines. Otros métodos de promover la coherencia de las condenas son la disponibilidad de datos y estadísticas sobre el asunto y la capacitación judicial, incluido un manual judicial sobre normas y principios en la materia.

II.3 Códigos y normas

Para promover la integridad del proceso judicial pueden tomarse varias medidas.

Una de ellas, importante, consiste en imponer como requisito de ingreso un alto nivel de formación jurídica, que se mantenga mediante un desarrollo

profesional permanente. Los Estados parte deben plantearse la posibilidad de apoyar la realización de programas de capacitación constante administrados para los jueces, con regularidad. Quienes se encargan de la formación judicial y jurídica deberían considerar, asimismo, la posibilidad de brindar a los jueces una formación jurídica más general en esferas como el derecho internacional, incluidos el derecho humanitario internacional y la normativa internacional de derechos humanos, el derecho ambiental y la filosofía del derecho. La formación judicial debería abarcar la capacitación en materia de parcialidad (real o aparente) y la obligación de un juez de inhabilitarse en tales casos.

Otra medida es la adopción y observancia de un código nacional de conducta judicial que refleje las normas internacionales vigentes. El código debe, cuando menos, imponer a todos los jueces la obligación de declarar públicamente sus bienes y deudas y los de sus familiares. Debe reflejar también el requisito previsto en el artículo 8 de revelar los conflictos de intereses de carácter más general. Esas declaraciones deben actualizarse periódicamente. Es preciso que un funcionario independiente las verifique tras el nombramiento y que las controle cada tanto, como parte de la labor de un órgano de supervisión judicial o del órgano u órganos establecidos en virtud del artículo 6.

Un código de conducta sólo será eficaz si su aplicación se controla periódicamente y se establece un mecanismo creíble que reciba, investigue y evalúe las reclamaciones de que sean objeto los jueces y demás funcionarios judiciales de forma justa y rápida. Debe preverse también un proceso con las debidas garantías en el caso de jueces a quienes se investigue por haber sido falsa o infundadamente acusados de corrupción por litigantes defraudados y por otros.

Un código de conducta judicial puede complementarse con un código similar para el personal judicial.

Otra medida guarda relación con la responsabilidad de las asociaciones de letrados o colegios de abogados por promover las normas profesionales. Estas entidades tienen la obligación de comunicar a las autoridades pertinentes cualquier sospecha razonable de corrupción. Deben, asimismo, explicar a sus clientes y al público los principios y procedimientos para presentar denuncias contra los jueces y el personal judicial. Además, tienen el deber de establecer medios eficaces de imponer sanciones disciplinarias contra sus propios miembros cuando se presume que han intervenido en la corrupción de jueces o del personal judicial. En caso de que se demuestre la participación de un miembro de la abogacía en la corrupción de un juez o de otro funcionario judicial o de un colega, es preciso que existan medios adecuados para investigar y, si procede, expulsar al culpable.

Por último, vista la importancia fundamental del acceso a la justicia para garantizar la verdadera igualdad ante la ley, el costo de la asistencia letrada privada y las limitaciones habituales de la disponibilidad de asistencia jurídica pública, debería considerarse la posibilidad, de conformidad con las disposiciones aplicables y en colaboración con la abogacía, de tomar diversas

iniciativas para fomentar el acceso a la justicia y las normas judiciales, por ejemplo, alentando a los abogados a prestar asistencia jurídica gratuita a determinados litigantes.

Los jueces deben aprovechar las ocasiones de insistir en la importancia del acceso a la justicia, ya que éste es fundamental para que se respeten verdaderamente la constitucionalidad y el estado de derecho. En vista de la complejidad de los casos de corrupción, los Estados también deberían considerar la posibilidad de proporcionar a los jueces capacitación especializada en materia de corrupción.

II.4 Medidas para reforzar la integridad de los fiscales

Es posible que deban tomarse medidas para velar por que el ministerio público cumpla sus funciones de conformidad con la ley y de manera imparcial, coherente y expedita, respetando la dignidad humana y defendiendo los derechos humanos, contribuyendo así a garantizar el respeto de las vías de derecho y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.

En el desempeño de sus funciones, el ministerio público debe: a) desempeñar sus funciones de manera imparcial y evitar toda discriminación por motivos políticos, sociales, religiosos, raciales, culturales, sexuales o de otra índole; b) proteger el interés público, actuar con objetividad, tomar debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima y prestar atención a todas las circunstancias pertinentes, con independencia de que beneficien al sospechoso; c) respetar la confidencialidad de los elementos que obren en su poder, a menos que el cumplimiento de sus deberes o la justicia requieran otra cosa; y d) considerar las opiniones y preocupaciones de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y velar por que sean informadas de sus derechos de conformidad con la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. En este sentido, puede resultar de ayuda el Núm. 5 de la Best Practice Series de la Asociación Internacional de Fiscales “Victims” (www.iap.nl.com).

II.5 Medidas para prevenir la corrupción en el ministerio público

En los países en que los fiscales son independientes, la ley o las reglas y reglamentos publicados deben contener directrices para mejorar la imparcialidad y coherencia de la adopción de decisiones en el proceso de enjuiciamiento, incluidas las decisiones de procesar o no.

II.6 Códigos y normas de conducta para los fiscales

Como funcionarios públicos, que pueden cumplir con sus responsabilidades profesionales de manera independiente y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 7, los fiscales deben estar protegidos contra la acción arbitraria de los gobiernos y estar exentos de cumplir órdenes ilegítimas o contrarias a las normas o a la ética profesionales. Tienen derecho a las mismas condiciones que todos los

funcionarios públicos. En general, los procedimientos de nombramiento y promoción que se les aplican deben basarse en factores objetivos, especialmente en criterios relativos a sus calificaciones profesionales, aptitudes, integridad, desempeño y experiencia. Las condiciones de sus períodos de permanencia en el cargo, remuneración, pensión y edad de jubilación han de ser razonables y reglamentarias, y se les debe permitir adherirse a asociaciones profesionales u otras organizaciones para representar sus intereses, promover su capacitación profesional y proteger su jerarquía.

Deben poder desempeñar sus funciones profesionales sin intimidación, obstaculización, hostigamiento, injerencia indebida, o injustificada exposición a responsabilidad civil, penal o de cualquier otro tipo. Cuando su seguridad personal o la de sus familiares se vea amenazada como resultado del correcto desempeño de sus funciones, han de recibir de las autoridades protección física. Al igual que otros funcionarios públicos, cuando sea necesario aplicarles medidas disciplinarias por denuncias de presunta transgresión de las normas profesionales apropiadas, deberán ser oídos en audiencias expeditivas y justas, y con arreglo a la ley.

Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de formular sus propias normas utilizando el Manual de las Naciones Unidas sobre medidas contra la corrupción para investigadores y fiscales, de 2005, como documento de trabajo con miras a incorporar una serie de requisitos fundamentales. El primer requisito es la primacía del código de conducta. Los fiscales mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión y procederán siempre de manera profesional, conforme a la ley, las normas y la ética profesional. Deben desempeñarse en todo momento con la mayor integridad y dedicación, esforzarse por lograr y demostrar uniformidad, independencia e imparcialidad. Deberán proteger el derecho de un acusado a un juicio justo en todo momento y, en particular, asegurar que las pruebas a favor del acusado sean presentados conforme a la ley o los requisitos de un juicio justo. Deberán servir y proteger el interés público en todo momento y respetar, proteger y defender el concepto universal de la dignidad humana y los derechos humanos.

Cuando los fiscales gocen de discreción e independencia en una determinada jurisdicción, esta última deberá ejercerse libre de injerencia política o de otro tipo de injerencia inapropiada (por ejemplo, por parte de los medios de comunicación o de intereses sectoriales). La discreción, debe ejercerse sobre la base de motivos profesionales. Una importante salvaguardia para que se ejerza como es debido el requisito de que los fiscales hagan constar las razones para desistir de una causa que les hayan remitido las autoridades encargadas de la investigación o para no instruir una acción. Además, los afectados, deben tener la posibilidad de que se revise la decisión del fiscal de no enjuiciar. Si distintas autoridades de los fiscales estuviesen facultadas a impartir instrucciones generales o específicas a los fiscales, dichas instrucciones deberán ser transparentes, ser compatibles con las normas legales vigentes, y estar sujetas a las pautas establecidas para proteger la realidad y la percepción de la independencia de los fiscales.

En general, los fiscales desempeñarán sus funciones sin temor, favoritismo ni prejuicios y actuarán de manera imparcial. Permanecerán ajenos a los intereses individuales o sectoriales, así como a las presiones del público o de los medios y solo deberán tener en cuenta el interés público. Actuarán con objetividad, y procurarán que se realicen todas las diferencias probatorias necesarias y se den a conocer los resultados, independientemente de que estos indiquen la culpabilidad o la inocencia del acusado. Buscarán siempre la verdad y ayudarán al tribunal a alcanzarlas, conforme al derecho y a los principios de justicia.

Deberán regirse por un código de conducta que refleje las orientaciones dadas a todos los funcionarios públicos en el artículo 8. Deberá incluir requisitos particulares que reflejen los problemas concretos con que se enfrenten los fiscales.

Como parte del proceso judicial, los fiscales contribuirán a la imparcialidad y efectividad de los procesos penales en cooperación con la policía, los tribunales, los abogados defensores y todo otro organismo de gobierno nacional o internacional, y brindarán asistencia a los ministerios públicos y colegas de otras jurisdicciones, conforme a la ley y en un espíritu de mutua cooperación.

Lo dicho respecto de la capacitación de los jueces, incluida la formación especializada en la lucha contra la corrupción, se aplica igualmente a los fiscales.

Artículo 12: Sector privado

1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;

c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;

d) *Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;*

e) *Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un periodo razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación, cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;*

f) *Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación:*

3. *A fin de prevenir la corrupción, cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:*

a) *El establecimiento de cuentas no registradas en libros;*

b) *La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;*

c) *El registro de gastos inexistentes;*

d) *El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;*

e) *La utilización de documentos falsos; y*

f) *La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.*

4. *Cada Estado parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.*

I. SINOPSIS

El artículo tiene tres objetivos concretos: hacer frente a la corrupción en el sector privado, mejorar las funciones de prevención y control en el sector privado mediante normas de contabilidad y auditoría y, cuando proceda, prever sanciones en caso de incumplimiento. Abordar la corrupción en el sector privado

aporta una serie de beneficios, por ejemplo, promover la confianza de los inversionistas y proteger los intereses del consumidor. Debe tenerse en cuenta que este artículo es una de las innovaciones de la Convención, ya que aborda los casos de corrupción que se producen enteramente en el sector privado.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Medidas para prevenir la corrupción en el sector privado

Al preparar las estrategias preventivas propuestas en el artículo 5, puede ser eficaz y conveniente recabar la participación de las entidades jurídicas o de las asociaciones representativas de éstas en el examen de los procedimientos administrativos previstos en el artículo 10 y en la labor de todo órgano establecido en virtud del artículo 6. En lo que respecta a promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, las esferas fundamentales son los códigos de conducta, la orientación en materia de corrupción, los códigos de gobernanza empresarial, las reglamentaciones relativas a los conflictos de intereses y los controles de auditoría interna. Los Estados parte deben requerir -o invitar a las bolsas u otros organismos de reglamentación a que exijan- que esas normas y procedimientos sean parte de todo reglamento de admisión a cotización en bolsa de las empresas. Dentro de las empresas, estas normas deben integrarse en un programa de ética y conducta que contribuya a garantizar que el personal, independientemente de las funciones que desempeñe y del lugar en que trabaje, comprenda y respete los valores y principios de la empresa en su conducta diaria, sus relaciones y decisiones, y que acate las políticas jurídicas, organizacionales, profesionales y reglamentarias. En la medida de lo posible y en el marco jurídico de un Estado parte, deben ser un requisito de la auditoría comentarios acerca de las normas y procedimientos.

II.2 Medidas para promover las normas de contabilidad y auditoría

Los Estados parte deben asegurarse de que las normas de auditoría y los marcos del sector privado en lo relativo al establecimiento de parámetros para la realización de controles internos incluyan orientaciones y procedimientos claros respecto de las funciones fundamentales de la auditoría interna en el sector privado. En general, han de incluir los elementos siguientes: un proceso de auditoría básico que examine la eficacia con que se controlan los activos, se contabilizan los ingresos y se consignan los gastos; una auditoría global que examine la identidad y eficacia de los sistemas de control financiero, operacional y administrativo; auditorías que examinen la legalidad de las operaciones y las salvaguardias contra el fraude y la corrupción; y una auditoría basada en la gestión de todos los riesgos.

Las entidades jurídicas deben estar obligadas por ley a mantener los debidos registros financieros y a preparar estados financieros periódicos. En el caso de las empresas más grandes, como las entidades legales que se cotizan en

bolsa, o así como las grandes empresas que no cotizan o que son de propiedad particular, que realizan importantes operaciones internacionales, debe exigirse que las cuentas sean objeto de auditoría externa y que se publiquen cada año. Dichas cuentas deben estar registradas ante una entidad pública responsable de la inscripción de las empresas y de su contabilidad. Se impondrán requisitos de auditoría externa más detallados a las empresas que cotizan en bolsa, según lo especificado por las bolsas de comercio y las autoridades reguladoras.

Los Estados parte cooperarán con las asociaciones contables profesionales representativas para promover la capacitación, las calificaciones y el desarrollo profesional continuo.

II.3 Sanciones civiles, administrativas y penales para el sector privado

Al examinar su legislación o su sistema de reglamentación, los Estados podrían considerar la posibilidad de buscar orientaciones o ideas en la labor de organizaciones o entidades internacionales. Actualmente se están revisando las Normas Internacionales de Auditoría (ISA). La ISA 240 acaba de ser modificada y se centra en el comportamiento que se espera de un auditor, que al certificar unos estados financieros, detecta un fraude. Es probable que esto aumente la contribución de la profesión a la prevención y detección de la corrupción. En principio, corresponde al mundo empresarial aplicar estas normas, pero no cabe duda de que los Estados pueden contribuir a este proceso de diversas maneras.

Los Estados parte suelen prever sanciones penales apropiadas para los culpables de corrupción en el sector privado. Los tribunales y otras entidades reguladoras deben tener la autoridad de imponer toda otra gama de sanciones, entre ellas sanciones financieras, indemnizaciones y decomiso, inhabilitación, intervención o cierre de la empresa, descalificación de sus directores y suspensión de la acreditación profesional, por ejemplo, de los contables y abogados de la empresa.

II.4 Medidas para promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el sector privado

En el artículo 39 se examina la promoción de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades pertinentes del sector privado. Si bien puede que no haya una obligación específica de denunciar los delitos ante las autoridades pertinentes -aunque algunos países exigen que se denuncie el blanqueo de dinero-, los Estados parte deben alentar a las personas jurídicas a denunciar los delitos relacionados con la corrupción, aunque sería preferible que todos las personas naturales y jurídicas estuvieran obligadas a hacerlo por ley. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley, a su vez, deberían considerar la posibilidad de preparar y ofrecer seminarios de sensibilización, establecer puntos de contacto y dar asesoramiento preventivo.

II.5 Normas y procedimientos para salvaguardar la integridad del sector privado

Aunque quizás sea discutible hasta qué punto el gobierno debe reglamentar el sector privado, el propio sector debe ser consciente de la necesidad de que las empresas actúen con integridad, ética y responsabilidad social para con los interesados (como los clientes, el público, los empleados y los accionistas). Sin embargo, la capacidad de afrontar cuestiones de conducta comercial y/o de lograr que en las actividades se tengan en cuenta las responsabilidades y obligaciones de la empresa plantea dificultades complejas. Las entidades comerciales existen para obtener beneficios. Al mismo tiempo, cada vez es más frecuente que los interesados, incluidos los reguladores, los proveedores, los compradores y el público en general, les impongan obligaciones que van más allá de ese objetivo. Uno de los métodos a que recurren las empresas para hacer frente a estas obligaciones aparentemente conflictivas consiste en elaborar códigos de conducta, o programas de ética o de gobernanza empresarial, y en ajustarse a los requisitos y expectativas que se imponen al sector privado. En los últimos años se han formulado varios principios o modelos⁵ que constituyen una buena parte de inspiración. A raíz de una reciente iniciativa, muchos de estos principios se están examinando para que concuerden con los consagrados en la Convención.

II.6 La transparencia en el establecimiento y la gestión de empresas

Los Estados parte deben velar por que exista un organismo público legalmente responsable de aprobar la inscripción de las empresas y de recibir sus cuentas. Los procedimientos de inscripción y la información para las entidades jurídicas inscritas en cada país deben garantizar que se consignen y verifiquen todos los datos sobre los intervinientes. Los organismos públicos deben estar autorizados a recabar (mediante poderes vinculantes, citaciones judiciales, etc.) información acerca de las personas naturales y jurídicas de que se trate cuando se sospeche de alguna actividad ilícita o cuando ellos u otros la requieran para desempeñar sus funciones reguladoras.

⁵ Por ejemplo, los Principios sobre gobernanza empresarial de la OCDE (OECD Principles on Corporate Governance), revisados en 2004, (http://www.oecd.org/document/49/0,3343,en_2649_34813_31530865_1_1_1_1,00.html), las Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, de la Cámara de Comercio Internacional (<http://www.icc.se/policy/mutor/iccrules2005.pdf>), los Principios para hacer frente al cohecho ("Principios PACI") de la Iniciativa de Alianza contra la Corrupción, refrendados dentro del contexto del Foro Económico Mundial (http://www.weforum.org/pdf/paci/PACI_PrinciplesWithoutSupportStatement.pdf); y los principios de Transparencia Internacional para hacer frente al cohecho (Transparency International Business Principles for Countering Bribery (http://www.transparency.org/global_priorities/private_sector/business_principles)).

II.7 Prevención de la utilización indebida de los procedimientos que regulan las entidades privadas

Los Estados parte deben garantizar que todos los requisitos para la adjudicación de contratos públicos se ajusten a las políticas y prácticas estipuladas en el artículo 9. Las empresas deben ser conscientes, en particular, de las consecuencias de no acatar esos requisitos, incluidas la inhabilitación o la anulación del contrato.

Los Estados parte deben examinar la persistente necesidad de ciertos tipos de licencias y permisos cuando tales disposiciones no tienen pertinencia gubernamental directa o estratégica, cuando hay posibilidades de abuso, y cuando hay fuerzas del sector privado que pueden ser reguladores más eficaces. Cuando proceda, debe contemplarse la posibilidad de agilizar la concesión de permisos, incluido el establecimiento de entidades en las que puedan realizarse de una vez todos los trámites, a fin de elaborar normas de prestación de servicios claras y fáciles de obtener. Estas normas deben comunicarse a todos los solicitantes para que puedan determinar el nivel de servicios que pueden esperar, la documentación necesaria y las vías de recursos disponibles en caso de incumplimiento por parte de la entidad expedidora.

II.8 Restricciones posteriores al empleo de funcionarios públicos en el sector privado

Todos los Estados parte deberían tener procedimientos formales que rijan el paso de los funcionarios públicos, tras su renuncia o jubilación, a las entidades del sector privado con las que hayan tenido tratos mientras desempeñaban funciones públicas, o que tengan interés en información confidencial o comercial que obre en poder de estos, o en las que puedan ser empleados para influir a sus antiguos empleadores o colegas. Estos procedimientos deben aplicarse tanto a los funcionarios elegidos como a los designados. Los Estados parte deberían considerar la posibilidad de prescribir sanciones que tendrían consecuencias concretas para los funcionarios públicos que intenten:

- utilizar su cargo para favorecer a empleadores potenciales;
- buscar empleo en el curso de los tratos oficiales en que intervengan;
- utilizar indebidamente la información confidencial que hayan obtenido a través de su cargo público;
- representar intereses privados en un asunto del que se encargaron como funcionarios públicos; y
- representar (dentro de un plazo establecido) a partes privadas respecto de cualquier asunto de que se ocupe la oficina u organismo en que estaban empleados anteriormente.
- La definición de las actividades posteriores a la función pública y los procedimientos que rijan el paso al sector privado deben ser claros y

comprensibles. Los Estados parte podrían considerar las siguientes posibilidades:

- incluir una autorización en las condiciones de contratación para todos los cargos;
- reservarse el derecho de imponer condiciones a la utilización de información y a los contactos con empleadores anteriores;
- reservarse el derecho de notificar a los competidores del sector privado el traslado de un funcionario público importante a una empresa rival; y
- reservarse el derecho de inhabilitar a toda entidad del sector privado para realizar operaciones con el Estado de incumplirse alguna de las condiciones.

Al elaborar estas disposiciones, los Estados parte deberían considerar:

- la duración de las restricciones;
- el nivel o grupo concreto de funcionarios sometidos a estas restricciones; y
- la necesidad de definir con cierta precisión la esfera en que se prohíbe a los ex funcionarios públicos actuar de representantes de entidades privadas.

II.9 Procedimientos de auditoría interna y certificación

Los Estados parte deben exigir -y, en caso de incumplimiento, aplicar sanciones adecuadas- a las entidades obligadas a presentar anualmente sus cuentas, auditadas si procede, que lo hagan y sean pasibles de multa en caso de hacerlo tardíamente o de forma incompleta. También pueden dar orientaciones ellos mismos o por conducto de las bolsas, los reguladores financieros o las asociaciones representativas, acerca del nivel y el volumen de la capacidad de auditoría interna en función del tamaño y la cifra de negocios de la entidad, así como del nivel de acreditación profesional necesario para efectuar adecuadamente sus funciones de auditoría.

II.10. Mantenimiento de libros, registros, divulgación de los estados financieros y normas de contabilidad y auditoría

Los Estados parte deben cerciorarse de que haya disposiciones legislativas apropiadas para que toda la documentación relativa a la actividad de una empresa se conserve durante un número convenido de años, con plazos para la destrucción de los libros principales de cuentas y demás documentación certificatoria. La legislación debe definir claramente qué ha de entenderse por documento o fuente de información, así como los documentos originales o la información que deban conservarse (los originales de contratos, acuerdos, garantías, títulos de propiedad, etc. pueden requerirse para otros fines, incluso para presentarlos como prueba ante los tribunales). La legislación debe hacer referencia específica, en forma de disposiciones, requisitos y sanciones a: las cuentas no registradas en libros; el registro de gastos inexistentes; el asiento de

gastos en los libros con indicación incorrecta de su objeto; la utilización de documentos falsos; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

II.11 Denegación de la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno y de otros conexos

Los Estados parte deben promulgar legislación para que las empresas no puedan reclamar deducciones tributarias respecto de gastos que puedan constituir soborno. Esta prohibición se hace extensiva al soborno de funcionarios públicos extranjeros y debería abarcar también a los particulares. Esta prohibición debe exponerse claramente, y las autoridades fiscales deben procurar que el pago de sobornos no pueda ocultarse en categorías legítimas, como la de “gastos sociales y de representación” o “comisiones”. Las medidas tributarias sólo contribuirán eficazmente a la detección de delitos de corrupción si las autoridades fiscales están obligadas o, al menos, autorizadas a notificar sus sospechas de corrupción a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

Artículo 13: Participación de la sociedad

1. Cada Estado parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;

b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;

c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;

d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;

ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. *Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.*

I. Sinopsis

La prevención y el control de la corrupción son una forma de promover la buena gobernanza y una reforma más amplia de los servicios públicos para que sean más eficientes y eficaces, para que la adopción de decisiones sea más transparente y equitativa y para que los presupuestos y las leyes se ajusten más a las necesidades y expectativas de la sociedad en general y a las de sus miembros más vulnerables y pobres en particular. Los afectados indirectamente por la corrupción -a causa del uso indebido de fondos y recursos públicos- o directamente -al verse obligados a pagar sobornos para obtener servicios públicos- deben participar en los procesos destinados a determinar qué necesidades han de abordarse, en qué orden, y quién debe encargarse de ello.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Promoción de la participación de la sociedad en la prevención de la corrupción

Los Estados parte deberían adoptar un enfoque amplio al decidir qué abarcan la sociedad y las asociaciones representativas con quienes deben colaborar. Es menester una visión y comprensión generales de la sociedad, que incluya las ONG, los sindicatos, los medios, las organizaciones religiosas, etc., y también a aquellos con quienes es probable que el gobierno no mantenga una estrecha relación. Los Estados parte deben asegurarse también de que se tomen en cuenta las perspectivas y opiniones de quienes no tienen ninguna forma de representación, en particular los grupos sociales que estén marginados, por ejemplo, mediante encuestas de los hogares y de otro tipo.

II.2 Sensibilizar a la opinión pública con respecto a la corrupción

Muchos organismos de lucha contra la corrupción realizan campañas eficaces en este campo, pero el propósito de la Convención es que la sensibilización se respalde a todos los niveles como prioridad y compromiso público del gobierno. Todos los organismos públicos deben indicar su determinación de prevenir la corrupción. En este sentido son especialmente importantes los medios que tengan los ciudadanos de expresar sus preocupaciones o presentar denuncias sin temor a intimidación o represalias. Es preciso realizar esfuerzos especiales por llegar a los sectores más pobres de la sociedad, que a menudo se ven desproporcionadamente perjudicados directa e indirectamente, por la corrupción. En las campañas se debe explicar claramente

qué es la corrupción, el daño que causa, los comportamientos prohibidos y las medidas necesarias para combatirlos.

II.3 Promoción de la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones

Los Estados parte pueden hacer que la ciudadanía participe en la elaboración de las estrategias preventivas mediante representación directa, como se prevé en el artículo 5, o a través de los órganos establecidos en virtud del artículo 6. La labor emprendida conforme al artículo 5 incluirá evaluar a fondo la idea que el público se hace de la prestación de servicios administrativos, así como el derecho a la información previsto en ese mismo artículo.

II.4 Información y educación públicas

Los órganos mencionados en los artículos 6 y 36 deben realizar campañas publicitarias y establecer puntos de contacto apropiados en que los ciudadanos puedan presentar sus denuncias. Parte de estas campañas pueden ser folletos y carteles visiblemente expuestos en todas las entidades públicas, que deberán publicar, asimismo, su propia información sobre los servicios que prestan y las funciones que desempeñan, incluida información sobre la forma de denunciar la corrupción.

Concretamente, el órgano u órganos previstos en el artículo 6 deben colaborar con las instituciones del sector público para que la información acerca de las medidas de lucha contra la corrupción se difunda a los organismos pertinentes y a la ciudadanía, así como a las ONG, grupos de reflexión locales e instituciones educativas, para promover la labor preventiva y la integración de la sensibilización acerca de la corrupción en los programas de estudio escolares y universitarios.

II.5 Libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción y restricciones correspondientes

Los Estados parte deben examinar sus disposiciones para la concesión de licencias y otras disposiciones relativas a los medios de distinto tipo a fin de asegurarse de que no se utilicen con fines políticos o partidistas para restringir la investigación y publicación de casos de corrupción. Al mismo tiempo, si bien quienes hayan sido objeto de acusaciones han de poder recurrir a los tribunales para defenderse de informes periodísticos infundados o inexactos, los Estados parte deben garantizar que su marco legislativo o constitucional respalde la libertad de reunir, publicar y difundir información y que las leyes en materia de seguridad del Estado, calumnias y difamación no supongan una carga, un costo o restricciones que favorezcan a una parte en desmedro de la otra.

II.6 Sensibilización del público acerca de los órganos de lucha contra la corrupción

Los Estados parte podrían asegurarse de que las entidades públicas pertinentes, como los organismos de lucha contra la corrupción, (preventivos y de investigación), el Ombudsman y las comisiones electorales tengan la obligación formal y los recursos para emprender programas de formación y capacitación destinados a instituciones educativas, grupos cívicos y otros órganos de la sociedad civil.

II.7 Acceso del público a la información

Uno de los principales problemas en lo tocante a la simetría de las relaciones entre el gobierno y el ciudadano es que este último no conozca y no comprenda sus derechos ni la forma en que funciona el gobierno. Muchos de los motivos posibles de sospecha y desconfianza recíproca podrían atenuarse mediante la introducción de la educación cívica, que, además, tiene la ventaja adicional de informar a los jóvenes de la posibilidad de una carrera pública o de participar en la actividad política. Los Estados parte deben considerar si una ley de libertad de información contribuiría a aclarar las oportunidades disponibles, así como los posibles medios y procedimientos de acceso. En todo caso, los Estados parte deben publicar su política en materia de libertad de información y de acceso a esta, ya que han de garantizar el derecho de todos los que lo soliciten a obtener la documentación pública que obre en poder de las autoridades sin discriminación. En el artículo 10 se dan más orientaciones sobre este particular.

II.8 Denuncias (anónimas) de corrupción

Los Estados parte deberían tener presente la importancia de promover la buena disposición de los ciudadanos a denunciar la corrupción. Así pues, podrían tener en cuenta la experiencia de los Estados que no sólo protegen a los funcionarios públicos o a los empleados de entidades jurídicas, sino a toda persona que comunique una sospecha de corrupción, independientemente de su condición.

En el artículo 33 se examina más detalladamente este particular, pero los Estados parte podrían considerar la posibilidad de formular directrices para informar a la ciudadanía de la autoridad a la que deben dirigirse para notificar sospechas de corrupción y la manera de hacerlo. Deben velar por que, con sujeción a las garantías jurídicas contra las denuncias infundadas o difamatorias, quienes desconfíen de los cauces establecidos o teman la posibilidad de ser identificados o de sufrir represalias puedan presentar sus denuncias a los órganos mencionados en el apartado II.7.

Artículo 14: Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Los Estados parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;

b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y

c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. *Los Estados parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.*

I. Sinopsis

La aplicación de una estrategia global de lucha contra el blanqueo de dinero abarca una amplia gama de opciones en la que hay diversas cuestiones que deben ser examinadas desde perspectivas diferentes.

En el aspecto preventivo de la estrategia, tema del artículo 14, se supone una mayor participación del sector privado, especialmente de quienes actúan de intermediarios financieros, en cooperación con las instituciones públicas, pero también bajo su supervisión. Al aplicar la estrategia preventiva se plantearán importantes opciones según diversos factores, entre ellos, el papel de los servicios financieros en la economía del país, el volumen de la economía no estructurada, las relaciones entre el sector financiero y quienes lo regulan, la capacidad de coordinación entre las distintas entidades públicas y los recursos financieros y humanos que el Estado parte pueda dedicar a esta estrategia.

La prevención del blanqueo de dinero es obra conjunta de diversas instituciones y agentes públicos y privados. El sector privado, fundamentalmente los intermediarios financieros, cumple la función de “guardián”. En vista de su contacto directo con los posibles blanqueadores que tratan de introducir en el sistema financiero o de trasladar dentro de él dinero ilícito, están en excelente situación para prevenir esas operaciones, o, cuando se realizan, denunciarlas y seguir la pista documental. En cambio, el sector público se ocupa de la reglamentación y supervisión. La reglamentación se traduce en la promulgación de las reglas necesarias para detectar e impedir toda forma de blanqueo de dinero, y la supervisión supone la aplicación de esas reglas, mediante sanciones o recurriendo a la cooperación.

II. Problemas y soluciones

II.1 Elección del marco institucional más pertinente para la lucha contra el blanqueo de dinero

Los Estados parte deben adoptar medidas a la luz de tres subcomponentes distintos de un sistema preventivo del blanqueo de dinero: su alcance, los encargados de aplicarlo y las obligaciones mínimas.

Los Estados parte han de establecer un “amplio régimen interno de reglamentación y supervisión a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero”. En la medida en que el sistema abarque los aspectos de reglamentación y de supervisión, los Estados parte pueden optar por el sistema que mejor se adapte a sus circunstancias, habida cuenta de los requisitos que supone y de la complejidad de su aplicación.

Por ello, los Estados parte pueden variar los componentes de sus “regímenes de reglamentación y supervisión” nacionales. A efectos del presente artículo, y teniendo presentes los requisitos establecidos en el artículo 58, podrían considerar la posibilidad de evaluar o determinar el marco institucional general del régimen de su preferencia y establecer, en consecuencia, los criterios apropiados de prevención y cooperación internacionales.

Un régimen eficaz de lucha contra el blanqueo de dinero debe incorporar los siguientes elementos:

- las instituciones financieras y no financieras deben tener la obligación de tomar medidas a fin de evitar que se utilicen sus servicios para blanquear dinero. Entre estas medidas deben figurar procedimientos de diligencia debida respecto de los clientes a fin de poder elaborar un perfil del cliente y de la actividad prevista, vigilarla y denunciar operaciones sospechosas o inusuales que no se ajusten a él;
- la información suministrada por las instituciones financieras y los datos de inteligencia procedentes de otras fuentes deben recopilarse, comunicarse, según proceda, a otras autoridades nacionales e internacionales, y analizarse para que constituyan la base de las correspondientes medidas represivas; y
- toda denuncia de blanqueo debe investigarse y, cuando proceda, llevar al embargo preventivo y la incautación, y a actuaciones judiciales.

La mayoría de los países ya han establecido órganos de reglamentación y supervisión que se encargan de imponer normas de conducta a las instituciones financieras, como bancos, compañías de seguros, sociedades de valores y oficinas de cambio. Tales órganos suelen tener suficientes facultades de supervisión y reglamentación, están familiarizados con el funcionamiento de las instituciones financieras, controlan la capacidad y propiedad de estas instituciones y su administración, y se centran en lograr las más elevadas normas de gobernanza empresarial, controles internos, ética del personal y comportamiento apropiado. Por ello, muchos países les encargan que impongan medidas para prevenir el blanqueo del producto de la corrupción. En cambio, algunos asignan esta misión a un órgano distinto (por lo general la dependencia de inteligencia financiera creada para que cumpla la segunda de estas funciones). Este modelo institucional tiene la ventaja de concentrar los conocimientos en el blanqueo del producto de la corrupción, pero debe ser cuidadosamente elaborado para evitar el peligro de dar instrucciones contradictorias a las instituciones y de duplicar el examen de la capacidad y la propiedad, así como los controles y registros de la gobernanza empresarial.

En el caso de las instituciones no financieras, como agentes inmobiliarios, joyeros o concesionarios de automóviles, no suele haber un órgano apropiado que se encargue de aplicar la debida diligencia y demás requisitos. Algunos países asignan estas funciones a asociaciones gremiales (aunque muchas no tienen facultades suficientes para desempeñarlas), y otros se las encargan a la dependencia de inteligencia financiera.

Prácticamente todos los países han establecido o están estableciendo una dependencia de inteligencia financiera encargada de la segunda función: recopilar y analizar la información de inteligencia, incluidos los informes que las instituciones financieras (y, a veces, las no financieras) deben presentar por ley. En algunos, la Dependencia desempeña funciones puramente administrativas, ya que se centran en la recopilación, el análisis y la difusión de la información de inteligencia y de otra índole. En otros casos, está facultada para investigar e incluso entablar acciones, proceder al embargo preventivo o a la incautación (la tercera de las funciones mencionadas antes).

La dependencia de inteligencia financiera puede ser completamente independiente, incluso como parte del Ministerio de Justicia o de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o estar adscrita a un órgano supervisor como el Ministerio de Finanzas o el Banco Central. La independencia tiene claras ventajas. Sin embargo, también tiene sus ventajas garantizar una estrecha coordinación con las fuerzas del orden de manera que la información de inteligencia se formule de la forma más adecuada para ellas. También tiene ventajas la adscripción a algún órgano supervisor, ya que algunas instituciones financieras (fuente de la mayoría de las denuncias de comportamiento sospechoso) se sienten más cómodas comunicando información confidencial a una entidad con la que ya estén familiarizadas.

Los Estados parte deben adoptar el modelo que mejor se adapte a su marco jurídico, constitucional y administrativo. Todos los modelos tienen sus ventajas y los Estados deben asegurarse de que sus disposiciones respecto de la capacitación del personal, la concesión de facultades y la coordinación entre organismos maximice las ventajas y minimice los riesgos indicados antes.

Desde otra perspectiva, los sistemas preventivos pueden distinguirse según las funciones que desempeñe el sector privado, a diferencia del público. En los modelos descritos antes, las funciones de reglamentación y supervisión corresponden a instituciones públicas. Algunos Estados parte han optado por modelos de autorregulación, en que los órganos privados existentes con funciones reguladoras (como asociaciones mercantiles o gremiales) se ocupan de la reglamentación “cotidiana”, y los órganos públicos los controlan supervisando al azar sus actividades. Otros pueden asignarles más facultades. Los Estados parte que adoptan estos sistemas no suelen ser víctimas de un gran volumen de delitos económicos, sino del uso indebido de sus sistemas financieros para realizar operaciones ilícitas. En tales circunstancias, el sector tiene incentivos especiales para aplicar un sistema funcional de autorregulación basado en consideraciones de reputación, en cuyo caso los Estados parte pueden plantearse la posibilidad de optar por una supervisión más ligera.

II.2 *¿Quién debe ser objeto de obligaciones preventivas?*

La segunda cuestión abordada en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 14 se refiere a las instituciones o actividades que deben ser objeto de obligaciones preventivas. En la mayoría de las jurisdicciones, las instituciones y actividades incluidas, que antes se limitaban a los bancos, se ha ampliado a las instituciones financieras no bancarias, incluidos, por lo general, los intermediarios que operan en los mercados de valores y de seguros. En muchas jurisdicciones se ha adoptado un enfoque más centrado en las funciones, para ir incluyendo una gama cada vez más amplia de personas naturales o jurídicas o de entidades empresariales que desempeñan actividades financieras, como la concesión de préstamos, las transferencias de dinero o de valores, la expedición y gestión de medios de pago (por ejemplo, tarjetas de crédito y de débito, cheques, cheques de viajero, giros postales, giros bancarios y dinero electrónico), concesión de garantías y compromisos financieros, compraventa de instrumentos del mercado monetario (cheques, letras, derivados, etc.), moneda extranjera, instrumentos de tasas de interés, e índices o valores mobiliarios, gestión de carteras individuales o colectivas o algún otro tipo de inversiones, gestión o administración de fondos en nombre de terceros. En algunas jurisdicciones las obligaciones se han hecho extensivas a cualquier actividad en que se negocien bienes de alto valor, incluidas piedras preciosas, obras de arte y artículos más mundanos, como vehículos. Algunos Estados parte podrían considerar si no convendría imponer obligaciones similares a actividades no gubernamentales (como las de beneficencia) o a instituciones del sector público (como las que realizan actividades comerciales).

Lo fundamental no es tanto la institución y las actividades como las posibilidades que ofrezca de ocultar y transferir el producto de la corrupción. Así pues, si bien en el artículo se encomienda claramente a los Estados parte que sometan a las instituciones financieras no bancarias, así como a quienes presten servicios oficiales u oficios de transferencia de dinero o valores, a las correspondientes obligaciones de prevención de la corrupción, los alienta asimismo a que exijan que cumplan esas obligaciones “otros órganos ... particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero”. Como se ha señalado, los Estados parte deben examinar todos los medios disponibles de introducir el producto de actividades delictivas o ilícitas en la economía legal, lo cual no depende únicamente de las fuentes de esos fondos, sino también de los medios que se utilicen. Hay una serie de factores que, a su vez, pueden influir en ello, desde el volumen de la economía no estructurada hasta la disponibilidad de instrumentos financieros legítimos en una determinada jurisdicción. Algunos han juzgado oportuno aplicar las reglamentaciones de lucha contra el blanqueo de dinero a los abogados, cuando actúen de intermediarios financieros. Otros han decidido imponer obligaciones en este campo a los sectores expuestos a riesgo a raíz de la compraventa en efectivo de bienes de alto valor, como el de los concesionarios de automóviles o las agencias inmobiliarias. Así, al decidir quién actuará de “guardián”, los Estados parte podrían examinar el funcionamiento de sus mercados ilícitos y emprender una evaluación cabal de los riesgos, por

conducto de la dependencia de inteligencia financiera prevista en el artículo 58 o con la participación del órgano o los órganos establecidos en virtud de los artículos 6 ó 36, a fin de determinar qué instituciones o actividades podrían resultar susceptibles de ser utilizadas para blanquear dinero y las modalidades que es más probable que utilicen quienes quieran blanquear el producto de la corrupción.

II.3 ¿Qué requisitos mínimos deben imponerse a las instituciones o actividades reglamentadas?

El tercer requisito de un sistema preventivo es el cumplimiento mínimo de las obligaciones de que son objeto el sector o la actividad regulados. Conforme a la Convención, en dicho régimen “se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas”.

Para prevenir el blanqueo de dinero, la primera misión del “guardián” es identificar a aquellos con quienes se entablen relaciones financieras. La norma “conozca a su cliente”, principio establecido de la ley prudencial bancaria, es la piedra angular de las obligaciones preventivas. Se partió de una simple obligación de identificación formal y resultó ser un concepto sumamente dinámico, cuya versión más actualizada se refleja detalladamente en el artículo 52. El artículo 14 establece el marco general al requerir que los Estados parte destaquen la importancia de la identificación del cliente y del “beneficiario final” en los casos en que haya motivos para creer que pueda haber otras personas, además del cliente, con un interés en los bienes objeto de una operación. Por “beneficiario final” ha de entenderse toda persona que tenga un interés directo o indirecto en bienes o transacciones o que los controle. Los Estados parte, preferiblemente junto con las instituciones pertinentes, deben acordar un marco de identificación y verificación que se dé a conocer. Además, deben determinar qué debida diligencia adicional es necesaria para garantizar que una institución comprenda suficientemente el tipo de actividades comerciales de cada cliente para que pueda crear un perfil de éste, supervisar la actividad e informar de las transacciones o actividades inusuales o sospechosas. La debida diligencia adicional dependerá de un perfil de riesgo creado para cada cliente. Los Estados parte también podrían, acordar con las instituciones pertinentes si el marco debe aplicarse a los clientes ya existentes, igual que a los nuevos y, en el caso de los primeros, determinar el período durante el cual se ejercerá la diligencia debida respecto de ellos.

Los Estados parte deben exigir asimismo que sus guardianes conserven la documentación original de las operaciones financieras. Esta obligación es un nexo decisivo entre los criterios preventivo y de investigación, ya que esos documentos constituyen la prueba más importante en las investigaciones y causas judiciales por blanqueo de dinero. Se alienta a los Estados parte a que evalúen cuidadosamente el período durante el cual habrán de conservarse los registros financieros y en qué formato, y qué tipo de documento ha de considerarse pertinente a efectos retentivos y probatorios. La carga práctica y

económica que representa para los guardianes llevar esos registros debe juzgarse teniendo en cuenta que muchas investigaciones de casos de corrupción no se inician hasta que el acusado o los acusados han abandonado la función pública, que es una de las razones por las que el artículo 29 requiere un plazo de prescripción suficientemente largo. En este sentido, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de ampliar la obligación de conservar la documentación pertinente a las operaciones realizadas por las personas mencionadas en el artículo 52.

Por último, los Estados parte exigirán que sus guardianes notifiquen toda transacción sospechosa. Al poner en práctica un sistema de notificación, los Estados podrían establecer un equilibrio entre el margen de discreción de los guardianes para decidir en qué casos una transacción es sospechosa y la capacidad de su dependencia de inteligencia financiera para tramitar, analizar y utilizar en forma significativa la información que haya que notificar. Algunos países tienden a establecer sistemas objetivos con un valor mínimo por encima del cual han de notificarse todas las transacciones. Para que este modelo funcione bien, la dependencia de inteligencia financiera debe tener recursos suficientes para recibir, tramitar y analizar toda la información que reciba del sector regulado. Prácticamente todos los Estados parte, incluidos los que imponen sistemas de notificación basados en un monto mínimo, han considerado que los guardianes son los más indicados para decidir en qué casos ha de considerarse sospechosa una transacción, y han adoptado sistemas “subjetivos” que dejan la decisión a los guardianes, y los órganos públicos supervisan el cumplimiento ciñéndose a los criterios establecidos. En este modelo, las instituciones reglamentadas tienen incentivos concretos para cuidar su reputación y no permitir la entrada de dinero de origen dudoso. La información comunicada rutinariamente en virtud del modelo objetivo se utiliza como materia prima para crear bases de datos financieros que han resultado útiles en las investigaciones sobre transacciones que los guardianes han denunciado por sospechosas.

II.4 Promoción de las denuncias

Para crear una relación de cooperación con los guardianes y ayudarles a cumplir su obligación de notificar las transacciones sospechosas, los Estados parte deben considerar la forma de crear incentivos positivos y de evitar los negativos.

Entre los incentivos positivos, las disposiciones de exención de responsabilidad son muy útiles desde una perspectiva sustantiva, ya que protegen a la institución denunciante y a sus empleados de la responsabilidad civil, administrativa y penal cuando efectúan una denuncia de buena fe. También es importante protegerlos de actos de intimidación por parte de los denunciados, por lo que puede ser necesario proteger la identidad del funcionario denunciante. Otros incentivos positivos pueden guardar relación con cuestiones prácticas, como prever un calendario adecuado y utilizar métodos que no sean engorrosos - por ejemplo, formularios fáciles de cumplimentar o un sistema que permita presentar denuncias cifradas por Internet, a fin de facilitar la tarea de los

guardianes. Los Estados parte podrían asimismo considerar el tipo de evaluación que comunicarán a las instituciones denunciante y hasta qué punto, en los sistemas subjetivos, eso las ayuda a perfeccionar sus criterios. Podrían, igualmente, ver la manera de evitar incentivos negativos que lleven a comunicar información inadecuada o a una creciente presentación preventiva de denuncias cuyo propósito es evitar sanciones. En ambos sistemas en general los Estados parte deben velar por transmitir a las instituciones denunciante una evaluación periódica de la calidad, minuciosidad y utilidad de la información y deben colaborar con ellas para que la perfeccionen y prioricen. El objetivo final sería crear una atmósfera de colaboración entre los agentes públicos y los privados, que variará según las prácticas, las instituciones y las metas del sistema que se aplique.

II.5 Intercambio de información financiera

El apartado b) del párrafo 1 del artículo 14 trata de la capacidad de los órganos encargados de combatir el blanqueo de dinero de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional.

Al nivel nacional, el tratamiento de la información plantea dos cuestiones fundamentales. La primera se refiere a los derechos de toda persona acusada de actividades delictivas (en este caso, corrupción o blanqueo de su producto), la segunda a los derechos de una persona a la intimidad o a mantener confidenciales sus asuntos (en este caso, financieros).

La mayoría de los países tiene reglas que rigen la presentación de pruebas en los procesos penales. Entre ellas, restricciones a la manera de reunir y presentar como prueba la información. Si se requiere que las instituciones privadas y los organismos públicos notifiquen sus sospechas, puede ocurrir que se presente a las autoridades interesadas en una causa penal relacionada con la corrupción, información privada que la institución u organismo ha reunido con otros fines comerciales o públicos. Esa información no se habrá obtenido como parte de una investigación formal y puede que no se haya obtenido de conformidad con las correspondientes salvaguardias judiciales o constitucionales, por lo que con frecuencia no será aceptable como prueba en un proceso penal. En la mayoría de los países, esta dificultad se resuelve tratando la información obtenida por entidades públicas y privadas y transmitida a la dependencia de inteligencia financiera, no como prueba, sino como información de inteligencia. Sólo puede utilizarse para impulsar una investigación formal en la que las pruebas puedan reunirse como es debido. Los países suelen tener disposiciones jurídicas y constitucionales diferentes en la materia y deben tomar disposiciones para proteger y utilizar la inteligencia financiera respetando los derechos de los presuntos culpables.

La mayoría de los países ya cuenta con disposiciones de protección de datos que mantienen la confidencialidad de la información personal comunicada a instituciones privadas y entidades públicas. A fin de que unas y otras puedan notificar sus sospechas se necesitará legislación que invalide esas disposiciones.

No obstante, no deben descuidarse los derechos humanos fundamentales. Es preciso respetarlos imponiendo requisitos de confidencialidad a quienes reciben la información, o sea, la dependencia de inteligencia financiera y aquellos a quienes distribuye la información. Aparte de la importancia de proteger los datos, esas disposiciones tienen la ventaja adicional de que es más probable que los ciudadanos respondan a las solicitudes oficiales de información si están convencidos de que se respetará la confidencialidad. Para preservar la integridad de los datos utilizados con fines de política pública, como la prestación de servicios y la recaudación de los impuestos sobre la renta, es necesaria la plena participación. Si los ciudadanos supieran que la información que comunican a las entidades públicas puede facilitarse a otras autoridades de manera perjudicial para sus intereses, podrían mostrarse menos proclives a proporcionarla. En consecuencia, los datos serían menos fidedignos, lo que podría influir en la política pública. En cambio, también cabe decir que quienes practican la corrupción vayan a ofrecer voluntariamente información.

Los Estados parte deben considerar la necesidad de equilibrar la ventaja de romper las barreras erigidas entre las entidades públicas para preservar la confidencialidad, aprovechando así al máximo la información, con la posible desventaja de que parte de los datos públicos sean menos fidedignos si los ciudadanos abogan dudas en cuanto a su confidencialidad.

Cualquiera que sea el criterio adoptado, será preciso que quienes reciban información personal respeten su confidencialidad y que se protejan los derechos humanos fundamentales.

La última cuestión nacional que hay que tener en cuenta al elaborar un sistema de intercambio de información financiera guarda relación con la cantidad de datos que generará el sistema y los recursos humanos y técnicos que se dedicarán a analizarlos, clasificarlos y conservarlos. Si bien los medios tecnológicos pueden jugar un papel decisivo en el aumento de la capacidad analítica, un volumen de información que no sea manejable podría amenazar la eficacia y credibilidad de todo el sistema de lucha contra el blanqueo de dinero. Muchos países han tratado de resolver algunas de estas dificultades creando una entidad central encargada de reunir, analizar y difundir la información financiera obtenida a través del sistema. Esta es la razón por la que en el apartado b) del párrafo 1 se recomienda a los Estados parte que consideren seriamente la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera nacional en que se concentren todas las funciones mencionadas y que también pueda intercambiar información con otros Estados parte que es el asunto concreto de que se trata en el artículo 58 de la Convención.

Al nivel internacional, la entidad decisiva para el intercambio de información financiera es la dependencia de inteligencia financiera, como se señala en el artículo 58. Estas dependencias intercambian información entre ellas a título recíproco o previo acuerdo mutuo, lo que generalmente fomenta la cooperación espontánea.

Las cuestiones antes mencionadas respecto de la protección de los derechos de los acusados de corrupción y del derecho a la confidencialidad de los datos se aplican con mayor fuerza a los intercambios internacionales de información, ya que diferentes países protegen los derechos de distinta manera. Es importante que, el buen intercambio de información no se vea entorpecido por las diferencias en la forma de proteger, incluso cuando el régimen sea similar en cuanto al fondo. Los procedimientos para el intercambio de información suelen ser mucho más sencillos que los de la asistencia judicial recíproca, pues estos últimos tienen por finalidad proteger los derechos de los acusados mientras que, los acuerdos entre dependencias de inteligencia financiera no. La información intercambiada por ellas, en efecto, tiende a ser de inteligencia y no tiene valor de prueba, por lo que raramente puede utilizarse en su forma original en actuaciones penales. Si embargo, puede ser la base de una investigación (que, a la larga, incluya una solicitud internacional de pruebas por conducto de los canales de la asistencia judicial recíproca). Por lo general, los acuerdos entre estas dependencias se rigen por los siguientes principios:

- la dependencia que solicita información comunica a su homóloga las razones para hacerlo, el propósito con que se utilizarán los datos e información suficiente para que esta pueda determinar si la solicitud se ajusta a su derecho interno;
- los acuerdos o memorandos de entendimiento entre estas dependencias suelen limitar la utilización de la información solicitada exclusivamente a los fines para los que se ha comunicado;
- la dependencia que solicita información no debe comunicársela a terceros, ni utilizarla con fines administrativos, de investigación, fiscales o judiciales sin el consentimiento previo de la dependencia que se la proporcionó. Ésta, a su vez, no debe denegar injustificadamente tal consentimiento; y
- toda la información intercambiada por las dependencias debe ser objeto de controles y salvaguardias estrictos para garantizar que solo se utilice de forma autorizada, acorde con las disposiciones nacionales de derechos humanos y la protección de datos. Como mínimo, esta información debe considerarse protegida por las mismas disposiciones de confidencialidad que se aplican a información similar proveniente de fuentes nacionales obtenida por la dependencia receptora.

El Grupo Egmont publicó en 2004 un documento intitulado “Mejores prácticas para el intercambio de información entre unidades de inteligencia financiera” con asesoramiento jurídico y práctico para el intercambio de información financiera a nivel internacional. El asesoramiento abarca el proceso de solicitud, la información necesaria, la tramitación de las solicitudes, las respuestas y la confidencialidad.

II.6 Movimiento transfronterizo de efectivo y títulos negociables

Conforme al párrafo 2 del artículo 14 los Estados parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de “títulos negociables pertinentes”. El transporte de divisas, títulos negociables y objetos de valor fáciles de liquidar como garantías bancarias o piedras preciosas, preocupa profundamente a todos los sistemas de prevención del blanqueo de dinero. La razón es muy sencilla: una vez que se ha pasado una frontera, se hace más fácil ocultar el origen de las ganancias mal habidas, ya que para determinar su origen es preciso recurrir a la cooperación internacional, que suele avanzar con más lentitud que las investigaciones en una única jurisdicción.

La Convención recomienda a los Estados parte que adopten un sistema de presentación de declaraciones en virtud del cual todas las personas que pasen una frontera llevando consigo efectivo o determinados títulos negociables deban presentar una declaración veraz a las autoridades competentes. Para poner en práctica este sistema, es preciso considerar varias cuestiones:

- los Estados parte deben establecer un valor mínimo por encima del cual la declaración sea obligatoria. Al fijar el umbral, podrán tener en cuenta los criterios de la “libre circulación de capitales”. Por razones prácticas, los países suelen fijar el mismo umbral establecido por otros muchos países, y así se ha difundido ampliamente el de la suma de 10.000 dólares de los EE.UU. o su equivalente en moneda local.
- los Estados parte deben decidir qué “títulos negociables” deben declararse. A menudo estos sistemas abarcan todos los títulos, como cheques, cheques de viajero, pagarés u órdenes de pago, al portador o transferibles (libremente endosables, expedidos a un beneficiario ficticio o incompletos). Además de los instrumentos financieros, pueden ser objeto de declaración otros objetos valiosos de alta liquidez, como oro, metales o piedras preciosas u otros objetos portátiles de elevado valor.
- los Estados parte deben considerar los modos de transporte en que se aplicará el sistema. Comúnmente, este se aplica a: 1) el transporte de material de efectivo o de títulos negociables por una persona natural, en su equipaje acompañado o su vehículo; 2) el envío como carga; y 3) el envío postal por una persona natural o jurídica. La declaración debe aplicarse al transporte de entrada y al de salida.
- cuando se descubra que no se han declarado el efectivo o los títulos negociables mencionados por un monto superior al mínimo, las autoridades competentes deben estar legalmente facultadas para ponerse en contacto con el portador a fin de verificar el origen de estos activos y la utilización a que se destinan. El Estado parte debe comunicar esa información a la dependencia de inteligencia financiera. Esta puede notificar específicamente a la autoridad competente la frecuencia y el tipo de

denuncias. Al elaborar este conjunto de disposiciones conviene compararlas con los criterios relativos a la utilización apropiada de la información.

En muchos casos, esos descubrimientos se ven facilitados si se combinan el sistema de declaración estándar con el de revelar información, en virtud del cual, quienes lleven consigo efectivo o títulos negociables al pasar una frontera deberán revelárselo a las autoridades competentes que los soliciten. Se efectúan indagaciones en casos concretos, sobre la base de fuentes de inteligencia sospechosas o al azar.

Los Estados parte pueden considerar la posibilidad de establecer procedimientos para inspeccionar pasajeros, vehículos y carga, a efectos de detectar movimientos transfronterizos cuando sospechen la existencia de efectivo o de títulos negociables al portador falsamente declarados o no declarados o que puedan guardar relación con una actividad delictiva.

Cuando se descubran efectivo o títulos sospechosos, es conveniente mantener intacto el contenido del equipaje o la carga, con el efectivo, como elemento probatorio. En el caso de efectivo declarado falsamente, o no declarado, o que pueda guardar relación con el blanqueo de dinero, conviene prestar particular atención a la posibilidad de que se trate de moneda falsa. Algunos Estados parte han establecido mecanismos para detectarla. Por ejemplo, las autoridades pueden verificar los billetes de euro dudosos o sospechosos consultando el sitio web del Banco Central Europeo (www.eur.ecb.int/en/section/recog.html) y para los de dólar de los EE.UU. pueden consultar el sitio Internet de búsqueda de dólares falsos del Servicio Secreto de los Estados Unidos (www.usdollars.usss.gov).

Se alienta a las autoridades aduaneras y a otras fuerzas del orden a que colaboren con el ministerio público u otras autoridades judiciales a fin de elaborar directrices para proceder al embargo preventivo del efectivo o los títulos negociables al portador y detener y procesar a quienes los hayan declarado falsamente u ocultado, o cuando se sospeche que el dinero o los títulos están relacionados con la financiación del terrorismo o el blanqueo de dinero. Los Estados parte pueden asimismo considerar la posibilidad de promulgar normas claras de procedimiento en caso de que no se declare o de declaraciones falsas. En general, deben adoptarse medidas provisionales que permitan a las autoridades embargar el efectivo o los títulos negociables al portador durante un período razonable a fin de determinar si hay pruebas de blanqueo de dinero o de cualquier otro delito.

Los Estados parte deben considerar si el incumplimiento de la obligación de declarar se sancionará en virtud del derecho civil, administrativo o penal. Por lo general, se ha considerado que la imposición administrativa o penal de multas es una sanción proporcional y disuasoria; las multas van de un porcentaje más bajo en caso de negligencia a porcentajes elevados cuando la infracción es deliberada.

Si bien es importante que se respete el sistema, es indispensable que los Estados parte determinen cómo van a utilizar la información consignada en las declaraciones de rutina. Si se limita a aprehender a quienes no la presentan se perderá la ocasión de utilizar las declaraciones efectivamente presentadas para detectar casos de blanqueo del producto de la corrupción. Si no se sabe cómo utilizar las declaraciones o no se tiene la capacidad para analizar la información, no tiene sentido exigirla. Los Estados parte deben recurrir a la evaluación del riesgo recomendada anteriormente para determinar las formas más probables en que el transporte de efectivo puede estar relacionado con el blanqueo del producto de la corrupción. Deberían elaborar un perfil de las personas que es más probable que estén implicadas en transportar ese producto y centrar sus investigaciones en las declaraciones de quienes más se ajusten al perfil. El perfil deberá actualizarse a la luz de la experiencia nacional e internacional. También habrán de considerar los indicios que pueden dar pie a sospechas y ulteriores investigaciones, de modo que pueda capacitarse como es debido al personal encargado de recibir las declaraciones. Disponer de cifras combinadas sobre el transporte de efectivo también puede indicar los métodos utilizados por los blanqueadores. La evaluación del riesgo, el perfil y la información sobre las tendencias pueden utilizarse para modificar los formularios de declaración, de modo que sea fácil obtener la información que da pie a alertas y sospechas.

II.7 Transferencias de fondos

A la luz de las mismas preocupaciones señaladas en el párrafo 2, en el párrafo 3 del artículo 14 se recomienda que los Estados parte consideren la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que: a) incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente; b) mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y c) examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

Los sistemas de transferencia electrónica deben tratarse con el mismo rigor que otras transacciones financieras. El primer requisito fundamental es determinar, como parte de la evaluación general del riesgo, el riesgo relacionado con los remitentes de fondos. Se insta encarecidamente a los Estados parte a que, como mínimo, apliquen al remitente la norma de “conocer al cliente” y logren que la transacción pueda rastrearse acumulando información a lo largo del ciclo de pagos y examinando más minuciosamente, en el lugar de destino, los casos en que la información sobre el remitente sea incompleta.

El grupo de intermediarios financieros facultados para realizar transferencias electrónicas se trata en la legislación nacional, por lo que varía, de un Estado Parte a otro. Sin embargo, estos pueden considerar la posibilidad de incluir toda empresa de servicios monetarios que permita a sus clientes enviar y recibir dinero electrónicamente, en su jurisdicción o internacionalmente. El servicio permite al cliente enviar efectivo desde cualquier sucursal, para lo cual

le basta con cumplimentar un formulario y pagar por la transacción. Por lo general, el destinatario no tiene que pagar ningún cargo.

Al considerar la adopción de medidas preventivas en materia de transferencias electrónicas de fondos, los Estados parte pueden considerar varias cuestiones. En primer término, la idoneidad de fijar un umbral, para activar el sistema. Algunos países han establecido diferentes sistemas activados por diversos umbrales, algunos para las notificaciones mensuales habituales, otros (o ninguno) para denunciar transacciones “sospechosas”. También pueden tenerse en cuenta las transacciones “estructuradas”, es decir, fraccionadas de determinada forma para evitar el umbral.

En segundo lugar, los Estados parte deben decidir los datos y la documentación que las empresas de transferencia de fondos deban recabar de sus clientes. A continuación, figura una lista no exhaustiva de la información que podría exigirse: el nombre y la dirección del remitente con copia de su identificación verificada (por lo general se exigen dos documentos con la fotografía del interesado); la suma remitida; la fecha de ejecución de la transferencia; las instrucciones de pago; la institución financiera del destinatario; todo formulario que deba completar o firmar el remitente; y el nombre, la dirección y, si se consigna en la orden de transferencia, el número de cuenta del beneficiario.

Por último, los Estados parte podrían decidir qué datos deben notificarse a las autoridades competentes y qué parte de esa información debe conservar la empresa que ha prestado el servicio y durante cuánto tiempo.

Algunos países no permiten que las instituciones que remiten dinero en efectivo presten servicios sin exigir la presentación de mucha información personal. Esa información incluiría el empleo y otras fuentes de ingresos y un perfil de las transferencias y de los beneficiarios probables, a fin de compararlas (preferentemente de forma electrónica) para ver si los envíos se ajustan al perfil. Cuando proceda, los Estados parte deberían considerar este enfoque.

II.8 Aplicación

Los Estados parte podrían tener en cuenta las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) viene promoviendo la creación de diversos órganos regionales similares, algunos de los cuales son miembros asociados suyos. Los grupos regionales del GAFI son los siguientes:

Grupo de Acción Financiera del Caribe, creado en 1993 (www.cfatf.org);

Grupo de Asia y el Pacífico sobre el Blanqueo de Dinero, creado en 1997 (<http://www.apgml.org>);

Comité Especial de Expertos sobre evaluación de las medidas contra el blanqueo de dinero (MONEYVAL), creado en 1997 (www.coe.int/moneyval);

Grupo Euroasiático para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, creado en 2004 (<http://www.eurasiangroup.org/index-1.htm>);

Grupo contra el blanqueo de dinero de África oriental y meridional, creado en 1999 (<http://www.esaamlg.org/index.php>);

Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFISUD), creado en 2000; y

Grupo de Acción Financiera para el Oriente Medio y el África septentrional (MENAFATF), creado en 2004 (<http://www.menafatf.org/Home.asp>).

En lo que a las dependencias de inteligencia financiera respecta, algunas de ellas formaron en 1995 un grupo oficioso para fomentar la cooperación internacional, el llamado Grupo Egmont (<http://www.egmontgroup.org/index2.html>). El Grupo, que en 2006 estaba compuesto de 101 dependencias, se reúne periódicamente para encontrar formas de cooperar, especialmente en materia de intercambio de información, capacitación e intercambio de conocimientos especializados

Además y de manera más general, se alienta, a los Estados parte a que desarrollen y promuevan la cooperación mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, las fuerzas del orden y las autoridades de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero. De ello tratan los artículos que figuran a continuación.

PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

(Capítulo III, artículos 15 a 42)

Para mayor información y un análisis más pormenorizado del contenido y la estructura de los artículos 15 a 29 de la Convención, así como de los requisitos en ellos prescritos, véase el capítulo pertinente de la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Artículo 30: Proceso, fallo y sanciones

1. *Cada Estado parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.*

2. *Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones 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 presente Convención.*

3. *Cada Estado parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.*

4. *Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.*

5. *Cada Estado parte tendrá 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 esos delitos.*

6. *Cada Estado parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.*

7. *Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte, considerará la posibilidad de establecer, procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:*

- a) *Ejercer cargos públicos; y*

b) *Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.*

8. *El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.*

9. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.*

10. *Los Estados parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

I. Sinopsis

El artículo 30 versa sobre algunos de los aspectos más importantes de la aplicación de la ley. Abarca disposiciones relativas a la investigación y el enjuiciamiento y a la importante y compleja cuestión de las inmunidades. Además, presta gran atención a las sanciones, tanto a las sanciones penales en sentido estrictamente como a las “accesorias”, así como a las disposiciones relativas a las medidas y sanciones disciplinarias en función de la gravedad del delito relacionadas con su naturaleza, como la inhabilitación. Por último, se refiere a la rehabilitación de los infractores.

El artículo requiere que los Estados parte:

- prevean sanciones que tengan en cuenta la “gravedad” de los delitos (párrafo 1);
- que mantengan un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones 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 (párrafo 2);
- que al adoptar la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación tengan presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (párrafo 4); y
- que tengan en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o condicional a personas que hayan sido declaradas culpables esos delitos (párrafo 5).

Además de estas disposiciones obligatorias, el artículo incluye las siguientes disposiciones facultativas, conforme a las cuales, los Estados parte:

- considerarán la posibilidad de establecer procedimientos en virtud de los cuales el funcionario público acusado de un delito tipificado con arreglo a la Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente (párrafo 6);
- considerarán la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención para: a) ejercer cargos públicos; y b) ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado (párrafo 7); y
- procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención (párrafo 10).

La aplicación de las disposiciones del artículo 30 añade una importante forma de “control” del sistema de justicia penal para determinar las medidas necesarias a fin de afianzar el sentimiento de que el estado de derecho funciona como es debido. Las disposiciones son una buena forma de traducir las políticas de administración de justicia en mecanismos viables y prácticos.

II. Problemas y soluciones

II.1 Sanciones que tienen en cuenta la gravedad del delito

El término “sanción” se aplica por igual a las sanciones penales y no penales, administrativas o civiles. Ahora bien, en los casos en que la Convención requiere que ciertos comportamientos se tipifiquen como “delito penal”, las sanciones penales pueden ir acompañadas de sanciones no penales, pero no pueden sustituirlas.

La Convención exige que los Estados parte prevean sanciones que tengan en cuenta la gravedad del delito. Si bien no estipula ninguna forma particular, en la Convención insiste en que debe haber medidas apropiadas para garantizar que, sea mediante multa, reclusión u otra pena, el castigo refleje la gravedad del delito. Esta puede no defender exclusivamente del valor de, por ejemplo, una ventaja excesiva, sino de otros factores, como la jerarquía de los implicados, la esfera en que se ha producido el delito, el nivel de confianza de que gozaba el funcionario, etc.

La Convención no prescribe la severidad de las sanciones. Como estas reflejan tradiciones y políticas nacionales diferentes, reconoce que los mismos delitos pueden ser penados de distinta manera según el país. En realidad, las sanciones por delitos de corrupción deben ajustarse a la tradición jurídica nacional y ser conformes al marco general previsto en el derecho penal de los Estados parte. En general, para el caso de las sanciones que tengan en cuenta la gravedad del delito, las previstas por delitos penales tipificados con arreglo a la Convención no deben ser inferiores a las aplicadas en el caso de delitos económicos comparables. Los Estados parte pueden tener presente que en el caso de la corrupción transfronteriza, en que la asistencia judicial recíproca y la

extradición desempeñan un papel fundamental, es importante que la gama de sanciones sea suficiente para que la asistencia judicial y recíproca y la extradición sean efectivas. En algunos países, esto podría requerir que se previese penar los delitos con determinados periodos de reclusión a fin de satisfacer las exigencias de la doble incriminación.

La forma como se apliquen las sanciones variará según el ordenamiento jurídico del Estado parte. En los estados en que la condena se deja hasta cierto punto a discreción del tribunal, normalmente dentro de una amplia variedad de sanciones posibles, este suele empezar por determinar la gravedad del delito evaluando la culpabilidad y los daños, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes (en el caso de delitos de corrupción, el abuso de confianza debe considerarse un agravante importante), los atenuantes personales y si el acusado se ha declarado o no culpable. Con esto, el tribunal podrá determinar si se ha sobrepasado el límite por encima del cual corresponde una pena de privación de libertad. Los tribunales deberán tener presente, asimismo, la posibilidad tras una condena penal, obtener reparación o alguna forma de evaluación y decomiso de bienes para que el reo no se beneficie económicamente de su acto de corrupción.

Los Estados parte pueden considerar, además, las directrices en materia de condenas que figuran en el párrafo 4 del artículo 26, que, (en el caso de personas jurídicas), habla de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas.

La elaboración de directrices puede ser de gran ayuda en este sentido. Muchos Estados parte han elaborado directrices sobre la materia que sirven de guía, pero no son instrucciones formales a los jueces.

En el Reino Unido, por ejemplo, las directrices para jueces y responsables de dictar condenas⁶ son formuladas por dos órganos independientes estrechamente relacionados: el Grupo asesor y el Consejo para la formulación de directrices en materia de condenas (Sentencing Advisory Grupo y Sentencing Guidelines Council). Colaboran para asegurarse de que se elaboraran directrices que fomenten la coherencia en todos los tribunales de Inglaterra y Gales y para ayudar a quienes dictan condenas a adoptar sus decisiones.

El papel del Grupo es asesorar respecto de las directrices en materia de condenas por determinados delitos o categorías de delitos y otras cuestiones conexas. Tras un período de extensas consultas y, de ser necesario, investigaciones, el Grupo da su opinión, que se somete a la consideración del Consejo. Este recibe asesoramiento del Grupo sobre un determinado tema y lo tiene en cuenta al formular las correspondientes directrices. Este “proyecto de directrices” se publica, se debate y finalmente, se revisa.

A continuación, se publican las directrices definitivas, listas para su utilización por quienes dictan condena.

⁶ Véase www.sentencing-guidelines.gov.uk

En muchos otros Estados parte, en cambio, no habrá tales directrices “informales” y los parámetros para dictar condenas se expondrán en el código penal o en la ley en que se penalicen los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

En algunos Estados parte es frecuente que haya regímenes alternativos bien documentados que podrían pasar la prueba de que las sanciones sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. En Alemania, por ejemplo, el código penal prevé una amplia gama de condenas en función de que el sistema sea de negociaciones (Absprachen) o de procedimiento penal. En lo que atañe a las personas jurídicas, en virtud de la Ley de delitos administrativos, Alemania tiene un sistema de multas administrativas (consistente en imponerles un porcentaje punitivo además de privarlos del “beneficio económico”).

II.2 Inmunidades o privilegios jurisdiccionales

La inmunidad se divide en dos grandes categorías: no imputabilidad e inviolabilidad. La primera se aplica en general a los miembros de órganos legislativos (por ejemplo, los parlamentarios) respecto de las opiniones o los votos emitidos en ejercicio de sus funciones. Su propósito es garantizar la independencia y la libertad de expresión mediante la exención de todo procedimiento judicial, pero puede también limitarse, por ejemplo, a la responsabilidad penal. El segundo tipo de inmunidad se refiere a la protección de diversas categorías de funcionarios públicos durante el ejercicio de sus funciones contra procedimientos judiciales, como detención, reclusión y procesamiento y, en algunos países, incluso respecto de las investigaciones policiales y de determinados métodos de investigación.

Aunque la mayoría de los Estados parte consideran que, en el caso de los funcionarios públicos superiores, como los parlamentarios, las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales son un medio necesario de salvaguardar el funcionamiento de las instituciones del Estado, las inmunidades pueden plantear dificultades ya que pueden parecer que sitúan a los funcionarios públicos por encima de la ley y fuera de su alcance. No es raro que la inmunidad que impide enjuiciarlos se considere como la causa principal del aumento de los niveles de corrupción, ya que la investigación de casos de corrupción de alto nivel puede verse obstaculizada significativamente de alegarse la inmunidad. En vista de ello, varios Estados han enmendado o van a enmendar sus disposiciones sobre la inmunidad.

Conforme al artículo 30 habrán de considerarse las formas de lograr un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales, por una parte, y la posibilidad de hacer cumplir efectivamente la ley, por la otra. Todas las formas de inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales tienen un elemento central común, ya que exceptúan de las disposiciones de derecho penal o de los procedimientos penales a determinadas personas o grupos de personas. Convendría que los Estados parte consideraran tales normas como excepciones a la igualdad ante la ley que es preciso justificar.

Convendría, asimismo, que los Estados parte tuvieran presente que el artículo parte de un concepto “funcional” de inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales. En otras palabras, estas son propias de la función, y no del funcionario. En consecuencia, podrían considerar que solo son legítimas y, por ende, equilibradas las inmunidades y demás prerrogativas necesarias para salvaguardar el funcionamiento de las instituciones del Estado. Por consiguiente, pueden tener en cuenta una serie de aspectos que contribuyen a un equilibrio apropiado entre inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales y la posibilidad de una investigación y enjuiciamiento eficaces. A saber:

- Los Estados parte podrían examinar la lista de personas que gozan de inmunidades u otras prerrogativas y considerar si el equilibrio requiere restringir la lista de cargos y funciones públicos con derecho a ellas. En general, podrían tener en cuenta que las prerrogativas e inmunidades jurisdiccionales tienen por objeto lograr que el titular del cargo pueda actuar sin temor de las consecuencias legales. En este caso, tal vez deseen seguir el ejemplo de los países que conceden una inmunidad limitada que no abarca un comportamiento corrupto o delictivo, sea este privado o en el desempeño de funciones oficiales. Así pues, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de conceder inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales evaluando si es indispensable hacerlo para garantizar el desempeño del cargo o la función públicos de que se trate.
- Según el concepto funcional de inmunidades o prerrogativas, podrían considerar la posibilidad de conceder inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales exclusivamente respecto de los actos realizados en el desempeño de las funciones y deberes oficiales y solo si al hacerlo el funcionario ha actuado de conformidad con la ley. Podrían, asimismo, concederlas únicamente durante el período en que se desempeñe una función pública o se ocupe un cargo público. Así pues incluirían los actos u omisiones realizados cuando un funcionario público haya dejado el cargo o haya dejado de desempeñar funciones públicas. En consecuencia no hay equilibrio entre las inmunidades y prerrogativas jurisdiccionales y la necesidad de aplicar la ley si los ex titulares de cargos públicos gozan de ellas en procedimientos que se realizan cuando hayan dejado el puesto. Incluso en los casos en que esos procedimientos se refieran a actos cometidos cuando el funcionario ocupaba el cargo debe tener los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro ciudadano.
- Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de promulgar leyes o elaborar directrices judiciales que especifiquen las condiciones y procedimientos necesarios para determinar en qué circunstancias y de qué manera ha de levantarse la inmunidad. Para ello, podrían tener en cuenta los siguientes aspectos y modelos:
 - las leyes y directrices en que se especifiquen las razones para levantar la inmunidad no deben dejar lugar a una discreción políticamente motivada. Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de

- especificar que la comisión de delitos de corrupción constituiría motivo para levantar las inmunidades o prerrogativas.
- podrían tener presente que los procedimientos para determinar si corresponde o no levantar la inmunidad deben establecerse de tal manera que puedan tomarse rápidamente decisiones para impedir que el sospechoso se escape o entorpezca las investigaciones.
 - deben tratar de evitar posibles conflictos de intereses en el proceso de decidir si se levanta la inmunidad.
 - en circunstancias en que no se pueda levantar la inmunidad o prerrogativa, podrían considerar la posibilidad de ponerse en contacto con otros Estados que estén en situación de incoar algún tipo de proceso penal o civil contra los presuntos culpables de delitos cometidos en esa jurisdicción⁷.
- Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de adoptar reglas apropiadas que permitan enjuiciar y resolver un asunto después de que un funcionario deje el cargo. Más importante aún podrían considerar la posibilidad de suspender el plazo de prescripción mientras la persona esté en funciones. Los Estados parte que no prevean la posibilidad de levantar la inmunidad mientras un funcionario esté en funciones, podrían considerar que esta es una manera apropiada de lograr el equilibrio requerido en el artículo 30.
 - Por último, los Estados parte podrían tomar en consideración que las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales concedidas a una determinada persona no impiden enjuiciar y resolver asuntos de corrupción que involucren a otras.

II.3 Facultades legales discrecionales

El artículo 30 requiere que los Estados parte velen por dar la máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de los delitos de corrupción, y por que se tenga debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos, cuando se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales. En este sentido, el principio rector debe ser que los encargados de formular políticas y posteriormente de elaborar proyectos de ley procuren llegar a un mecanismo lo más eficaz, efectivo y transparente posible que refleje las necesidades reales del Estado. Los Estados parte podrían maximizar los efectos disuasivos si advirtieran a sus fuerzas del orden que la investigación y el enjuiciamiento de delitos de corrupción es la norma, y que el sobreseimiento es una excepción que hay que justificar. No obstante, pueden tener en cuenta los recursos de que disponen las fuerzas del orden. De este modo, los países en desarrollo con recursos limitados podrían preferir centrarse en los casos más importantes, por ejemplo los que comprometen a funcionarios públicos de alto nivel.

⁷ Véase la experiencia de la Policía Metropolitana de Londres cuando detuvo a gobernadores de estados nigerianos sospechosos de blanquear dinero en el Reino Unido: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4462444.stm>.

Las leyes o directrices de algunos Estados parte prescriben la manera en que los fiscales deben ejercer sus facultades discrecionales. Estas disposiciones deberían estar a disposición del público. Sin embargo, algunas de ellas, incluyen cláusulas según las cuales el fiscal puede abstenerse de incoar un proceso cuando el enjuiciamiento no sea en “interés del público”. En tales circunstancias, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de evitar tales condiciones generales o, si optan por incluir una discreción tan amplia, podrían matizarla mediante criterios enunciados públicamente de modo que se vea claramente qué factores se han tenido en cuenta para llegar a una conclusión. Por lo tanto, pueden considerar la posibilidad de exigir que el fiscal haga constar su decisión de desestimar o sobreseer la causa a fin de que pueda procederse a un examen interno o externo apropiado. También pueden considerar que es una buena forma de garantizar la transparencia y la existencia de mecanismos de control exigirá a los fiscales que informen a aquellos cuya denuncia ha dado pie a la causa del resultado de las investigaciones y de la decisión de incoar o no una acción judicial. Los Estados parte podrían tomar nota de varios modelos para salvaguardar esas decisiones.

- Los Estados parte podrían tener en cuenta que varios Estados se han dado casos de influencia política indebida por parte de autoridades superiores, como el Director del Ministerio Público, el Fiscal General o el Ministro de Justicia, especialmente en relación con asuntos políticamente delicados. Además, quizás deseen tomar nota de que es posible que la mera obligación de informar a una autoridad superior antes de iniciar una investigación o entablar un proceso haga que se pueda influir indebidamente en la decisión del fiscal. Por ello, quizás deseen evaluar si es necesario prever tales requisitos y condiciones previos para pasar a la investigación y resolución de un asunto o incluso considerar la posibilidad de eliminarlos en todos los casos en que tal facultad no esté legislativamente definida.
- Los Estados parte que, por un motivo u otro, si prevean la necesidad de recibir instrucciones de una instancia superior respecto de una determinada causa, pueden considerar indispensables la transparencia y la imparcialidad. A fin de lograrlas, pueden requerir que las instrucciones respecto de una causa se den por escrito, de manera que puedan revisarse. También puede considerarse la posibilidad de que esas decisiones sean objeto de supervisión externa. A este respecto, pueden estipular que el público deberá tener acceso a esa información o prever la posibilidad de control judicial en caso de reclamación, por ejemplo, por parte de la persona o institución perjudicada o de la persona que denunció el asunto.

II.4 Decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación

Conforme al artículo, los Estados parte deberán imponer las debidas condiciones para que el acusado pueda ser puesto en libertad en espera de juicio o la apelación. Por ejemplo, pueden considerar la posibilidad de conceder la libertad bajo fianza en condiciones que se justifiquen jurídicamente como medio apropiado de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento

penal ulterior. Sin embargo, convendría que tomaran en cuenta la posibilidad de que quien haya cometido un delito de corrupción disponga de importantes recursos financieros que le faciliten la huida del país, especialmente en el caso de que las fuerzas del orden no hayan podido proceder al embargo preventivo o al decomiso del producto del delito o de los bienes utilizados para cometerlo, o en que, si el delincuente queda en libertad durante la investigación o en espera del juicio, exista la posibilidad de que intimide a testigos, manipule pruebas, etc., y de obstrucción de la justicia. Los tribunales pueden asimismo considerar la posibilidad de imponer restricciones apropiadas a la libertad individual y a la libertad de circulación. Por ejemplo, las condiciones impuestas para conceder la libertad bajo fianza pueden incluir, que el imputado se presente periódicamente ante las fuerzas del orden, que entregue todos los documentos de viaje pertinentes, incluido el pasaporte (aunque es importante tener presente que algunas personas pueden tener acceso a varios pasaportes, por lo que sería prudente exigir que declarase todos los pasaportes y documentos de viaje de que disponga), y que tenga prohibido ponerse en contacto con determinados testigos. En los casos graves, los Estados parte deberían reservarse el derecho como en otras causas penales, de dictar auto de prisión preventiva contra el acusado en espera del juicio.

II.5 Libertad anticipada o condicional

Conforme al párrafo 5, del artículo 30 de la Convención, los Estados parte deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

Para evitar que la sanción tenga repercusiones individuales y sociales, es preciso velar por que esas medidas se apliquen en consonancia con la gravedad del delito.

Si bien muchos Estados parte prevén la posibilidad de conceder la libertad anticipada o condicional, otros han ido abandonando este sistema para pasar a un sistema de “condena genuina” o de imposición de penas estrictamente definidas. Especialmente cuando los ciudadanos dudan de la eficacia y la capacidad disuasiva de las condenas que se reducen, el sistema de “condena genuina” puede ser la opción para recuperar la confianza de la sociedad en la eficacia de la ley y de las medidas para hacerla cumplir. Con todo, también en este caso es preciso considerar la necesidad de respetar los derechos humanos y tener en cuenta las posibles reacciones desfavorables que suscite un sistema en el que el condenado jamás tenga la posibilidad de obtener la libertad condicional.

II.6 Destitución, suspensión o reasignación

Es preciso evitar que una disposición de esta naturaleza se aproveche para inmovilizar o neutralizar a las personas que se consideren una amenaza (por ejemplo, rivales políticos falsamente acusados de corrupción para que no puedan presentar su candidatura) o “demasiado honestas”. Lamentablemente, se trata de

un fenómeno poco habitual, por lo que los encargados de formular políticas deben reconocer el riesgo y tenerlo en cuenta.

Incluso la cláusula de suspensión automática del cargo que el consultor sugiere que se incluya en los contratos del personal puede llegar a ser peligrosa y contraproducente si no va acompañada de ciertas salvaguardias, como la necesidad de que las sospechas tengan suficiente fundamento, para evitar así que la disposición pase a ser un instrumento acusatorio.

Los Estados parte tienen la obligación de decidir si van a establecer procedimientos de destitución, suspensión o reasignación de los funcionarios públicos acusados de delitos de corrupción. Esas medidas pueden tomarse al inicio de una investigación y aplicarse hasta que haya concluido. Pueden servir para impedir que el acusado obstaculice la investigación influyendo o intimidando a los testigos y manipulando o destruyendo pruebas. Además, pueden ser apropiadas para romper un malsano “espíritu de cuerpo” que pueda entorpecer las investigaciones. Las medidas previstas en este artículo no deben prestarse a represalias políticamente motivadas ni menoscabar el principio de presunción de inocencia, del funcionario público de que se trate.

II.7 Inhabilitación

En virtud del párrafo 7 del artículo 30 de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de establecer procedimientos para inhabilitar al funcionario culpable de un delito de corrupción para ejercer cargos públicos o ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado. Convendría que consideraran estas medidas como sanciones accesorias apropiadas, ya que la confianza y la integridad son componentes fundamentales de la función pública. Pueden tener igualmente presente la posibilidad de que esas medidas sean un medio eficaz de desalentar los comportamientos corruptos y de prevenir la corrupción ya que indican a otros funcionarios públicos y a la ciudadanía la determinación de combatir la corrupción. Por otra parte, es menester que los Estados que apliquen estas medidas consideren detenidamente si la inhabilitación debe ser temporal o permanente. La decisión debe reflejar la gravedad del delito cometido.

Los Estados parte podrían interpretar el término “empresa de propiedad total o parcial del Estado” según la definición de empresas “públicas” en sus reglamentos nacionales.

II.8 Reinserción

Como se ha dicho, el párrafo 10 del artículo 30 indica que se necesitan sanciones penales y complementarias proporcionadas. De este principio de proporcionalidad se deriva la necesidad de promover la reinserción social de los condenados.

Los Estados parte pueden considerar que el párrafo refleja el tenor general del artículo 1 de lograr un equilibrio apropiado entre castigo y rehabilitación. Además, pueden considerar que la disposición relativa a la reinserción aborda otro aspecto de las sanciones en ese Estado parte, además de las disposiciones habituales sobre libertad vigilada, y contemplar condenas que comprendan condiciones de reinserción, como trabajos comunitarios obligatorios o trabajos voluntarios en que la competencia de los funcionarios públicos se ponga al servicio de la sociedad.

Artículo 31: Embargo preventivo, incautación y decomiso

1. Cada Estado parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado parte facultará a sus tribunales u otras autoridades

competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados parte y con sujeción a éste.

I. Sinopsis

El artículo 31 complementa el 23. El primero se refiere al “quién”, en cambio el 31 trata del “cómo”. El decomiso, es decir, la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente, como se define en el apartado g) del artículo 2 de la Convención, es el instrumento jurídico más importante para privar a los delincuentes de sus ganancias mal habidas. El régimen que promueve la Convención se organiza en torno al concepto de decomiso del “producto del delito”, que se define en el apartado e) como “bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”.

El decomiso del producto del delito debe distinguirse de otros tipos de decomiso ya conocidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos: el de los instrumentos del delito y el de los objetos de éste. Si bien el párrafo 1 del artículo 31 exige las tres categorías, el decomiso del producto es la pieza central de este nuevo régimen. En los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 31 también se establece el ámbito mínimo de decomiso del producto del delito. Como complemento, en el párrafo 8 se recomienda que los Estados parte consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba a fin de facilitar la determinación del origen del producto, concepto que ya se aplica en varios Estados, pero que es preciso distinguir de la inversión de la carga de la prueba respecto de los elementos del delito directamente relacionados con la presunción de inocencia.

A pesar de estos requisitos mínimos, los Estados parte disponen de varias opciones para aplicar este sistema, a saber:

- privilegiar un sistema basado en el decomiso de los objetos, a diferencia de uno basado en el del valor;
- privilegiar un sistema de decomiso basado en el derecho civil, además de un sistema basado en el derecho penal;

- determinar si el “decomiso del producto de la corrupción” debe considerarse una sanción penal a diferencia de una medida de reparación o restitución y en qué circunstancias; e
- introducir o privilegiar los procedimientos in rem a diferencia de los procedimientos in personam.

Un sistema de medidas preliminares de incautación, embargo preventivo o alguna otra forma de inmovilización de los bienes a efectos de su decomiso es un complemento esencial de la política de privar a los culpables de corrupción del producto de sus actos ilícitos. Conforme al párrafo 2 los Estados parte deberán aplicar esas medidas, en tanto que en el párrafo 3 se exige que adopten sistemas para regular la administración de los bienes hasta que un tribunal u otra autoridad competente resuelva qué hacer con ellos.

En el artículo 31 también requiere que se adopten medidas concretas respecto de los otros dos importantes elementos del régimen de decomiso: la cooperación internacional (párrafo 7) y la protección de los derechos de terceros (párrafo 9).

II. Tipos de decomiso

Conforme al párrafo 1 del artículo 31 los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para autorizar dos tipos diferentes de decomiso:

- 1 a) - decomiso del producto del delito; y
- 1 b) - decomiso de los instrumentos utilizados para cometer el delito.

El apartado b) del párrafo 1 habla de “los bienes, equipo ni otros instrumentos” utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

La teoría a que obedece el decomiso de instrumentos es que pueden haber sido utilizados de forma nociva para la sociedad, por lo que el Estado debe impedir que esto vuelva a suceder. Se vinculan físicamente los instrumentos utilizados para cometer el delito con las consiguientes consecuencias perniciosas. Por ello el decomiso de los instrumentos es, una medida de carácter punitivo, relacionada con la condena del reo que sólo puede adoptarse in personam, ya que este es castigado -casi siempre de manera accesoria- con la privación de los bienes que ha utilizado “indebidamente”.

También se incluyen los elementos necesarios para cometer el delito, directamente, como documentos, modelos o programas electrónicos, o indirectamente, para facilitarlos, como pasaportes falsos, etc. Estos elementos suelen destruirse, lo que demuestra que la teoría en que se basa el decomiso es de carácter preventivo, pues se considera que estos elementos pueden ser utilizados indebidamente, por lo que ciertamente interesa destruirlos. Además, este tipo de decomiso aporta una protección más amplia, y no es punitivo. Por ejemplo, las drogas, no se decomisan para castigar al reo sino para proteger a la sociedad.

En cambio, conforme el apartado a) del párrafo 1 los Estados parte adoptarán medidas para el decomiso del producto del delito.

Según los apartados e) y g) del artículo 2 de la Convención, el decomiso del producto del delito se define como “la privación con carácter definitivo de los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito, por orden de un tribunal u otra autoridad competente”.

III. Modelos de decomiso

La primera opción que ofrece en el apartado a) del párrafo 1 se refiere a los dos posibles modelos de decomiso: el decomiso de los objetos, es decir “del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” y el decomiso del valor, o sea “de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”. Esta distinción se refiere a la forma en que se ven afectados los derechos de propiedad. El decomiso de los objetos constituye una transferencia de los bienes al Estado, en tanto que el decomiso del valor consiste en la obligación de pagar una determinada suma de dinero, por lo general equivalente a las ventajas o beneficios indebidos obtenidos mediante el delito, cualquiera sea la forma en que se conceda o reciba.

Los sistemas de decomiso de los objetos se basan en la relación entre el delito y los bienes. Se aplica el mismo modelo al decomiso de los instrumentos del delito. Es preciso, tener en cuenta una serie de factores:

- los sistemas de decomiso de los objetos funcionan independientemente de quién sea el poseedor efectivo de estos y en este caso es preciso prestar especial atención a la protección de terceros de buena fe, como se prescribe en el párrafo 9 del artículo;
- un sistema de decomiso liso y llano puede tener consecuencias injustas, ya que si, cuando se expide la orden de decomiso, el objeto ha sido consumido o gastado o no pueda encontrarse, no podrá ser decomisado; y
- como suele aplicarse *in rem*, es posible que el decomiso de los objetos deba ajustarse a los procedimientos penales y civiles; si bien en algunos Estados se considera que todo procedimiento de decomiso del producto del delito es de carácter punitivo, en otros se ha considerado que, al obedecer a procedimientos de derecho civil y aplicarse y basarse en modelos de decomiso de los objetos, es de carácter restitutivo.

Por último, al aplicar sistemas de decomiso de los objetos, tal vez habría que considerar el caso en que el reo consiga ocultar el producto en una entidad jurídica, empresarial o de otro tipo. Como técnicamente el acusado ya no será el propietario, que el procedimiento se base en el derecho civil o en el penal será sumamente pertinente en los ordenamientos jurídicos en que la responsabilidad penal de las empresas sea reducida o incluso inexistente.

Estas dificultades podrían superarse con un sistema de decomiso basado en el valor. A diferencia de los basados en el decomiso de objetos, que se fundan en

una relación entre los bienes y el delito, en los sistemas de decomiso del valor del producto del delito se parte del principio de que el delito no debe quedar impune. Así pues, no se trata de una transferencia de bienes, sino de una orden (a menudo de un tribunal) de pagar una suma de dinero equivalente al valor del producto del delito.

Por lo pronto, los sistemas de decomiso del valor pueden aplicarse a dinero o a bienes que pueden no estar directamente relacionados con una actividad delictiva, sino que se han obtenido con el producto del delito. Por lo tanto, no es necesario localizar los bienes concretos adquiridos con el delito, sino determinar el valor que se haya obtenido y decomisar ese valor tomándolo de cualquier bien que pertenezca al delincuente o sobre el que este ejerza control.

Otra importante diferencia práctica respecto de los sistemas de decomiso de los objetos es que al utilizar un sistema de decomiso del valor ya no es necesario ocuparse del producto directo o indirecto, ni de los bienes lícitos e ilícitos entremezclados. Una vez se determina el valor que hay que decomisar, el origen de los bienes a que se aplica carece de importancia.

En tercer lugar, como el decomiso del valor solo se aplica a bienes que sean propiedad del delincuente -in personam-, nunca afectará a los derechos adquiridos una vez cometido el delito por terceros de buena fe. La desventaja evidente del sistema, claro está, aparece cuando el delincuente ha transferido todos sus bienes a otras personas naturales o jurídicas y no tiene ninguno a su nombre. Sin embargo, puede aducirse que toda persona que adquiera esos bienes es probable que cometa un delito de blanqueo de dinero, cuyo producto si puede ser objeto de decomiso, como se propone en el artículo 23. Por ello, en virtud de un sistema de decomiso del valor, el bien podría ser decomisado de todas maneras.

Algunos Estados han privilegiado el sistema de decomiso del valor, mientras que la mayoría de los que tienen una tradición jurídica de derecho civil, consideran que estos sistemas son una alternativa subsidiaria a los de decomiso de los objetos. Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de adoptar ambos sistemas y aplicar el uno o el otro según lo que sea más conveniente en una situación concreta.

IV. Definición del producto del delito a efectos del decomiso

En los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 31 se exponen las medidas mínimas para aplicar el artículo.

Párrafo 4

Se refiere al caso en que el producto del delito se haya transformado o convertido en otros bienes. En tales circunstancias, los Estados parte deben decomisar el producto del delito transformado o convertido y no el producto directo.

Como los delincuentes se desembarazan en cuanto pueden del producto directo del delito a fin de obstaculizar los esfuerzos por localizarlo, esta disposición es de suma pertinencia cuando se aplica un sistema de decomiso del valor a efectos de evitar conflictos con posibles terceros de buena fe y facilitar las actividades de investigación y enjuiciamiento. Esta disposición refleja la misma teoría en que se basa un sistema de decomiso del valor: lo importante es que el delincuente no pueda enriquecerse por medios ilícitos.

La disposición sigue la llamada teoría del “bien de origen sospechoso”, según la cual, cuando se intercambia un bien de este tipo por otro de origen “no sospechoso”, este último pasa a ser sospechoso. Si bien pueden plantearse cuestiones en cuanto a la adquisición de buena fe, los países han impuesto requisitos en virtud de los cuales la legislación da primacía a la irrevocabilidad del origen “sospechoso”, independientemente de toda transferencia, recibo o conversión.

Párrafo 5

Se refiere a la situación en que el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas. Los Estados parte deberán decomisar esos bienes hasta el valor estimado del producto.

Como se ha dicho, ambos casos pueden plantear problemas cuando el sistema se basa en el decomiso de objetos, que requiere determinar los bienes obtenidos mediante el delito. En los sistemas de decomiso del valor, estas situaciones no plantean ningún problema.

Párrafo 6

Requiere que los Estados parte decomisen no sólo el producto primario del delito, sino también el secundario. El producto primario son los bienes derivados directamente de la comisión del delito, por ejemplo, un soborno de 100.000 dólares. El producto secundario, en cambio, se refiere a los beneficios derivados del producto primario, como el interés bancario o las sumas obtenidas como resultado de una inversión. A este respecto, conforme a la Convención los Estados parte deberán prever el decomiso obligatorio del producto primario y del secundario.

Si bien la definición de producto del delito que figura en el apartado e) del artículo 2 comprende los bienes “derivados” u “obtenidos” de la comisión de un delito, en el párrafo 6 se mencionan explícitamente los “ingresos u otros beneficios” derivados de ese producto y se aplica a los beneficios resultantes de cualesquiera de las situaciones mencionadas en los párrafos 4 y 5, a saber, los bienes transformados o convertidos en otros bienes, o entremezclados. En otras palabras, toda apreciación del valor estimado del producto del delito, incluso si no es atribuible a ninguna actividad delictiva también, debe ser objeto de decomiso.

V. Medidas preliminares con miras a un eventual decomiso

A fin de privar a los delincuentes del fruto de sus actos ilícitos, conforme al párrafo 2 del artículo 31 los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien con miras a su eventual decomiso.

En cuanto a la identificación y localización, los Estados parte podrían considerar la posibilidad de cerciorarse de que las fuerzas del orden y las autoridades administrativas y judiciales competentes estén legalmente facultadas para vigilar los bienes o derechos que pueden ser objeto de decomiso. Al establecer las medidas para identificar los bienes a nivel nacional, las autoridades no sólo deben tener las facultades de investigación necesarias y acceso a la documentación pertinente, sino que deben tener también acceso a las bases de datos bancarios, inmobiliarios, de vehículos y de personas jurídicas. Si no existen, los Estados parte deben pensar seriamente en crearlas a fin de facilitar la oportuna reunión de pruebas. La facultad de identificar y localizar bienes sujetos a decomiso debe ser considerada un instrumento básico de investigación por todas las fuerzas del orden. La entidad encargada de hacer cumplir y gestionar la obligación de presentar informes debe poder identificar y descubrir los bienes que eventualmente puedan ser objeto de decomiso y proporcionar esa información a las fuerzas del orden.

Además, es conveniente, que las fuerzas del orden elaboren métodos para presentar pruebas de propiedad ocultada recurriendo a allegados, parientes, sociedades o personas designadas. La colaboración de distintos tipos a cambio de una reducción de la sanción ha resultado un método muy útil para lidiar con los testaferros, ya que estos pueden ser acusados de ocultar o blanquear el producto del delito.

En lo tocante al embargo preventivo, la incautación y el decomiso, los Estados parte podrían considerar especialmente los siguientes particulares:

- Las autoridades competentes deben estar facultadas para adoptar medidas provisionales desde el inicio mismo de la investigación. Para ser eficaces, las medidas de embargo preventivo, incautación o decomiso deben tomarse a instancia de una parte y sin previo preaviso.
- Cuando se requiera autorización judicial, como sucede en el caso de las medidas que afectan a los derechos fundamentales, el procedimiento debe realizarse de tal manera que no demore la autorización ni la frustre. Cuando haya que coordinar las medidas con otras jurisdicciones, deberá prestarse especial atención a que se adopten oportunamente.
- Los Estados parte deben considerar las ventajas de crear un sistema diferente para el embargo preventivo de los bienes mencionados en los informes sobre operaciones sospechosas, que se presentan en cumplimiento de las disposiciones en materia de lucha contra el blanqueo de dinero. Aparte de la tradicional autorización judicial, hay otras dos opciones posibles: los sistemas de embargo preventivo administrativo y automático.

Conforme al primero, el organismo al que se notifica la sospecha, por ejemplo, la dependencia de inteligencia financiera, está facultado para decretar un embargo preventivo, estando su decisión sujeta a confirmación judicial, que debe darse en un plazo breve. En el caso de un embargo preventivo automático, el guardián tiene la obligación de embargar los bienes objeto de la transacción en el momento de la notificación, sin avisar a su cliente y durante un breve período, durante el cual una autoridad competente deberá decidir si el embargo se mantiene o no. En ambos casos, la decisión se adelanta en aras de una mayor eficacia y para que pueda procederse a un embargo oportuno sin comprometer ningún derecho fundamental. Una posibilidad intermedia consistiría en que la dependencia, de resultas de la notificación de una transacción sospechosa, permitiera la actividad normal de la cuenta, pero exigiese a la institución que hubiera notificado la transacción que informara periódicamente de las operaciones en caso de que otros acontecimientos precipitaran el embargo preventivo o la incautación (por ejemplo, que se hubiese filtrado que se iba a realizar una investigación).

- Con objeto de que pueda ejecutarse una sentencia por la que se ordene el pago de una suma, los Estados parte que apliquen el modelo de decomiso de los objetos y el de decomiso del valor deberán asegurarse no sólo de que puedan incautarse los bienes obtenidos o derivados del delito o relacionados con este, sino también otros. De igual modo, podrían considerar la posibilidad de embargar preventivamente bienes propiedad del acusado aunque no estén relacionados con el delito, si los que sí guardan relación con este se encuentran en otro Estado.

Conforme al párrafo 7 del artículo 31, los Estados parte facultarán a sus tribunales para ordenar la presentación de documentos bancarios, financieros o comerciales cuando una autoridad de otro país los solicite a efectos de embargo preventivo, incautación o decomiso.

Según lo dicho en el párrafo 3 del artículo 31, los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para regular la administración de los bienes embargados, incautados o decomisados. A este respecto hay varias cuestiones que tener presentes, en especial en los Estados en que los procedimientos judiciales pueden prolongarse:

Primero, como los tipos de bienes que pueden ser objeto de embargo preventivo varían considerablemente, el sistema debe asegurar que, a efectos administrativos y de gestión, se nombre a profesionales especializados en el tipo de bien de que se trate. Esto será especialmente necesario en los casos más complejos, por ejemplo, cuando el objeto de las medidas de incautación sea toda una empresa. Cuando se trate de dinero, debería bastar con transferirlo a una cuenta de la autoridad competente. En el caso de los bienes raíces, los Estados parte podrían considerar si bastará con embargar toda transferencia, pero dejando el uso y el mantenimiento en manos del propietario.

Segundo, el sistema debe impedir el uso indebido de los bienes embargados mediante un control y una supervisión apropiados, así como mediante sanciones disuasivas y proporcionadas, a fin de evitar costos aún mayores al Estado. La administración de los bienes puede ser costosa en sí misma, de modo que el procedimiento también debe prever formas de gestión que no supongan para el Estado costos muy onerosos.

Tercero, los Estados parte podrían considerar en qué circunstancias, de haberlas, el propietario del bien embargado o incautado tendría derecho a indemnización o al pago de daños y perjuicios, si en definitiva el bien no es embargado o incautado.

VI. Inversión o desplazamiento de la carga de la prueba

En el párrafo 8 se recomienda que los Estados parte consideren la posibilidad de desplazar la carga de la prueba respecto del origen del presunto producto del delito.

Esta recomendación ha de distinguirse de la inversión de la carga de la prueba respecto de los elementos constitutivos del delito. Los Estados que han adoptado con éxito este método tan especial suelen integrarlo en procedimientos de decomiso que se realizan una vez que el reo ha sido declarado culpable.

Al considerar esta recomendación, los Estados parte podrían tener en cuenta lo siguiente:

Algunos países han promulgado leyes de este tipo, desplazando la carga de la prueba respecto del producto obtenido de delitos relacionados con drogas, la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero, estipulando que cuando se declare a una persona culpable de cualquiera de estos delitos, será obligatorio decomisar los bienes propiedad de esa persona, si no puede explicar su origen, y si estos no guardan proporción con sus ingresos o su actividad económica. En este caso, no es necesario probar que los bienes se derivan directa o indirectamente de un delito; los bienes indirectamente derivados del producto ilícito e incluso otro tipo de bienes (salvo que pertenezcan a terceros) podrían ser decomisados si el culpable no puede justificar su origen.

Otros países prevén el decomiso automático en los casos en que una persona ha sido declarada culpable de delitos de drogas, blanqueo de dinero, terrorismo, trata de personas y fraude. Conforme a las disposiciones pertinentes, existe una presunción impugnabile de que todo bien objeto de una orden de decomiso -cualquier bien que el culpable posea o controle- es producto del delito. Una vez pronunciada la sentencia, para que un bien no pueda ser decomisado, la defensa tendrá que demostrar el origen lícito del bien. Si no se presentan pruebas de que el bien no fue usado para cometer el delito o en relación con este, el tribunal presumirá que sí se utilizó para cometerlo o en relación con él y se procederá al decomiso.

Algunos países han optado por una variación de este enfoque. Si bien no admiten la inversión de la carga de la prueba, cuando el ministerio público ha demostrado la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, puede determinarse el volumen del embargo sobre la base de la norma de la preponderancia de la prueba. De vez en cuando la jurisprudencia ha admitido la prueba de “patrimonio neto” como método indirecto de demostrar el origen de los bienes. En la práctica, este método implica establecer la diferencia entre el ingreso lícito del delincuente y el valor de sus bienes, exceptuados aquellos cuyo origen pueda explicarse razonablemente, como las herencias, los regalos, etc.

En otros países, el código penal establece la presunción de que todos los bienes de alguien culpable de un delito relativo a la delincuencia organizada están bajo control de una organización delictiva. Por ello, no es necesario demostrar su origen. Esta presunción de que los bienes están bajo control de una organización delictiva basta para que el bien sea sospechoso, por asociación, incluso si se ha obtenido lícitamente. El propietario puede refutar la presunción, pero la carga de la prueba recae en él.

Un sistema que abarque todos los delitos determinantes a efectos del blanqueo de dinero facilitaría la aplicación de la recomendación que figura en este artículo.

Por último, además de los procedimientos sui generis que aceptan un nivel de pruebas no penales una vez pronunciada la sentencia, varios Estados han adoptado también procedimientos civiles de decomiso que se aplican in rem y que se rigen por la norma de la preponderancia de la prueba.

VII. Protección de terceros de buena fe

Conforme al párrafo 9 los Estados parte no interpretarán ninguna de las disposiciones del artículo en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Sin embargo, la Convención no especifica hasta qué punto los terceros deben disponer de recursos eficaces para proteger sus derechos. Por lo tanto, al aplicar esta disposición los Estados parte podrían tomar en consideración que algunos de ellos han optado por establecer un procedimiento especial para los terceros que invoquen la propiedad de bienes decomisados, en cuyo caso el ministerio público deberá evaluar si él o los demandantes:

- han actuado con el propósito de ocultar el delito determinante o están involucrados en cualquier otro delito accesorio;
- tienen un interés lícito en el bien;
- han actuado diligentemente de conformidad con la ley y la práctica comercial;
- la transacción mediante la cual se ha adquirido el bien debió ser registrada públicamente o cumplir con cualquier procedimiento administrativo (como sucede con los bienes raíces o los vehículos); y

- en el caso de transacciones onerosas, si se han aplicado los valores reales del mercado.

Artículo 32: Protección de testigos, peritos y víctimas

1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo, aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.

5. Cada Estado parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

I. Sinopsis

La Convención considera que la protección de testigos, peritos y víctimas es un importante complemento de las disposiciones de derecho penal, como las referidas a la obstrucción de la justicia.

El artículo 32 comprende disposiciones vinculantes y no vinculantes. Una de las vinculantes es la que figura en el párrafo 1: Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la Convención, así como, cuando proceda,

a sus familiares y demás personas cercanas. En el párrafo 2 se especifican ciertas medidas que los Estados parte podrían prever para proteger a testigos y peritos, como requiere el párrafo 1. El apartado a) incluye una disposición sobre los procedimientos para la protección física de esas personas contra la intimidación y las represalias y el b) se centra en las normas probatorias que garanticen la seguridad de los testigos y peritos en lo relativo a su testimonio.

Las medidas de protección pueden dividirse en dos categorías. Primero, los procedimientos para la protección física de los testigos y peritos y las normas probatorias que les permitan prestar testimonio sin poner en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados. Segundo, y en la medida de lo necesario y posible, el Estado debe ofrecer protección a largo plazo antes del juicio y durante él, así como la posible reubicación de los testigos y, cuando proceda, prohibiendo total o parcialmente que se revele información sobre su identidad y paradero.

En el párrafo 3 figura una disposición no vinculante según la cual los Estados parte considerarán la posibilidad de optar por la protección transfronteriza de testigos mediante la reubicación en otros países de las víctimas que puedan correr peligro.

En virtud del párrafo 4, las disposiciones del artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.

Por último, conforme a párrafo 5, los Estados parte permitirán que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes. Esta disposición es pertinente cuando la víctima no es testigo.

II. Problemas prácticos y soluciones

Los Estados parte deben tener particularmente en cuenta las siguientes expresiones:

- testigos y peritos, familiares y demás personas cercanas;
- protección eficaz contra actos de represalia o intimidación;
- protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación y, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;
- normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados; y
- acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de los testigos.

II.1 Testigos y peritos, familiares y otras personas cercanas

Los Estados parte deberán tener en cuenta que la Convención no define el término “testigo”. Así pues, les tocará determinar de conformidad con su derecho procesal, a qué personas se considerará testigos. No obstante, deben tener presente que el artículo 32 se aplica únicamente a los testigos que presten testimonio sobre los delitos tipificados con arreglo a la Convención. En cambio, no se limita a determinadas etapas de las actuaciones penales.

Siendo así, los Estados parte podrían considerar los tres modelos siguientes:

- Primero, pueden interpretar el párrafo de tal manera que solo haya que proteger a la persona que presta efectivamente testimonio. En consecuencia, estas medidas de protección solo se aplicarían a estas personas si prestan testimonio en el juicio o en las audiencias que se celebren como parte de la investigación. Con todo, los Estados parte podrán tener presente, que, si bien el estatuto de la persona puede variar a lo largo de las actuaciones, el peligro que pesa sobre ella es constante. Por ello, podría ser necesario protegerla en todas las etapas de la investigación, incluso cuando aún no se sepa si esa persona tendrá realmente que prestar testimonio.
- En vista de ello, el propósito del artículo, a saber, proteger a las personas que corran peligro de sufrir actos de intimidación o represalia por estar dispuestas a cooperar, apunta a una aplicación más amplia. En consecuencia, los Estados parte podrían considerar la posibilidad de incluir a quienes estén dispuestas a prestar testimonio en una etapa ulterior de las actuaciones y protegerlos al menos hasta que sea evidente que no serán llamados a testificar.
- Por último, pueden considerar una aplicación aún más amplia que incluya a quienes faciliten o identifiquen pruebas decisivas, como documentación inculpatoria, pero sin prestar testimonio ante el tribunal.

Los Estados parte deberían considerar la posibilidad de interpretar el término “perito” en el sentido amplio. Así podrían incluir a todas las personas que pueden ayudar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y a los tribunales, durante la investigación o como testigos. Debería ofrecérseles la misma gama de medidas de protección que a los testigos. Por último, si bien por “familiares y demás personas cercanas” normalmente se entienden los parientes inmediatos, puede ser preferible una aplicación amplia que abarque generosamente a otros allegados de los testigos. Los Estados parte deben tener presente que a menudo el tratamiento de los familiares y amigos puede ser una razón importante cuando el testigo tiene que elegir entre la cooperación y la intimidación.

II.2 Protección eficaz

Los Estados parte pueden considerar la posibilidad de aplicar programas amplios de protección de los testigos por ser el medio más eficaz de garantizar la

seguridad de testigos y peritos. A este respecto, deben tener en cuenta que algunas medidas de protección (como el cambio de nombre) pueden requerir trámites legislativos e informales. Los que cuenten con este tipo de programas deben considerar la posibilidad de adaptarlos según la importancia concreta del testigo para que pueda enjuiciarse satisfactoriamente a quienes cometan delitos de corrupción.

Los Estados parte deben tener presente que la intimidación y las represalias pueden adoptar muchas formas. Por ello, al decidir si admiten a una persona en un programa de protección de testigos no han de limitarse a las amenazas físicas. Deberían adoptar un enfoque más amplio e incluir varios factores adicionales que las fuerzas del orden deban tener en cuenta al decidir si protegen o no a una persona. Entre esos factores cabe mencionar la probabilidad de que los acusados o sus asociados cumplan las amenazas, así como la duración de éstas, que pueden perdurar mucho tiempo después de que hayan terminado la investigación y el juicio. Además, los Estados parte deben considerar si ha intervenido en el asunto una organización delictiva, ya que en tal caso el hecho de haber prestado testimonio contra uno de los principales miembros de esa organización puede dar pie a formas de represalia graves o permanentes.

Como los programas de protección de los testigos son caros y requieren gran esfuerzo, los Estados parte podrían prever el establecimiento de un sistema diversificado de medidas. Una posibilidad es que solo se incluya en un amplio programa de protección de testigos a un número limitado de testigos que sean de importancia decisiva para lograr una sentencia que no podría obtenerse por otros métodos de investigación o técnicas de vigilancia o presentando pruebas. Los Estados parte deberían tener presente que limitar el acceso a un programa amplio de protección no significa dejar desprotegidos a otros testigos. De hecho, las formas posibles de protección de los testigos van de la seguridad física a corto plazo a la reubicación a largo plazo del testigo y su familia. Por ello, con una evaluación de los riesgos se podría optar por las medidas de protección más adecuadas en los casos concretos. Los programas amplios están destinados a proteger a los testigos a largo plazo contra las represalias, pero en otros casos de corrupción las medidas de protección pueden centrarse en la intimidación previa al juicio, por lo que tal vez haya otros medios que ofrecer protección física a los testigos.

En cuanto a la aplicación concreta de un programa de protección de testigos, los Estados parte podrían tener en cuenta que algunos países prevén la posibilidad de un memorando de entendimiento o protocolo entre el Estado y el testigo, que rige las medidas de protección que han de tomarse. Este tipo de documento puede afianzar la eficacia de la protección y pueda alentar la cooperación. En todo caso, ayuda a aclarar la situación y a evitar posibles desacuerdos respecto de la amplitud de la protección. La UNODC ha elaborado un juego de material relativo a la protección de testigos, incluido un “Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que

guarden relación con la delincuencia organizada”, que puede consultarse en su sitio web⁸.

III. Acuerdos o arreglos con otros Estados

Según su experiencia en materia de protección de testigos, el Estado parte puede considerar suficiente concertar acuerdos o arreglos especiales con otros países para la reubicación de los testigos. No obstante, es posible que estime que la elaboración de un acuerdo pueda llevar tiempo, y que no disponga de tiempo en caso de un proceso penal en marcha. Una manera de resolver el problema podría consistir en elaborar y concluir acuerdos o arreglos transnacionales que no se apliquen únicamente a un caso, sino que sirvan de marco para los casos que puedan plantearse.

Los Estados parte podrían asimismo considerar que la mejor forma de aplicar un programa de protección transfronterizo es elaborar acuerdos o arreglos de cooperación entre “países de la misma familia”. Así, podrían utilizar como refugio países limítrofes o que tengan características lingüísticas económicas y culturales comunes.

IV. Víctimas

En algunos casos, no todas las víctimas serán llamadas a prestar testimonio, y en otros, pueden no sólo ser víctimas quienes hayan sufrido pérdidas o daños directos. Al determinar la gravedad del caso es posible que para cuantificar los daños deba permitirse que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales, en particular después de dictar sentencia y antes de imponer una condena. Esta disposición se aplica a los casos en que una víctima no se presente o no pueda declarar como testigo y que, por ello, no puedan presentarse sus opiniones o preocupaciones ante el tribunal, pues el que procesa penalmente al presunto culpable es el Estado.

Artículo 33: Protección de los denunciantes

Cada Estado parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

⁸ <http://www.UNODC.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>

I. Sinopsis

El artículo 33 no es vinculante. Aun así, los Estados parte podrían tener presente que complementa el artículo que trata de la protección de peritos y testigos. El artículo 33 se refiere a las personas que puedan tener información que no sea lo suficientemente detallada para considerarse probatoria en el sentido judicial del término. Este tipo de información suele presentarse en las etapas iniciales de las actuaciones y también es probable que sea indicio de que se ha cometido un delito. En los casos de corrupción, debido a su complejidad, esos indicios han resultado útiles para alertar a las autoridades competentes, de modo que han podido decidir si incoar o no una investigación.

En la Convención se utiliza el término “personas que denuncian”. Se consideró que era suficiente para transmitir el sentido fundamental, a saber, dejar claro que hay una diferencia entre estas personas y los testigos. Se estimó que era preferible a la expresión inglesa “whistle-blowers”, que es un coloquialismo que no puede traducirse bien a muchos idiomas.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 El marco normativo

En general, los Estados parte tendrán que elaborar un marco normativo que aborde los siguientes particulares:

- a qué personas y en qué esferas, actividades, sectores y entidades se aplica el término;
- quiénes están habilitados para efectuar denuncias;
- ante quién deben presentarse;
- de qué forma y con qué información;
- en qué consiste un trato injustificado;
- qué tipo de protección ha de ofrecerse a la fuente de la información; y
- qué garantías se preverían en caso de acusaciones infundadas o aviesas.

A la hora de aplicar este artículo, el problema práctico es lograr un buen equilibrio entre los derechos del denunciado y la necesidad de proteger al denunciante. Ese equilibrio ha de encontrarse en el derecho interno y en la situación de cada sociedad. En consecuencia, el artículo deja a los Estados parte una importante discreción para adoptar estas medidas a su ordenamiento jurídico.

II.2 Participación de funcionarios públicos

La participación de funcionarios públicos entrañaría:

- promover la comprensión de la conducta apropiada, de lo que está bien y lo que está mal, a qué nivel y respecto de quién;

- insistir en la necesidad de evitar faltas de conducta y, en particular, tener capacidad para detectarlas;
- comprender la importancia de hablar, insistiendo, en particular, en que denunciar lo que está mal es responsabilidad de todos; y
- convencer de que:
 - el acto de denunciar debe verse positivamente;
 - se tomarán medidas eficaces y apropiadas;
 - es más provechoso efectuar una denuncia que guardar silencio; y
 - se brindará protección a quien efectúe la denuncia.

II.3 Participación de la ciudadanía

Convendría que los Estados parte tuviesen presente la importancia de alentar a la ciudadanía a denunciar la corrupción. Por lo tanto, podrían considerar la posibilidad de proteger no solo a los funcionarios o empleados públicos o a las personas jurídicas, sino también a todo el que comunique un caso sospechoso de corrupción, independientemente de su condición jurídica. Además, podrían tener presente que es de especial importancia proteger a los periodistas que publiquen denuncias con arreglo a los criterios previstos en este artículo.

Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de elaborar directrices para la presentación de denuncias que informaran a la ciudadanía de la autoridad a la que deba comunicarse toda sospecha y la manera de hacerlo. Sin embargo, deben tener presente que, hasta que la confianza del público llegue a un nivel suficiente, tal vez las denuncias se efectúen al margen de los procedimientos establecidos.

II.4 Ante quién presentar la denuncia

Convendría que los Estados parte indicaran la autoridad o las autoridades competentes para recibir denuncias, que además tengan capacidad para ofrecer la protección necesaria. Los Estados parte deben comprender que una denuncia trivial sea el primer paso de una compleja investigación de corrupción, por lo que las denuncias pueden ser responsabilidad de varias entidades que deben respetar, todas ellas, la política y los procedimientos de protección fijados por el Estado.

En general, se ha comprobado que conviene que haya al menos dos niveles a los cuales el ciudadano pueda expresar sus preocupaciones. El primero debe incluir las instancias internas de la organización para la que trabaja el denunciante, como superiores jerárquicos, directivos u órganos de supervisión internos o externos, creados precisamente para hacer frente a los casos de mala administración dentro de la organización para la que trabaja el denunciante.

Las denuncias presentadas a una instancia interna no dan resultados apropiados, los denunciadores deben poder recurrir también, a una institución externa, en particular si la persona o la institución a la cual se comunicó la información:

- decidió no investigar;
- no completó la investigación en un plazo razonable;
- no tomó ninguna medida pese a que la investigación corroboró la denuncia; o
- no se puso en contacto con el denunciante en un determinado plazo.

También debe ofrecerse a los denunciadores la posibilidad de recurrir directamente a una institución del segundo nivel en caso de que:

- tengan motivos razonables para pensar que, de plantear la cuestión internamente o ante la entidad de primera instancia prescrita, serían víctimas de represalias; o
- tengan motivos para temer un encubrimiento.
- Las instituciones de segundo nivel podrían ser el Ombudsman, una entidad encargada de combatir la corrupción o un auditor general.

II.5 Criterios para la presentación de denuncias

El artículo establece las condiciones necesarias para brindar protección, a saber, que la denuncia se haya presentado de buena fe y con motivos razonables.

Al aplicar estos criterios han de tenerse presentes varios factores. La denuncia debe ser tratada de manera objetiva y, aun que resulte ser inexacta, en la medida en que el denunciante haya actuado de buena fe, debe aplicarse la ley. También debe aplicarse, independientemente de que la información revelada fuera confidencial, e incluso si el denunciante técnicamente ha transgredido las leyes de la confidencialidad.

Se presumirá la buena fe de la persona que solicite protección, pero si se demuestra que la denuncia era falsa y que no se hizo de buena fe, deberá haber recursos apropiados.

Como las denuncias pueden ser un arma de doble filo, es preciso proteger los derechos y la reputación de los denunciados contra acusaciones frívolas, vejatorias o maliciosas. La ley debe prever, en particular, medidas mínimas para restaurar una reputación dañada. Los códigos penales suelen prever sanciones para quienes formulan a sabiendas acusaciones falsas. Se debe informar claramente a los denunciadores de que estas reglas se les aplicarán si no presentan sus acusaciones de buena fe, pero no debe recaer sobre ellos la carga de la prueba.

En cuanto a los motivos razonables, los Estados parte podrían considerar la posibilidad de no denegar las medidas especiales de protección solo porque la

denuncia haya resultado equívoca. Deberían adoptar, un criterio ex ante. De este modo podrían indagar si el denunciante tenía motivos para creer que existía información que corroborase la veracidad de su denuncia. Para determinar si una denuncia se hizo con motivos razonables, los Estados parte pueden remitirse a otras normas pertinentes de aplicación más general o a una guía.

II.6 Protección de los denunciantes

En general, los Estados parte deberán considerar la manera de determinar la forma de la protección en función de la condición del denunciante, las amenazas de que pueda ser objeto, si se le puede pedir que obtenga más información, si deberá prestar testimonio, si se pondrán en peligro su carrera o sus perspectivas económicas, y qué reparación se le podría ofrecer.

A los denunciantes puede preocuparles la posibilidad de ser objeto de diferentes formas de trato injustificado. Por eso hay muchos instrumentos para impedirlo. En general, las medidas de protección han de ser proporcionales al peligro, aunque debe prestarse atención a los casos en que el denunciante no comprenda la gravedad de su denuncia o la posibilidad de que ulteriores investigaciones lleven a indagaciones que excedan con mucho el alcance original de la denuncia.

Convendría, tal vez, que los Estados parte consideraran la viabilidad de garantizar el anonimato de los denunciantes⁹. En los casos en que resulte imposible y como manera eficaz de protegerlos, podrían penalizar las amenazas o actos de intimidación o represalia.

Los Estados parte podrían considerar la posibilidad de aplicar disposiciones y procedimientos que brinden a los denunciantes una protección judicial apropiada contra la pérdida del empleo, por ejemplo, la prohibición judicial del despido o el pago de daños y perjuicios. Además, pueden tener presente, la posibilidad de que los denunciantes sean víctimas de discriminación profesional. Por lo tanto, deben considerar la posibilidad de prever recursos judiciales contra este tipo de represalias. Las medidas para proteger a los denunciantes contra un despido injusto deben ser compatibles con las leyes laborales del Estado en cuestión. En los casos en que los empleadores puedan despedir a sus empleados sin razón, es posible que la debida protección de los denunciantes exija excepciones.

En ese sentido, es pertinente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual el mantenimiento del anonimato del testigo no implica violación del artículo 6 de la Convención relativo a un juicio imparcial “si los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales han compensado suficientemente las desventajas con las que ha actuado la defensa” (por ejemplo, que un juez de instrucción que conozca la identidad del testigo lo interroge en presencia de un abogado defensor que no la conozca) (véase *Doorson V.s. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1996, demanda Núm. 20524/92, informes 1996-II, párrs. 72-73).

Por último, los Estados parte podrían considerar que la reforma de las leyes relativas a la difamación es un aspecto importante de la legislación de lucha contra la corrupción. Esto puede revestir particular importancia en el caso de las investigaciones de denuncias presentadas por periodistas.

Artículo 34: Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

I. Sinopsis

Muchos actos de corrupción se cometen para crear o acrecentar ganancias económicas. Se recurre a prácticas corruptas para facilitar oportunidades comerciales, obtener condiciones contractuales ventajosas, conseguir un trato administrativo favorable, por ejemplo, en lo tocante a concesiones o contratos públicos, ganar licitaciones y lograr otros objetivos a fin de propiciar los propios negocios. Uno de los principios expuestos en la Convención, especialmente en el Capítulo V, relativo a la recuperación de activos, es que el delincuente no debe beneficiarse de las prácticas corruptas, garantizando así que el delito no quede impune. Así y todo, las sanciones penales pueden no bastar. Para garantizar la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, la condena de las prácticas corruptas debe reflejarse en todas las ramas pertinentes del derecho: el derecho privado, el derecho tributario, el derecho de la competencia, el administrativo, el contractual, el de responsabilidad civil y el de solución de controversias deben contribuir a que se reaccione sistemáticamente contra las prácticas corruptas. Las consecuencias económicas de la corrupción a menudo se rigen por el derecho privado y administrativo.

La primera parte del artículo 34 expresa una disposición vinculante. Sin embargo, las consecuencias específicas de derecho civil o administrativo se dejan a discreción de los Estados parte. Así, la Convención establece que las medidas previstas en el artículo 34 se ajustarán a los principios fundamentales del derecho interno de los Estados parte, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

II. Problemas prácticos y soluciones

Los profesionales se enfrentarán a las consecuencias de la corrupción al actuar en diversos ámbitos. Concretamente, quienes se ocupen de actos administrativos, como concesiones, adjudicación de licitaciones, etc., afrontarán el fenómeno cuando, en el curso del examen judicial y administrativo de las

decisiones correspondientes, se descubra que hubo corrupción en ocasión de una decisión anterior. Quienes intervengan en juicios por las consecuencias de la corrupción deberán abordar la cuestión de la (in)validez de los contratos obtenidos de forma corrupta o la (im)posibilidad de ejecutarlos o modificarlos. Asimismo, los funcionarios públicos encargados de formular las estrategias de lucha contra la corrupción para los poderes ejecutivo y judicial deberán tener en cuenta el problema a fin de que estas instituciones estén preparadas para las correspondientes actuaciones judiciales cuando las consecuencias de la corrupción sean pertinentes. Es posible que los funcionarios del fisco tengan que ocuparse de casos de deducción tributaria cuando se comprueba que algunos gastos son sobornos encubiertos.

II.1 Tipos de medidas

La Convención deja a discreción de los Estados parte determinar las consecuencias pertinentes.

Los funcionarios públicos deben tener en cuenta que las consecuencias previstas en el artículo 34 no son sanciones penales. Así pues, es probable, que se planteen diferentes derechos de carácter procesal. Por ejemplo, los principios de *in dubio pro reo* o *ne bis in idem* no se aplican a los procedimientos civiles ni administrativos. En cambio, deben tenerse en cuenta otros derechos fundamentales, como el derecho a la propiedad, el de ejercer libremente una profesión, así como la libertad de comercio.

En la mayoría de las jurisdicciones, las normas probatorias son menos exigentes en los casos civiles o administrativos que en los penales. Quienes intervengan en actuaciones relacionadas con las consecuencias de la corrupción pueden aprovecharse de ello en su estrategia. Cuando el decomiso penal no resulte viable por falta de pruebas suficientes para una condena penal o a causa del principio de *ne bis in idem*, aún queda la posibilidad de un procedimiento civil. Es preciso que quienes se ocupan de las consecuencias de la corrupción conozcan las normas que rigen cada caso concreto.

II.2 Prioridad a la prevención

Un elemento clave al determinar la forma más adecuada de aplicar las medidas previstas en la Convención es contar con toda la documentación del proceso administrativo que desemboca en la firma de un contrato, en una concesión o licencia u en otros actos similares. Esa documentación debe contener orientaciones sobre las consecuencias de recurrir a la corrupción en los procedimientos correspondientes, con declaraciones que indiquen que todo acto de corrupción será objeto de medidas, así como el proceso o el procedimiento judicial que habrá de entablarse de existir pruebas. Los Estados parte tal vez deseen prescribir que en el pliego de condiciones se estipule claramente que así se hará y se exija que todo el que presente una oferta, así como otros interesados en obtener contratos y concesiones, firmen una declaración comprometiéndose a no cometer ningún acto de corrupción. En el pliego también se puede especificar

que el compromiso se aplicará durante todo el período de vigencia del contrato o la concesión y que podrá dar lugar a una serie de consecuencias, incluidas, según el enfoque sustantivo de la legislación, actuaciones judiciales para dejar sin efecto un contrato o revocar una concesión o una licencia.

Los Estados parte deben tener presente que el intercambio de información entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y otras autoridades competentes para aprobar licencias, otorgar concesiones y firmar contratos es de gran importancia. Muchos de ellos han tenido el problema de que se han concedido licencias, concesiones y contratos a empresas y particulares a los que se ha condenado más de una vez por corrupción, simplemente por no haber intercambiado información con otras jurisdicciones.

II.3 Garantizar que las medidas se ajusten al derecho interno

Todas las medidas que los Estados parte apliquen deben ser compatibles con los principios fundamentales de su derecho interno.

Además de las medidas sugeridas en la Convención, los Estados parte podrían considerar la posibilidad de imponer otras consecuencias, como el retiro de las subvenciones, la interrupción del apoyo económico o la prohibición de presentarse a licitación por un período determinado. Además, podrían considerar, medidas tributarias y en materia de derecho de la competencia, de conformidad con los principios de su derecho interno.

Para más información sobre el artículo 35 de la Convención y para un análisis de su contenido y estructura, así como de los requisitos que en él se establecen, véase el capítulo pertinente de la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Artículo 36: Autoridades especializadas

Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

I. Introducción

Varios Estados parte que cumplen los requisitos del artículo 6 de la Convención han establecido unidades anticorrupción a las que confieren un amplio mandato, que abarca desde la responsabilidad en materia de medidas preventivas, incluidas la formación y coordinación y el aumento de la sensibilización, hasta la investigación y el enjuiciamiento. En otros Estados parte, dichas funciones se distribuyen entre varios organismos y las competencias de investigación y enjuiciamiento se otorgan a las fuerzas del orden, y con frecuencia a la policía nacional.

En el artículo se estipula el requisito de designar entidades o personas cuya tarea básica se centre en la aplicación coercitiva de la ley, o sea, en las funciones de investigación y, posiblemente, de enjuiciamiento. Sin embargo, el artículo no especifica ninguna modalidad institucional concreta, si bien se plantean cuestiones de procedimiento y de recursos que son necesarias para orientar a los Estados parte en la adopción de la mejor estructura institucional de acuerdo con sus necesidades concretas.

El artículo 36 constituye una disposición obligatoria. No obstante, los Estados parte deben tener en cuenta que la Convención sólo establece normas mínimas, y que prevé un margen de discrecionalidad a fin que los Estados parte puedan ajustar los requisitos del artículo a cada situación nacional concreta.

II. Problemas y soluciones

Las cuestiones que se deben abordar son las siguientes:

- el tipo de autoridad especializada
- el valor añadido y la función
- la independencia y los recursos

II.1 El tipo de autoridad especializada

Dado el hincapié que se hace la aplicación coercitiva de la ley, los Estados parte tienen la opción de establecer un órgano especial encargado exclusivamente de luchar contra la corrupción o prever la creación de capacidades especializadas en el marco de las estructuras existentes de la policía, las fiscalías y/o los tribunales.

Habida cuenta de este margen de discrecionalidad, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de evaluar detenidamente su situación interna, puesto que los modelos de instituciones no pueden simplemente importarse o reproducirse, si no que tienen que ajustarse a las condiciones estructurales del Estado de que se trate. Por lo tanto, el primer paso será evaluar la situación interna de manera exhaustiva. Esa evaluación incluye la magnitud del problema de la corrupción, por un lado, y los recursos que el Estado tiene a su disposición, por otro. Como se señala en el artículo 6 de la Guía, existen argumentos a favor y en contra del establecimiento de nuevos órganos o la concentración de las tareas de lucha contra la corrupción en un organismo determinado. Los Estados parte tal vez estimen que entre las ventajas del órgano u órganos a que se refiere el presente artículo podrían estar el impulso dado a las iniciativas de lucha contra la corrupción y la identificación con sus objetivos, el alto grado de especialización y pericia técnica que es posible alcanzar, así como la labor más eficiente que puede llevar a cabo un organismo especializado, si bien existen, por otra parte, posibles desventajas, tales como los costos, los obstáculos institucionales, los problemas de coordinación y la eventual disminución de rendimientos debido al aislamiento y la percepción de debilitamiento de las instituciones existentes que ya realizan actividades de lucha contra la corrupción.

Se debe prestar atención al hecho de que las decisiones sobre si es necesario contar con uno o varios órganos deberían adoptarse después de elaborar una estrategia general nacional de lucha contra la corrupción que aborde cuestiones como el marco legislativo, la presentación de informes, las relaciones entre las instituciones competentes, la consignación presupuestaria, la capacidad judicial y de enjuiciamiento, y el contexto político.

La elaboración de la estrategia, que se ha tratado ya pormenorizadamente en la parte de la presente guía relacionada con la aplicación del artículo 5, deberá facilitar a los responsables de la formulación de políticas la toma de decisiones bien fundamentadas partiendo de la evaluación de las formas concretas de corrupción que exigen mayor prioridad. A nivel político, se deberá decidir si los recursos se invierten en la lucha contra las formas de corrupción más frecuentes (por ejemplo, aumentando el número de policías de tráfico o empleados de registro) o se dedican a combatir la corrupción de “alto valor” (por ejemplo, en los contratos de adquisiciones), o una combinación de ambas. Además, los Estados parte podrán evaluar las ventajas y las deficiencias de sus actuales órganos encargados de hacer cumplir la ley desde el punto de vista de la capacidad que tienen para desempeñar las tareas requeridas.

Conviene también que los Estados parte tengan presente que en el artículo 36 se hace hincapié en la especialización del personal y los órganos encargados de hacer cumplir la ley.

Los Estados parte pueden tener en cuenta que, de acuerdo con la experiencia internacional, una de las mayores motivaciones para crear unidades anticorrupción independientes han sido la percepción que se tiene de la independencia de los actuales órganos encargados de hacer cumplir las leyes o los problemas que ello conlleva, y la preocupación pública en relación con su labor. Además, el establecimiento de unidades anticorrupción autónomas puede representar un “nuevo comienzo” en la lucha contra la corrupción o servir de puente hasta el momento en que el público haya recuperado la confianza en las instituciones encargadas habitualmente de hacer cumplir la ley. Por último, la creación de unidades anticorrupción independientes puede ser garantía de una mayor claridad en la evaluación de los avances y la valoración de los éxitos y los fracasos.

No obstante, el establecimiento de unidades anticorrupción no deja de tener sus aspectos negativos. No solo requiere inversiones importantes si no que hay que plantearse la cuestión de si los nuevos organismos podrán desempeñar una serie de funciones. Además, en particular los países pequeños y en desarrollo deberán atender debidamente el problema de una posible “fuga de cerebros”: puesto que el establecimiento de un órgano independiente requiere una estructura de gestión integrada por especialistas con experiencia en la aplicación de la ley, la contratación o reasignación de ese personal podría influir en la capacidad de otros organismos encargados de hacer cumplir la ley. Y, sobre todo, los Estados parte deberán tener en cuenta que la concentración de personas, facultades y competencias podría ir en detrimento de la eficiencia debido a la competencia entre instituciones. Muchas de las ventajas que presentan las unidades anticorrupción independientes que reciben el mandato de hacer cumplir la ley, como la especialización, la pericia técnica y el necesario grado de autonomía, pueden alcanzarse mediante el establecimiento de unidades especializadas en el marco de organismos ya existentes asignándoles los recursos necesarios para aumentar su capacidad.

II.2 El valor añadido y la función de las autoridades especializadas

Los Estados parte deberán evaluar minuciosamente el valor añadido que ofrecen las autoridades especializadas y la función que están llamadas a desempeñar, ya sea como entidades independientes o en el marco de un organismo competente que ya exista. Hoy día, para ser eficaces en las investigaciones de casos graves y complejos de corrupción y delincuencia económica, las autoridades especializadas precisarán del marco jurídico idóneo a nivel sustantivo y de procedimiento. En el mundo contemporáneo, ese marco deberá prever la concesión a las autoridades especializadas de facultades concretas en materia de divulgación de documentos o de información y pruebas pertinentes de otra índole, acceso a informes financieros y restricción del usufructo de bienes o su decomiso. Para cumplir su función, las autoridades

especializadas requerirían asimismo facultades para acceder a información sobre inteligencia financiera y penal, investigaciones penales, enjuiciamiento y recuperación de bienes civiles.

En la medida de lo posible, la reforma del marco legislativo en relación con la creación o el empoderamiento de autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción, y posiblemente otros delitos financieros, deberá planificarse como parte de una reforma integral de la justicia penal. La reforma parcial centrada en un determinado tipo de delito puede traducirse fácilmente en el desperdicio de recursos escasos, puesto que las esferas problemáticas específicas, como la corrupción o el blanqueo de capitales, se abordan por separado y de forma descoordinada. Reformas como las que se examinan en el presente capítulo serán más eficaces si se integran en un programa a largo plazo de revisión y actualización del derecho penal sustantivo y de procedimiento y de las instituciones que desempeñan funciones relacionadas con la investigación, el enjuiciamiento y la resolución judicial de delitos. La necesidad de un programa de esta índole en todas las jurisdicciones es actualmente aún más indispensable y urgente debido al mayor número de obligaciones internacionales derivadas de la Convención y otros acuerdos.

II.3 Independencia y recursos

Con objeto de velar por la eficiencia de las autoridades especializadas, independientemente de su forma institucional, los Estados parte podrán tener en cuenta varios aspectos fundamentales, incluido el marco jurídico y de procedimiento para asegurar la independencia, la presentación de informes, y los recursos.

La independencia de las autoridades especializadas debería regirse mediante una legislación en virtud de la cual se establezcan claramente los criterios de contratación, nombramiento, disciplina y traslado de la alta dirección (podría aplicarse un modelo basado en los términos por los que se rige la judicatura). Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de prever nombramientos de plazo fijo a fin de evitar una dependencia del poder ejecutivo para los nuevos nombramientos. La legislación también debería abordar la responsabilidad del director de una autoridad especializada encargado de la contratación del personal y el rendimiento operacional de las funciones de dicha autoridad.

Un sistema fiable de revisión interna y/o externa podría constituir una salvaguardia adicional a fin de evitar influencias no deseadas. Así, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de inspirarse en la experiencia de aquellos Estados que se apoyan en un comité de especialistas de la legislatura para ese control. Otros Estados han establecido una supervisión (externa) o comisiones de inspección.

Las disposiciones en virtud de las cuales se salvaguarda el funcionamiento de una investigación o proceso penal frente a influencias indebidas revisten una especial importancia. En algunos estados, las autoridades especializadas no

deben informar a ninguna otra superior, como por ejemplo el Director del Ministerio Público, el Fiscal General o el Ministerio de Justicia cuando inicien las investigaciones de un caso concreto. Por otro lado, muchos Estados parte aún exigen aprobación para entablar actuaciones judiciales en casos específicos, y pueden estudiar la necesidad de que dicho poder se someta a verificación independiente. En ciertos Estados, no puede solicitarse a los funcionarios de las investigaciones, fiscales o jueces instructores que desestimen un caso.

Con arreglo a la ley podría exigirse a las autoridades especializadas que publiquen informes anuales, incluidos resúmenes de los casos en curso en que se hayan producido detenciones, y los presenten al poder legislativo, que oficialmente debería estar facultado para solicitar al director de la autoridad supervisora que le rinda cuentas de la labor y el rendimiento de dicha autoridad.

Además del nombramiento del director de la autoridad especializada, los Estados parte deberían estudiar la posibilidad de establecer los procedimientos adecuados para la contratación de personal. Deberían asimismo considerar la posibilidad de complementar la independencia profesional con la inmunidad de funciones adecuada frente al litigio civil a fin de evitar posibles intimidaciones.

Igualmente, los Estados parte podrán prestar atención al sistema de retribución aplicable a las autoridades especializadas con objeto de asegurar la contratación y el mantenimiento de los mejores expertos que estén al alcance. Respecto de la capacitación adecuada, los Estados parte podrán exigir a los investigadores, fiscales y jueces especializados en la lucha contra la corrupción que adquieran una sólida base en cuanto a aptitudes generales de investigación antes de empezar a especializarse en la investigación de delitos de corrupción. Si bien en la Convención no se estipula ninguna medida específica, los Estados parte podrán tomar nota de algunos modelos que hayan aplicado otros Estados:

- capacitación proporcionada por investigadores experimentados y avezados que aún participen en medidas operacionales. Dicha capacitación debería estar al alcance de todas las personas susceptibles de formar parte de la labor de la autoridad, incluidos los jueces;
- inclusión de auditores, especialistas en derecho fiscal y expertos en gestión en los programas de capacitación. Además, los Estados parte pueden prever la organización de conferencias sobre ética profesional;
- traslado o intercambio de personal a escala nacional o entre jurisdicciones.

La obtención de los servicios de especialistas que puedan facilitar capacitación adecuada debe constituir una prioridad. Se da por hecho que los conocimientos especializados en el gran número de esferas en que se necesitaría capacitación pueden ser poco frecuentes y, por lo tanto, bastante costosos. Los países en desarrollo pueden obtener asistencia técnica, entre otros medios, a través de la UNODC.

La estrategia y supervisión llevadas a cabo por los Estados parte determinará el presupuesto que se necesite para la autoridad especializada. No obstante, los Estados parte deberían garantizar la disponibilidad de recursos para

casos especiales y pesquisas complejas en que se exceda el presupuesto especificado. Por lo general, los Estados parte tendrán en cuenta que la adecuada financiación no es sólo una cuestión de tamaño, sino también de planificación.

Artículo 37: Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención 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 ese producto.

2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

4. La protección de esas personas será, mutatis mutandis, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.

5. Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado parte, los Estados parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

I. Sinopsis

La Convención contiene varias disposiciones que tienen como objetivo fomentar la detección, la investigación y el fallo del delito de corrupción. Teniendo en cuenta que la corrupción es una forma opaca de delincuencia que tiene lugar en secreto, la mejor manera de detectarla es mediante la obtención de información de una persona que participa en el delito de corrupción o es testigo del mismo. Por lo tanto, las fuerzas del orden requieren medios para motivar a esas personas participantes a que revelen sus conocimientos, que de otro modo no se divulgarían. En consecuencia, la Convención reconoce que la motivación para cooperar a veces tiene un precio, como la mitigación de pena o la concesión de inmunidad judicial. Habida cuenta de que la Convención se centra en la restitución de bienes y la cooperación internacional, en el artículo 37 se incluyen

medidas para alentar a las personas a que presten asistencia para privar a los delincuentes del producto del delito y la recuperación de dicho producto (párrafo 1). También contiene una disposición relativa al apoyo internacional en la que se prevé la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos entre los Estados parte a fin de ampliar esos incentivos y abarcar los casos en que una persona coopera en una jurisdicción diferente de aquella en que tiene lugar la investigación o el fallo (párrafo 5).

II. Problemas prácticos y soluciones

El artículo 37 contiene disposiciones obligatorias y facultativas.

Como disposición obligatoria, conforme al artículo 37 los Estados parte han de adoptar medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la Convención 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 ese producto.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37, los Estados parte deberán proteger a esas personas, *mutatis mutandis*, según lo previsto en el párrafo 4 del artículo 32.

El concepto se basa en la experiencia que poseen las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en casos de delincuencia organizada. Los testigos que cooperan y los medios utilizados para alentar dicha cooperación han demostrado ser útiles para ayudar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a acceder a las estructuras, a menudo complejas y con múltiples niveles o estructuras compartimentadas, de los grupos delictivos organizados, así como a entender su funcionamiento y habituarse al mismo. Gran parte de esta experiencia, cuando no casi toda, podría aplicarse de manera satisfactoria en los casos de corrupción.

II.1 Información pertinente

La información que suministre la persona deberá ser útil y pertinente para la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia de un caso, o la recuperación del producto del delito de corrupción, según proceda.

Los Estados parte deberían adoptar las medidas apropiadas para alentar a la prestación de ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto. Asimismo, los Estados podrán estimar que la expresión “ayuda efectiva y concreta” alude a la asistencia e información efectivas.

Los Estados parte pueden estimar importante la publicación de esas medidas y su inclusión en programas de fomento de la sensibilización con objeto de lograr el respaldo público.

II.2 Mitigación de la pena

Los Estados parte podrán aplicar el concepto de “mitigación de la pena” y prever la posibilidad de imponer penas reducidas o ejecutar sentencias de modo más laxo. Sobre esta base, los Estados parte pueden considerar dos modelos de mitigación de la pena:

En primer lugar, la imposición por el tribunal o el juez de una pena mitigada comparada con la que, por lo general, se habría impuesto. Por ejemplo, el tribunal o el juez podría considerar la posibilidad de sustituir la prisión por una sanción monetaria.

En segundo lugar, la mitigación efectiva de la pena después del juicio y durante su cumplimiento. Este modelo puede aportar ventajas tales como la libertad anticipada o la libertad condicional (véase el párrafo 5 del artículo 30).

Con respecto a los procedimientos, los Estados parte podrán escoger varias opciones:

- Habida cuenta del principio de equidad, los Estados parte pueden prever el establecimiento de procedimientos que velen por que la propuesta de mitigación de pena realizada con antelación sea atendida por las autoridades judiciales o de enjuiciamiento competentes. Por lo tanto, los Estados parte podrán incluir una disposición en su derecho penal en virtud de la cual las propuestas de mitigación de pena sean de obligado cumplimiento para los tribunales.
- No obstante, los Estados parte podrán estimar que el concepto de “mitigación de la pena” abarca no sólo los casos prescritos sino también la mitigación de facto de la pena tras un examen caso por caso. En consecuencia, los Estados parte cuyo ordenamiento jurídico lo permita no deberán adoptar una norma específica que prevea una pena mitigada, si bien podrán aconsejar a sus organismos encargados de hacer cumplir la ley que consideren la posibilidad de negociar las penas dentro de unos límites establecidos. Asimismo, los Estados parte pueden prever que la fiscalía ajuste las imputaciones limitándolas a delitos que conlleven penas leves. Sin embargo, con respecto a la independencia del poder judicial, los Estados parte pueden estimar necesario que se garantice la participación del tribunal en una sentencia acordada por la que se renuncia al juicio y la sentencia. Con respecto a dichas actuaciones, los Estados parte podrán estudiar la posibilidad de solicitar un acuerdo escrito firmado por todas las partes en virtud del cual se establecen las condiciones de mitigación de la pena.
- Los Estados parte pueden tener en cuenta la necesidad de alcanzar un equilibrio entre la concesión de ventajas a los delincuentes y la administración de justicia, especialmente respecto de la percepción pública. Así, podrían vincular la mitigación de la pena con una cooperación sustancial. Sin embargo, los Estados parte pueden estimar que la cooperación sustancial no debe conllevar la solicitud de información sin la

cual las investigaciones o la sentencia no habrían podido tener lugar. Por otra parte, pueden optar por una aplicación más amplia, en virtud de la cual toda la información sustancial relativa al delito de corrupción puede conllevar una mitigación de la pena. En consecuencia, podrán relacionar el grado de dicha mitigación con el alcance y la calidad de la cooperación.

- Los Estados parte pueden tener en cuenta asimismo que la posibilidad de mitigar una sentencia no puede estar exclusivamente vinculada a la cooperación, sino también a la gravedad del delito y la culpabilidad de los acusados. Por lo tanto, se podrá excluir la mitigación de la pena en casos de delitos de corrupción graves y comportamiento sustancialmente ilícito de la persona que haya prestado su colaboración.

II.3 Inmunidad

En el artículo se propone a los Estados parte que consideren la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial. Los Estados parte pueden tomar nota de dos modelos de aplicación posibles:

En primer lugar, los Estados parte pueden adoptar una nueva legislación que permita la concesión de inmunidades. Ello podría ser necesario en los ordenamientos jurídicos en que el enjuiciamiento sea obligatorio.

En segundo lugar, los Estados parte cuyos fiscales tengan la facultad discrecional de no encausar, pueden recomendar a sus autoridades encargadas de hacer cumplir la ley que la cooperación sustancial sea una razón que permita la concesión de inmunidad en el marco de la facultad discrecional del fiscal.

La inmunidad puede constituir un poderoso aliciente para que el testigo principal coopere en el supuesto de que el caso no pueda llevarse ante los tribunales sin su ayuda. Por otro lado, la exoneración total de pena podría poner en peligro la validez de las normas de lucha contra la corrupción si se aplica 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, los Estados parte pueden juzgar necesario alcanzar un equilibrio entre la ventaja que constituye la concesión de inmunidad para llevar determinados casos, y la necesidad de aumentar la confianza del público respecto de la administración de justicia.

La decisión sobre si debe concederse o no inmunidad no puede depender exclusivamente del carácter o el alcance de la cooperación. Por el contrario, la aplicación de la ley puede tener en cuenta la persona del acusado y su grado de participación en el delito. Por ejemplo, los Estados parte pueden excluir la posibilidad de conceder inmunidad al jefe de una red de corrupción, o considerar que la concesión de inmunidad a acusados de alto rango, como políticos, podría influir negativamente en la confianza del público respecto de la imparcialidad de la aplicación de la ley.

Además, los Estados parte pueden optar por la concesión de inmunidad únicamente en aquellos casos excepcionales en que el acusado haya

proporcionado información sin la cual la investigación o la sentencia no hubiesen sido posibles.

En lo que respecta a los procedimientos, los Estados parte pueden tener en cuenta algunos aspectos de especial trascendencia:

- los Estados parte que requieran la promulgación de nuevas leyes relativas a la concesión de inmunidades pueden prever condiciones y requisitos previos claros e incontestables en el marco de la ley;
- los Estados parte pueden incluir en la misma legislación el requisito de un acuerdo escrito, firmado por todas las partes, en que se establezcan las condiciones para la concesión de inmunidad a fin de evitar toda controversia sobre las obligaciones y los requisitos previos en materia de inmunidad, por un lado, y los derechos y beneficios, por otro;
- si bien la concesión de inmunidad es una herramienta de gran eficacia, los Estados parte deberán tener presente la posibilidad de que se produzcan abusos. Por consiguiente, los organismos encargados de hacer cumplir la ley deberán tratar de verificar la información proporcionada antes de conceder la inmunidad. Esto requerirá que dichos organismos hagan todo lo posible por corroborar la información presentada por la persona con información adicional. Además, los Estados parte podrán prever la posibilidad de retirar la inmunidad en caso de que la persona haya intentado inducir a error a los órganos encargados de hacer cumplir la ley. A tal efecto, podrán incluir en el acuerdo de inmunidad cláusulas apropiadas en las que se precise que el acuerdo dejará de ser válido si la información resulta ser falsa o dolosa;
- por otro lado, los Estados parte deberán impartir claras orientaciones sobre la persona facultada para ofrecer un acuerdo, las condiciones del propio acuerdo y el momento de la investigación en que debe tener lugar;
- los Estados parte podrán incluir en todo acuerdo de inmunidad cláusulas apropiadas en virtud de las cuales la inmunidad concedida en un caso no afectará a ningún otro caso pendiente o futuro.

II.4 Acuerdos o arreglos entre los Estados parte

Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de que un delincuente proporcione en un Estado información o pruebas pertinentes o útiles en un caso que se esté investigando en otro Estado parte. En los casos de corrupción transnacional, en particular, la cuestión puede ser la forma de motivar a esas personas para que revelen la información que posean acerca de un delito de corrupción del que no estén acusadas en ese momento en el Estado parte en que residen.

Por consiguiente, los Estados parte podrían plantearse la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos con el fin de encontrar soluciones que reflejen los intereses de ambos Estados parte y permitir para ello que los organismos

encargados de hacer cumplir la ley de un Estado parte propongan una sanción mitigada, o incluso la inmunidad, a cambio de cooperación sustancial respecto de delitos de corrupción cometidos en otro Estado parte. Esto posiblemente requiera la aplicación de nuevas normas sobre la concesión de inmunidad o la revisión de las normas vigentes en la materia.

Conviene que los Estados parte tengan presente que la concertación de acuerdos o arreglos especiales puede llevar tiempo, a expensas de la continuación de las actuaciones penales. Por lo tanto, podrían elaborar un marco adaptable a cada caso, en la medida que sea necesario.

Artículo 38: Cooperación entre organismos nacionales

Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir:

a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o

b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

I. Sinopsis

En los artículos 15, 21 y 23 se aborda el soborno de funcionarios públicos nacionales, el soborno en el sector privado y el blanqueo del producto del delito. La rápida notificación de toda eventual infracción a los organismos que posean las facultades y experiencia necesarias para investigar y enjuiciar esos delitos es esencial para asegurar que los perpetradores no huyan de la jurisdicción o manipulen pruebas, y que el movimiento de bienes se pueda prevenir o controlar. En vista de que un gran número de casos de corrupción son complejos y tienen lugar de forma encubierta, su rápida notificación por parte de los organismos públicos pertinentes, o la pronta cooperación a petición de los organismos investigativos constituyen la buena práctica habitual.

II. Problemas prácticos y soluciones

Los Estados parte podrán examinar formas adecuadas de establecer el requisito de que el personal directivo superior y los funcionarios de los organismos públicos comprendan la finalidad del artículo y la función que les corresponde en su aplicación. Esa comprensión se puede fomentar mediante programas de capacitación y oportunidades periódicas y estructuradas destinadas a promover la cooperación entre ellos y las autoridades investigativas y

judiciales. Al mismo tiempo, el personal directivo superior que informe a los organismos pertinentes o coopere en las solicitudes de información deberá tener la seguridad de que, cuando haya actuado de buena fe y por motivos razonables, no sufrirá consecuencias adversas, si la información suministrada no conduce a la adopción de medidas ulteriores.

En todo arreglo, legislación o reglamentación en que se establezca un requisito conforme a las disposiciones del artículo 38 se deberán explicar claramente los “motivos razonables”.

Artículo 39: Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el ministerio público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

I. Sinopsis

El artículo 39 complementa el artículo 38 al alentar al sector privado y los particulares a que actúen del mismo modo que los funcionarios públicos. Dado que un gran número de casos de corrupción son complejos y tienen lugar de manera encubierta, sin la cooperación de entidades del sector privado, en especial de las instituciones financieras, así como de los ciudadanos no llegarán a ser del conocimiento de las autoridades competentes o su investigación se verá frustrada. En particular, la rápida notificación por parte de los organismos del sector privado pertinentes o la pronta cooperación con los organismos de investigación será primordial para encontrar y salvaguardar posibles pruebas e iniciar las investigaciones. En concreto, el papel de las instituciones financieras - o de instituciones que se dedican a actividades comerciales de gran valor- es fundamental para la prevención, investigación y enjuiciamiento eficaces de los delitos tipificados de acuerdo con la Convención. Si bien las instituciones financieras tendrán la obligación de informar sobre actividades o transacciones sospechosas, no deberá considerarse que hasta allí llega el límite de la cooperación cuando una institución tiene sospechas acerca de otras actividades como, por ejemplo, la apertura de cuentas.

II. Problemas y soluciones

Los Estados parte deberán velar por que las entidades del sector privado comprendan el propósito del artículo y la función que desempeñan en apoyo de la Convención. Deberá garantizarse la confidencialidad a las personas jurídicas o al personal directivo superior y demás personal que informen a los organismos pertinentes encargados de hacer cumplir la ley o cooperen en las solicitudes de información, cuando hayan actuado de buena fe y por motivos razonables, así como la protección frente a demandas civiles y reclamaciones por daños y perjuicios por parte de los implicados en los alegatos si éstos no conducen a ninguna investigación.

Los Estados parte deberán especificar los organismos facultados para recibir los informes, y de qué forma (incluida la índole de la información o la documentación de apoyo). También deberían estudiar medios de promover cierto grado de reciprocidad entre las autoridades de investigación y de enjuiciamiento y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, en lo que respecta al valor de la información proporcionada. También sería provechoso que el sector privado, y en concreto las instituciones financieras, participase en la formulación de normas relativas al formato y contenido del material proporcionado (cuestiones que se examinan con mayor detalle en el artículo 14).

Artículo 40: Secreto bancario

Cada Estado parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

I. Sinopsis

La protección de los datos bancarios ha sido una tradición muy arraigada en el sector bancario. En el plano individual, por lo general se considera que la confidencialidad que un banco debe garantizar a sus clientes forma parte del derecho a la privacidad y, más recientemente, a la privacidad de los datos. En algunas jurisdicciones la confidencialidad bancaria equivale asimismo a la protección de la seguridad personal, a fin de evitar extorsiones o secuestros. En el plano empresarial, la confidencialidad evita abusos derivados de la competencia desleal o las leyes antimonopolio. Traducida al plano de la política pública, significa que la solidez de un sistema bancario se basa en la confianza, y la confianza se logra en parte mediante la gestión de las relaciones de manera confidencial.

Todos los Estados parte continúan protegiendo en mayor o menor medida, definida a menudo en su legislación, la facultad y la obligación de los bancos de no divulgar información sobre sus clientes a terceros del sector privado, y la

exigencia de la debida autoridad legal para permitir, en casos especificados, el acceso de las autoridades públicas a dicha información. En muchos Estados parte, disposiciones relativas a la notificación del blanqueo de dinero han venido actualmente a enmendar lo dispuesto en materia de niveles de secreto, y en el artículo 40 se abordan cuestiones más amplias respecto de las investigaciones penales.

Los Estados parte difieren con respecto a la protección que confieren las leyes sobre secreto bancario. En la mayoría de ellos, el secreto bancario constituye un aspecto importante de la relación contractual entre el banco y el cliente y, por lo tanto se trata como una cuestión del derecho privado que se rige por las soluciones jurídicas civiles aplicables en caso de incumplimiento de contrato. En otros Estados parte, la protección de la información bancaria ha pasado de ser una simple relación contractual a la categoría de asunto de interés público. De manera sistemática, esas jurisdicciones han hecho de la violación del secreto bancario un delito penal. Si bien algunas jurisdicciones promulgaron esta protección especial con fines históricos, otras la fomentaron como centros financieros internacionales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 40, los Estados parte deberán eliminar todo obstáculo que pudiera surgir de las leyes y reglamentaciones de protección para las investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la Convención. Ello ya se reconoce mediante los requisitos de la Convención sobre notificaciones de transacciones sospechosas y la recomendación de establecer una DIF en todos los Estados parte. Al mismo tiempo, la capacidad tecnológica del sistema bancario internacional para llevar a cabo operaciones financieras transnacionales es notablemente superior a la capacidad de los organismos de los Estados parte para supervisar e investigar tales operaciones. En el artículo se trata de corregir ese desequilibrio asegurándose de que se enmienden las disposiciones sobre el secreto bancario con el propósito de proporcionar información a los distintos organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, para que puedan combatir eficazmente los delitos de corrupción y actuar tan rápidamente como aquellos a los que investigan.

II. Problemas y soluciones

La aplicación eficaz del artículo 40 requerirá la evaluación de una serie de cuestiones.

II.1 ¿Quién tiene autoridad para acceder a la información bancaria confidencial, en qué circunstancias y con qué fines?

A la hora de decidir qué organismos estarán facultados para acceder a la información bancaria confidencial entran en juego varios factores, y por esa razón la legislación al respecto varía de un país a otro.

Un factor importante es la forma en que están organizadas en cada país la prevención del delito y la política de control, y la prioridad que tienen en comparación con la importancia del secreto bancario en la cultura y la economía nacionales. Como mínimo, deberán poder acceder a la información bancaria las autoridades judiciales, incluidos los fiscales, actuando directamente o con previa orden judicial. En caso contrario se vulneraría el artículo 40.

Sin embargo, habida cuenta de la función que desempeña la información bancaria confidencial como prueba en casos de corrupción y blanqueo del producto de la corrupción, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de idear un sistema que faculte a otros organismos encargados de hacer cumplir la ley para acceder a la información bancaria confidencial; esa medida se justifica asimismo en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 58. Al elaborar tal sistema, pueden tenerse en cuenta otros muchos factores: el marco institucional general y la tradición jurídica del país, el mandato de los organismos interesados y su grado de independencia, así como las aptitudes de los funcionarios y la existencia de salvaguardias adecuadas con respecto a la utilización responsable de la información (por ejemplo, controles preventivos y sanciones por violación de la confidencialidad).

A continuación se presenta una lista indicativa de organismos encargados de hacer cumplir la ley con facultades para acceder a información bancaria confidencial, directamente o mediante orden judicial. En cada caso se señalan también diversas restricciones a la utilización de la información con arreglo a las prácticas habituales de algunas jurisdicciones:

- Los organismos de investigación de delitos de corrupción, como los que se mencionan en el artículo 36 de la Convención, siempre que estén autorizados a llevar a cabo investigaciones preliminares o tengan capacidad legal para presentar informes penales o actuar como parte acusadora. Algunas jurisdicciones que autorizan a esos organismos para acceder a la información bancaria restringen su uso a las pruebas de una causa penal.
- Las DIF facultadas para investigar delitos de blanqueo de capitales. Un gran número de jurisdicciones restringe el uso de la información obtenida a través de las DIF a las pruebas de un caso de blanqueo de capitales o el apoyo a una orden de decomiso en un procedimiento administrativo regulado por las leyes contra el blanqueo de dinero.
- Las autoridades fiscales y/o aduaneras, siempre que con arreglo a la legislación nacional la evasión fiscal o la infracción de las regulaciones aduaneras constituyan delitos penales y la información obtenida no se remita a otros organismos.
- La policía.
- Las instituciones de auditoría.
- Las partes en las actuaciones penales y/o los oficiales de justicia, con previa orden judicial.

- Los bancos centrales, siempre que estén autorizados a llevar a cabo investigaciones preliminares o tengan capacidad legal para presentar informes penales o actuar como parte acusadora.

Los sistemas que restringen el uso de la información obtenida por cada organismo a su propio ámbito de actuación y prohíben su comunicación a otros organismos han resultado ser una carga excesiva para las instituciones financieras, que se suelen ver sometidas a las presiones y los gastos que supone la generación de la misma información varias veces y para diferentes organismos.

II.2 ¿Qué procedimiento se requiere para levantar el secreto bancario?

Un obstáculo que podría plantear el secreto bancario a las investigaciones internas puede derivarse de las cuestiones de procedimiento. Si bien en muchas jurisdicciones es básicamente posible levantar el secreto bancario, los requisitos procesales podrían ser gravosos hasta el punto de que, en la práctica, no fuese posible cumplirlos.

Dependiendo del organismo de que se trate y del uso que se haya autorizado de la información, los Estados parte difieren en cuanto a sus requisitos de procedimiento para acceder a la información bancaria confidencial. En algunas jurisdicciones una orden de aplicación de la ley es suficiente. En otras se requiere una autorización del regulador o el supervisor. En jurisdicciones más estrictas, una orden judicial es el único instrumento legal válido para levantar el secreto bancario. Evidentemente, las normas para obtener dicha autorización varían en función de la autoridad de que se trate.

II.3 Divulgación de información de forma automática o mediante solicitud previa

Los Estados parte tal vez deseen someter a examen la cuestión de si los bancos y otras instituciones financieras deben divulgar de forma automática determinada información a las autoridades designadas para administrar bases de datos o si solo debe levantarse el secreto bancario cuando se solicite por vía administrativa o judicial. También se puede aplicar un sistema mixto en que las operaciones que superen un determinado umbral o despierten sospechas se divulguen de manera rutinaria.

Si se levanta el secreto bancario atendiendo a una solicitud administrativa o judicial, los Estados parte deberán decidir si conceden a las fuerzas del orden autorizadas acceso directo a la información deseada, por ejemplo a través de una base de datos centralizada o una institución central, o indirectamente, mediante una orden judicial. Por ejemplo, los Estados parte pueden estudiar la posibilidad de proporcionar a las autoridades de investigación acceso directo a los informes sobre operaciones sospechosas que obtienen las dependencias de información financiera en el marco del desempeño de sus funciones de control de blanqueo de capitales.

Al adoptar esa decisión los Estados parte podrán sopesar las ventajas que aporta el ahorro de tiempo en las investigaciones penales, confiando cierto control a autoridades independientes como el poder judicial, que por lo general decidirán si la información solicitada es importante para el caso, y también si lo es hasta el punto de poder levantar el secreto bancario.

Debería realizarse un análisis de la viabilidad administrativa y la capacidad de los sistemas de información con objeto de garantizar que los procedimientos no resulten tan gravosos ni lleven tanto tiempo que sean más bien impedimentos para acceder a la información bancaria.

Un obstáculo de índole muy práctica pero habitual que surge en las investigaciones nacionales es la impuntualidad de las respuestas que facilitan las instituciones bancarias a las solicitudes de información. Si la solicitud la hace un organismo autorizado, en muchos casos el organismo requirente deberá recurrir a una actuación judicial para hacer cumplir su orden. En algunas jurisdicciones, ello podría retrasar innecesariamente el proceso investigativo.

Un sistema más eficaz debería contar también con una serie de sanciones en caso de incumplimiento de lo dispuesto por los organismos autorizados, como por ejemplo multas, intervenciones o procedimientos simplificados de búsqueda y captura.

II.4 Uso de bases de datos centralizadas

Una forma útil de evitar algunos de los problemas anteriormente mencionados y mejorar las investigaciones nacionales es el uso de una base de datos centralizada, con diversos niveles de acceso dependiendo del organismo y los usos permitidos.

Las bases de datos centralizadas pueden administrarlas los bancos centrales, las autoridades fiscales o las DIF, y presentan la ventaja del ahorro de tiempo en la obtención de información. Si no se dispone de bases de datos centralizadas podrían producirse demoras, ya que posiblemente el proceso deberá llevarse a cabo “manualmente”, en especial cuando la información se requiere en las primeras etapas de una investigación y, por lo tanto, podría llevar varios meses reunir la información de todas las fuentes.

El uso de herramientas de gestión pública electrónica para el envío de información protegida mediante las salvaguardias adecuadas puede constituir una solución complementaria o alternativa a las bases de datos. En ese caso, se podrá revisar la legislación sobre la protección de datos personales a fin de garantizar la viabilidad de tal enfoque. En algunas jurisdicciones, los registros bancarios no se pueden transmitir a través de sistemas de información sin la autorización expresa del titular de los datos.

II.5 El contenido de una solicitud

Los requisitos del contenido y la forma de las solicitudes dependen por lo general de la existencia de bases de datos y sistemas automáticos de divulgación de información. Cuando existen estos últimos, los Estados parte tienden a limitar el número de organismos autorizados a los que se pueden presentar solicitudes y a considerar las solicitudes con cierta dosis de sospecha. Siempre que exista autorización legal o la solicitud se base en motivos suficientes relacionados con la investigación, la solicitud podrá comprender parientes cercanos o personas con las que el titular de la cuenta haya efectuado determinadas operaciones.

Si no se dispone de bases de datos ni de sistemas automáticos, los Estados parte permitirán solicitudes sin límite alguno respecto de toda cuenta bancaria o inversión de una determinada persona física o jurídica. Podrán surgir limitaciones de otra índole relacionadas con el grado de detalle que puede tener la solicitud para que el banco identifique el titular de la cuenta bancaria o su beneficiario final.

Los bancos pueden tener la responsabilidad de reunir información de sus sucursales y filiales locales si el organismo requirente no dispone de esa información. Su responsabilidad puede incluir asimismo la identificación de todas las inversiones de las que disponga una determinada persona física o jurídica, además de sus cuentas, y de los beneficiarios finales y no solo de “los titulares de cuentas”. En este último caso disminuirán las repercusiones del uso indebido de instrumentos corporativos. Así, en el ámbito nacional, el nombre de la persona y su número de identificación, o el nombre registrado de la persona jurídica, serán en principio suficientes para identificar los movimientos bancarios dentro de una determinada jurisdicción.

II.6 Aplicación de los principios preventivos “conozca a su cliente y conozca a su beneficiario final”

La otra cara del mismo problema es la deficiente aplicación de las disposiciones obligatorias de los artículos 14 y 52 y, en particular, del sólido criterio “conozca a su cliente y conozca a su beneficiario final”.

La adecuada aplicación del criterio “conozca a su cliente y conozca a su beneficiario final” contrarresta los problemas derivados del uso de instrumentos corporativos extraterritoriales o registros incompletos de clientes. Por lo tanto, los Estados parte deberán sopesar los usos permitidos de esas entidades jurídicas y el grado en que una institución financiera está obligada a comprender los negocios de sus clientes. Si se permite el uso de instrumentos corporativos extranjeros deberá existir una política firme en relación con los beneficiarios finales, las personas autorizadas para depositar y retirar fondos, y la comprensión de la actividad empresarial o los objetivos de la entidad.

La información que las autoridades pueden necesitar de los bancos en determinados casos comprende datos relativos al titular de la cuenta (nombre y apellidos, número de seguridad social, número de identificación fiscal, fecha de nacimiento, domicilio actual y anterior, y empleador actual), tarjetas fiscales acreditativas (por ejemplo para verificar el control de una entidad jurídica o establecer vínculos entre contribuyentes aparentemente no relacionados entre sí) y datos financieros. Estos últimos incluirían fuentes de ingresos, saldos y números de las cuentas, transferencias de capitales, depósitos y retiros, a fin de verificar si existen ingresos no declarados obtenidos de forma legal o ilegal, determinar si un contribuyente ha reclamado falsas deducciones, determinar si existen operaciones de préstamos cruzados o transacciones ficticias, dar respuesta a cuestiones relativas al origen de los fondos, e identificar sobornos y pagos sospechosos a funcionarios públicos extranjeros.

II.7 El secreto bancario y los profesionales

Por último, si se aplica la presente disposición, los Estados parte no deberán olvidar que el secreto bancario posiblemente no sólo se aplica a los clientes que son objeto de una investigación, sino también a las actividades de los asesores profesionales que puedan reclamar igualmente las ventajas del secreto bancario en relación con sus actividades, en las que pueden estar involucrados sus clientes que sean objeto de investigación. El secreto profesional puede constituir un problema, sobre todo si no se interpreta de forma funcional. Por ejemplo, en algunos Estados parte el privilegio de la relación cliente-abogado sólo se aplica a la información que se intercambie en el contexto específico de los intereses jurídicos del cliente, y si el abogado actúa como intermediario financiero el secreto profesional no se aplica. Los Estados parte que permitan a los profesionales que gozan del privilegio de mantener cuentas a nombre de sus clientes deberían velar por que las disposiciones pertinentes no impidan el acceso de los organismos autorizados a la información bancaria.

Artículo 41: Antecedentes penales

Cada Estado parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

I. Sinopsis

Los delitos de corrupción los cometen a menudo delincuentes reincidentes. Además, cuando aumentan las operaciones comerciales internacionales la corrupción y los delincuentes corruptos frecuentemente traspasan las fronteras, actuando en ocasiones bajo diferentes razones sociales. En la Convención se plantean conjuntamente en una sola disposición las repercusiones de ambos

aspectos. En el artículo 41 se sugiere a los Estados parte que tengan en cuenta toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales.

II. Problemas prácticos y soluciones

El artículo 41 es una disposición facultativa en la que se sugiere a los Estados parte que estudien la conveniencia de tener en cuenta previas declaraciones de culpabilidad en otro Estado. Si deciden aplicar este artículo, los Estados parte pueden tener presente que la mayoría de los Estados mantienen registros de antecedentes penales que permiten a las autoridades competentes tener en cuenta declaraciones previas de culpabilidad al decidir sobre las penas y las consecuencias jurídicas que sean pertinentes y tengan las repercusiones preventivas necesarias. Muchos Estados consideran esas medidas necesarias para garantizar penas adecuadas a fin de reflejar la gravedad de la conducta del acusado y/o otras circunstancias específicas conexas, teniendo en cuenta los límites de la pena y el adecuado tratamiento de esa persona, según lo prescrito en la ley. Los antecedentes penales pueden reflejar una tendencia a actuar de forma ilícita y cometer delitos repetidamente, lo que podría afectar la imposición de determinadas penas. Además, la consideración de los antecedentes penales podría tener un efecto preventivo. Puesto que los Estados parte pueden estimar que los reincidentes constituyen un peligro latente, podrán ajustar a dicho peligro las consecuencias jurídicas que prevén mediante la imposición de penas rehabilitadoras concretas a este tipo de delatores, o bien excluirlos del posible desempeño de cargos o funciones que pudieran permitirles cometer nuevos delitos de corrupción (véase también el párrafo 7 del artículo 30 de la Convención). Por último, los Estados parte pueden considerar que tener en cuenta declaraciones previas de culpabilidad en otro Estado constituye una respuesta adecuada a la movilidad de los delincuentes.

En el artículo 41 se prevé un amplio ámbito de aplicación respecto de las declaraciones de culpabilidad en el extranjero, ya que se alude a “toda previa declaración de culpabilidad”. En consecuencia, los Estados parte pueden tener en cuenta toda declaración de culpabilidad en el extranjero, especialmente en el caso de delitos graves. De hecho, ese amplio ámbito de aplicación puede considerarse útil ya que permite extraer conclusiones en relación con la conducta del autor del delito y su voluntad de cumplir la ley. Sin embargo, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de relacionar el peso de la previa declaración de culpabilidad sobre la sentencia concreta con el tipo de delito, la gravedad de los daños, y el tiempo transcurrido desde esa declaración de culpabilidad.

Los Estados parte deberían tener en cuenta que la expresión “declaración de culpabilidad” alude a una condena en el extranjero que ya no está sujeta a apelación (véase la Nota interpretativa correspondiente al artículo 41, A/58/422/Add.1, párrafo 40).

Los Estados parte podrán permitir el acceso de otros Estados a sus registros de antecedentes penales, tanto en el plano jurídico como técnico. Con respecto al primero, los Estados parte deberán analizar si su propio ordenamiento jurídico permite la transferencia internacional de datos tales como registros de antecedentes penales, y revisarla si procede. En relación con los aspectos técnicos, los Estados parte podrán designar un órgano que se encargue del intercambio internacional de información. Podría ser aconsejable asignar esta tarea al órgano que se ocupa en general de la cooperación internacional en asuntos penales, como por ejemplo la asistencia judicial recíproca.

Artículo 42: Jurisdicción

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando:

a) El delito se cometa en su territorio; o

b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales; o

b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o

c) El delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención; o

d) El delito se cometa contra el Estado parte.

3. A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite.

5. Si un Estado parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado

conocimiento por otro conducto, de que otros Estados parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su derecho interno.

I. Sinopsis

Uno de los objetivos primordiales de la Convención es promover la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción (véase el apartado b) del párrafo 1 de la Convención). Por lo tanto, incluye disposiciones relativas al soborno de funcionarios públicos extranjeros, así como artículos pormenorizados y especiales sobre las diferentes modalidades de cooperación judicial en asuntos penales, como la extradición, la asistencia judicial recíproca, las investigaciones conjuntas y, como avance importante, la recuperación transfronteriza de bienes. Por otro lado, en el párrafo 1 del artículo 4 se recalca que los Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a esta 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. Y, más concretamente, en el párrafo 2 del artículo 4 se establece que nada de lo dispuesto en la Convención facultará a un Estado parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades. La extradición, la asistencia judicial recíproca y la recuperación de bienes son formas de cooperación internacional en que los Estados parte interesados se prestan recíprocamente asistencia para apoyar investigaciones, enjuiciamientos nacionales u otras actuaciones judiciales, si bien presuponen que la legislación nacional ha abordado las cuestiones jurisdiccionales de una forma adecuada y funcional.

II. Problemas prácticos y soluciones

En virtud de lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 42, como disposición obligatoria, los Estados parte establecerán su jurisdicción de acuerdo con el “principio de territorialidad”, es decir, respecto de delitos cometidos en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes.

Asimismo, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 42, los Estados parte establecerán su jurisdicción respecto de delitos de corrupción cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales. Este requisito obligatorio está vinculado con el que se establece en el párrafo 11 del artículo 44 de la Convención para iniciar el proceso de enjuiciamiento interno en lugar de la extradición en caso de que ésta se negara por motivos de nacionalidad.

En el párrafo 2 del artículo 42 se incluye el requisito facultativo de que los Estados parte puedan establecer su jurisdicción de acuerdo con el “principio de personalidad activa o pasiva”, es decir, respecto de delitos cometidos por uno de sus nacionales o en contra suya, respectivamente. Igualmente, se insta a los Estados parte a que consideren la posibilidad de establecer su jurisdicción respecto de los casos de participación en la comisión de cualesquiera de los delitos de blanqueo de capitales, así como de asociación y confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento para su comisión, si el acto de participación se ha cometido en el extranjero con miras a cometer el acto principal en el territorio del Estado parte. Por último, se incluye el requisito facultativo de que los Estados parte establezcan su jurisdicción de acuerdo con el “principio de protección”, es decir, respecto de los delitos cometidos contra el Estado parte.

Asimismo, en el párrafo 4 del artículo 42 se incluye el requisito facultativo de que los Estados parte establezcan su jurisdicción respecto de delitos de corrupción cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por motivos que no sean de nacionalidad.

Por último, en el párrafo 6 del artículo 42 se reconoce, sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su derecho interno.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 42, las autoridades competentes de los Estados parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas, en el caso de que un Estado parte haya recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos.

Los Estados parte pueden prestar una atención especial a los casos en que:

- el delito se cometa en su territorio
- el delito se cometa contra uno de sus nacionales
- el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio
- el delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la Convención
- el delito se cometa contra el Estado parte
- el propio Estado parte establezca su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

- el propio Estado parte establezca su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado parte no lo extradite.

II.1 El delito se comete en el territorio del Estado parte

Conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 42, los Estados parte establecerán su jurisdicción respecto de un delito tipificado con arreglo a la Convención cuando el delito se cometa en su territorio, independientemente de la nacionalidad del delincuente. Aunque la mayoría de los Estados reconozcan el principio de jurisdicción territorial, su aplicación difiere notablemente en cada caso.

Los Estados parte quizás deseen tomar nota de que no existe un único modelo de aplicación. Algunos Estados consideran que el delito se ha cometido en su territorio cuando su autor ha actuado dentro de su territorio. Otros Estados aplican el principio de territorialidad de acuerdo con un modelo más amplio: la jurisdicción territorial podrá ser ejercida si al menos parte del delito ha tenido lugar dentro del territorio del Estado. Por lo tanto, un acto de participación interno podrá ser suficiente, incluso cuando el principal acto de corrupción se haya cometido en el extranjero. Además, según una opinión ampliamente aceptada y conocida como “doctrina de ubicuidad” o “territorialidad objetiva”, los Estados pueden ejercer su jurisdicción si el delito tiene repercusiones en su territorio. En consecuencia, podrán tener jurisdicción territorial en los casos en que se haya distorsionado el mercado nacional o la competencia interna debido a un acto de corrupción producido en el extranjero.

II.2 El delito se comete contra uno de los nacionales del Estado parte

Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de establecer su jurisdicción respecto de los delitos cometidos contra sus nacionales independientemente del lugar en el que el delito haya tenido lugar. Esta versión pasiva del principio de nacionalidad está estrechamente vinculada con el principio de protección. Mientras que éste tiene por objeto la protección del propio Estado, el primero alude a la protección de sus ciudadanos.

Algunos Estados se rigen según un amplio modelo de aplicación que abarca todos los delitos de corrupción que repercutan en su territorio y en sus ciudadanos, mientras que otros amplían dicha aplicación para incluir los casos en los que haya resultado perjudicado un nacional en el extranjero. Los Estados que opten por una aplicación más restringida del principio de territorialidad pueden considerar necesaria la aplicación del principio pasivo de la nacionalidad a fin de establecer su jurisdicción respecto de los casos en que sus nacionales o empresas hayan resultado perjudicados por un acto de corrupción cometido en el extranjero.

Los Estados parte pueden considerar la posibilidad de aplicar ampliamente el término “nacional”, de forma que abarque a los ciudadanos y personas jurídicas constituidas en su territorio, a fin de proporcionar una protección integral.

II.3 El delito es cometido por uno de los nacionales del Estado parte o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio

Los Estados parte pueden decidir el establecimiento de su jurisdicción de conformidad con el principio de personalidad activa, aunque no están obligados a hacerlo. Si deciden aplicar esta disposición, los Estados parte pueden tener que reconocer el enfoque necesario para hacer frente a la corrupción contemporánea. Así pues, con el fin de lograr y salvaguardar una actitud respetuosa con la ley por parte de sus ciudadanos y promover normas de comportamiento similares en el propio país y en el extranjero, los Estados parte podrán aplicar su jurisdicción de conformidad con ese principio. En consecuencia, podrán ejercer su jurisdicción sobre sus ciudadanos independientemente del lugar en el que cometan un delito de corrupción. Lo mismo se aplica también en el caso de personas apátridas que tengan residencia habitual en el territorio de un Estado parte y que debido a ello no puedan ser extraditadas.

Al decidir sobre el establecimiento de la jurisdicción de nacionalidad respecto de los delitos tipificados en la Convención, los Estados parte deben tener presente que el delito de soborno de un funcionario público extranjero según lo dispuesto en el artículo 16 tendrá lugar por lo general en el extranjero, y, por tanto, el enjuiciamiento efectivo de ese delito probablemente sólo sea posible si se le aplica la jurisdicción de nacionalidad.

Con respecto a las personas jurídicas deben examinarse varias cuestiones. En primer lugar, los Estados parte pueden aplicar el término “nacional” de forma que abarque a las personas jurídicas nacionales. En segundo lugar, los Estados parte pueden considerar dos modelos de aplicación en relación con el principio de nacionalidad. La mayoría de los Estados parte establecen su jurisdicción con arreglo al principio de nacionalidad cuando una persona jurídica nacional sea responsable de un delito de corrupción. Una sociedad puede considerarse nacional si se ha fundado de conformidad con la legislación nacional del Estado parte o tiene en él su sede. Otros Estados parte vinculan la cuestión de la jurisdicción con la nacionalidad de la persona natural que haya actuado y no de la nacionalidad de la persona jurídica. Por lo tanto, estos Estados exigirán que la persona que haya actuado de manera corrupta dentro de la estructura de la persona jurídica o a su favor sea uno de sus ciudadanos. Sin embargo, esto podría ocasionar graves lagunas jurídicas, ya que en casos cruciales de responsabilidad empresarial los organismos de investigación no son capaces de identificar a cada instigador o autor del delito. Igualmente, los Estados parte pueden estimar que el principio de responsabilidad de las personas jurídicas vincula las consecuencias jurídicas con la propia entidad jurídica y hace por ello abstracción de las personas y su nacionalidad.

II.4. Jurisdicción respecto de los delitos cometidos como preparación para el blanqueo de capitales

Los Estados parte podrán establecer su jurisdicción respecto de los casos de participación en la comisión de cualesquiera de los delitos de blanqueo de capitales tipificados con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o el inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23, así como de asociación y confabulación para cometerlos, tentativa de cometerlos y ayuda, incitación, la facilitación y asesoramiento con miras a su comisión, aun cuando el acto de participación se hubiera cometido en el extranjero y el acto principal hubiese tenido lugar, o estuviese previsto que tuviera lugar, en el territorio del Estado parte. Por tanto, el artículo da cumplimiento al llamado hecho en la Convención a la colaboración internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales asegurando una jurisdicción en la que no haya lagunas legales.

Los Estados parte pueden tener presente que, de acuerdo con un amplio modelo de aplicación, podrían establecer su jurisdicción respecto de esos casos sobre la base del principio territorial.

II.5 El delito se comete contra el Estado parte

De conformidad con lo previsto en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 42, los Estados parte se protegerán a sí mismos y defenderán sus instituciones mediante el establecimiento de la jurisdicción penal. Esta disposición está relacionada igualmente con el modelo que aplican los Estados parte respecto del principio de territorialidad. Así, según el modelo amplio de aplicación del principio territorial, que abarca todos los delitos que repercuten en el territorio, una disposición nacional que aplicara el principio de protección tendría un ámbito de aplicación más bien reducido.

Los Estados parte que prevean una interpretación restringida del principio de territorialidad pueden considerar la posibilidad de aplicar la disposición sobre el principio de protección a fin de evitar lagunas jurisdiccionales y proteger las instituciones y procedimientos que sean de importancia fundamental para el bienestar de sus ciudadanos.

Asimismo, los Estados parte tienen que considerar la relación con el principio de personalidad pasiva. Pueden estimar que el modelo de protección pasiva comprende los delitos cometidos contra el propio Estado. En este caso, el principio de protección tendría un reducido ámbito de aplicación.

Los Estados parte cuyo principio de nacionalidad no abarque esos casos tal vez deseen salvar los vacíos legales mediante la aplicación del principio de protección. Pueden tomar nota de las dos formas posibles de aplicación siguientes:

- considerar que un delito se ha cometido contra el Estado parte cuando el propio Estado, es decir, sus instituciones y entidades y sociedades públicas hayan resultado afectadas. Así, los Estados parte pueden estimar que los

delitos que afecten a sus ciudadanos no están comprendidos en esta disposición, sino en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 42.

- estimar, por otro lado, que se ha cometido un delito contra un Estado parte cuando uno de sus funcionarios públicos haya resultado afectado. Sin embargo, ello tendría que haberse producido mientras el funcionario público hubiera estado desempeñando su función específica o ejerciendo la representación del Estado.

II.6 Establecimiento de la jurisdicción penal sobre la base del principio “aut dedere aut judicare”

De acuerdo con el principio de aut dedere aut judicare, los Estados parte deberán velar por el enjuiciamiento interno en el caso de que un presunto delincuente no pueda ser extraditado. El inicio de actuaciones penales en el país en lugar de la extradición debería basarse en la existencia de una base jurisdiccional adecuada que se prevé en la Convención, ya sea de forma obligatoria cuando se deniega la extradición por motivos de nacionalidad (véase el párrafo 3 del artículo 42) o facultativa (véase el párrafo 4 del artículo 42). Una vez que estas disposiciones se hayan aplicado de manera efectiva en el ámbito nacional, los tribunales y las fuerzas del orden de los Estados parte dispondrán del marco jurídico necesario para evitar situaciones en las que un presunto delincuente no pueda ser ni procesado ni extraditado. Concretamente, en relación con la denegación de extradición de nacionales, los Estados parte pueden tener en cuenta que los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero pueden quedar cobijados por el principio de nacionalidad activa, de forma que sus organismos encargados de hacer cumplir la ley puedan ejercer su jurisdicción con arreglo a esta disposición. Sin embargo, pueden considerar que es posible que el principio de nacionalidad no se aplique a los casos en que un delincuente haya obtenido la nacionalidad después de la comisión de un delito en el extranjero. Con objeto de abarcar estos casos, los Estados parte pueden recurrir a la aplicación del párrafo 3 del artículo 42.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL
(Capítulo IV, Artículos 43 a 50)

Artículo 43: Cooperación internacional

1. Los Estados parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte, independientemente de si las leyes del Estado parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado parte requirente.

I. Sinopsis

Es necesario que haya entre los Estados parte una asociación de trabajo significativa que se traduzca en una cooperación internacional más eficaz, receptiva y rápida en la lucha contra la corrupción. La experiencia ha demostrado que el fomento de la confianza en los ordenamientos jurídicos extranjeros es un requisito necesario para la profundización y ampliación de esa cooperación.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 43, los Estados parte deberán crear sistemas y mecanismos adecuados y eficaces que permitan una cooperación internacional eficiente en la lucha contra la corrupción, de conformidad con los artículos 44 a 50 de la Convención. Ese propósito coincide, ante todo, con uno de los objetivos fundamentales de la Convención, a saber, “promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional ... en la prevención y la lucha contra la corrupción” (apartado b) del artículo 1 de la Convención). El alcance de la cooperación internacional en asuntos penales, conforme a lo previsto en el capítulo IV de la Convención, no sólo comprende las formas “tradicionales” de cooperación, como la colaboración para hacer cumplir la ley, la extradición y la asistencia judicial recíproca, sino también otras fórmulas relativamente nuevas en materia de justicia penal transnacional, incluida la remisión de actuaciones en asuntos penales, la asistencia en el establecimiento de órganos conjuntos de investigación y la cooperación para el uso apropiado de técnicas especiales de investigación.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 43, los Estados parte pueden asimismo ampliar su cooperación para abarcar no sólo asuntos penales, sino también civiles y administrativos relacionados con la corrupción. La alusión explícita a la posible utilización de mecanismos de cooperación internacional relativos a las investigaciones y procedimientos en asuntos civiles y administrativos constituye un avance importante. El proceso de derecho civil, por un lado, siempre se ha considerado un complemento de los procedimientos

penales. Los litigios civiles por reclamaciones se basan por lo general en el derecho de propiedad o agravios extracontractuales, y se centran principalmente en la indemnización por los daños causados debido a conductas delictivas. Además, habida cuenta de los problemas derivados del carácter de los procedimientos penales y los requisitos previstos en ellos, muchos profesionales consideran el proceso civil como una opción viable en determinadas circunstancias para hacer frente a la corrupción, especialmente en los casos en que no se puede seguir un enjuiciamiento penal (por ejemplo, en caso de fallecimiento, ausencia, inmunidad o incapacidad general para llevar a los demandados ante el tribunal penal). Asimismo, el párrafo 1 del artículo 43 se deberá examinar conjuntamente con el artículo 53 de la Convención, en el que se permite la adopción de medidas para la recuperación directa de bienes adquiridos mediante delitos relacionados con la corrupción, y se exige a cada Estado parte, entre otras cosas, que permita a otros Estados parte entablar demandas civiles ante sus tribunales para determinar la titularidad o la propiedad de dichos bienes.

Por otro lado, la Convención permite la inclusión de procedimientos administrativos relacionados con la corrupción en el marco de aplicación de sus disposiciones sobre cooperación internacional. De esta forma, los mecanismos de asistencia recíproca pueden ser aplicables no sólo respecto de los asuntos y procedimientos penales, sino también los de índole administrativa que estén relacionados con la corrupción. Tales procedimientos incluyen, por ejemplo, los casos presentados por las autoridades administrativas respecto de los hechos que sean punibles con arreglo al derecho nacional de los Estados parte requirente y requerido, en los que la decisión que haya de adoptarse pueda dar lugar a actuaciones ante un tribunal penal con jurisdicción sobre los delitos de corrupción. Esto es importante cuando los actos penales y las infracciones/incumplimientos de la reglamentación se entremezclan, o cuando una persona jurídica sujeta a sanciones administrativas esté implicada en delitos contemplados en la Convención (véase el artículo 26 de la Convención). A efectos de comparación, cabe notar que el Segundo protocolo adicional al Convenio Europeo sobre Cooperación Judicial en materia Penal (2001) amplía el alcance del Convenio a fin de que incluya los procedimientos administrativos que puedan dar lugar a actuaciones ante un tribunal que tenga la competencia requerida, en particular en asuntos penales (modificación del párrafo 3 del artículo 1 del Convenio). En el propio Convenio, aprobado en 2000, figuraban ya disposiciones similares (párrafo 1 del artículo 3).

II. Problemas y soluciones

La cooperación internacional se ha regido tradicionalmente por tratados o acuerdos de ámbito bilateral, regional o internacional. En determinados casos, la cooperación puede ser posible sin ningún tipo de tratado-marco, y sobre la base de la legislación nacional, la reciprocidad o la cortesía. Las cuestiones relativas a la base jurídica de la cooperación varían de hecho según la práctica seguida por las autoridades nacionales, y en algunos casos, según el asunto de que se trate.

Aun cuando exista la voluntad de establecer una cooperación internacional provechosa en la lucha contra la corrupción, en la práctica se debe abordar un gran número de problemas y dificultades para que esa cooperación sea eficiente y eficaz. Entre tales problemas cabe destacar la ausencia de un marco jurídico adecuado y pertinente que ayude a los Estados parte a cumplir las obligaciones que les imponen los tratados, la existencia de procedimientos excesivamente complejos, engorrosos y formalistas que impiden la rápida prestación de asistencia, así como la falta de recursos o personal con experiencia y la limitada capacidad institucional para impulsar la cooperación.

Se insta a los Estados parte a que tengan en cuenta todas las cuestiones jurídicas, prácticas y de procedimiento que pudieran surgir para poder aplicar el párrafo 1 del artículo 43. Es evidente que el propósito que se busca es que esa disposición tenga un amplio alcance y un amplio ámbito de aplicación. Los profesionales y las autoridades que participen en actividades conexas en los Estados parte deberán tener presente que el espíritu y los principios rectores del párrafo 1 del artículo 43 y el apartado b) del artículo 1 de la Convención deberán reflejarse a través de las amplias disposiciones del Capítulo IV, relativo a la cooperación internacional, y hacer posible su aplicación eficaz gracias a una interpretación amplia y flexible.

II.1 La cuestión específica de la determinación de la doble incriminación

En el párrafo 2 del artículo 43 se aborda la cuestión de la determinación del requisito de la “doble incriminación”, considerado habitualmente un principio básico de la cooperación internacional, especialmente en el ámbito de la extradición. De acuerdo con ese principio, los Estados parte deberán extraditar a prófugos o prestar asistencia en relación con los delitos cometidos fuera de su jurisdicción, a condición de que esos actos estén tipificados como delito por su propia legislación. En concreto, respecto de las leyes y la práctica de la extradición, los avances producidos en materia de establecimiento de tratados ponen de manifiesto el intento de atenuar las dificultades derivadas de la aplicación del requisito de la doble incriminación. Por ello, se incluyeron en los tratados y las convenciones disposiciones generales siguiendo el criterio de la “lista de delitos”, que en lugar de enumerar los actos y exigir que se penalizaran como delitos con arreglo a las leyes de ambos Estados, simplemente permitían la extradición por conductas penalizadas y sujetas a un cierto grado de castigo en cada Estado. El establecimiento de la doble incriminación según esta fórmula evita la necesidad de renegociar un tratado o complementarlo si ambos Estados aprueban leyes relativas a un nuevo tipo de actividad delictiva, o si en una lista existente de un tratado de extradición inadvertidamente se ha dejado de incluir tipo importante de actividad penal punible por ambos Estados.

El párrafo 2 del artículo 43 va más allá al estipular que, cuando la doble incriminación sea necesaria para la cooperación internacional, los Estados parte deberán considerar que se cumple ese requisito si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte, independientemente del concepto jurídico utilizado para

definir el delito, o la categoría en que éste se debe clasificar. Al precisar que la conducta constitutiva del delito penal no debe necesariamente definirse en los mismos términos en los dos Estados parte ni incluirse en la misma categoría de delitos, la Convención introduce una cláusula explicativa a para reforzar una norma genérica sobre la doble incriminación. Al hacerlo, la Convención minimiza explícitamente la importancia del lenguaje legislativo concreto utilizado para penalizar ciertas conductas y se alienta a adoptar un enfoque más pragmático con respecto a la posibilidad de que la conducta constitutiva del delito, basada en hechos objetivos, sea punible en ambos Estados contratantes, aunque lo sea bajo categorías estatutarias con denominaciones diferentes. Se trata de un intento de obviar la renuencia a la cooperación internacional cuando el Estado parte requerido no reconozca plenamente el delito por el que se realizó la solicitud. Aunque algunos Estados parte requeridos pueden tratar de determinar si tienen tipificado en su derecho interno un delito (punible por encima de cierto umbral) equivalente al delito por el que se solicita la extradición u otro tipo de asistencia judicial, en la Convención se exige claramente a los Estados parte requeridos que adopten un enfoque amplio respecto de esta cuestión. Cabe notar que el Tratado modelo de extradición, aprobado mediante la resolución 45/116 de la Asamblea General, enmendada posteriormente por la resolución 52/88, contiene una disposición similar (párrafo 2 del artículo 2) en la que se proporcionan orientaciones para garantizar que, al determinar la aplicación del requisito de doble incriminación, se tenga en cuenta la conducta constitutiva del delito, independientemente de su denominación o clasificación con arreglo a la legislación de los Estados parte requerido y requirente.

II.2 La participación de una autoridad central u otra autoridad competente

Si bien la creación a nivel interno de un marco funcional jurídico e institucional con un procedimiento centralizado se considera cada vez más una buena práctica para superar varios de los problemas con que se tropieza, es preciso definir claramente la necesidad de una autoridad central (en los casos de asistencia judicial recíproca, véase el párrafo 13 del artículo 46 de la Convención), u otra autoridad competente (para otras formas de cooperación internacional, incluida la extradición) y determinar su función, así como su interacción con las autoridades del país y las de otros Estados parte. Por ejemplo, sería prudente poner en claro si esas autoridades centrales/competentes deben participar en todas las etapas de la cooperación internacional, y si deben recibir y atender solicitudes, o transmitirlas a las autoridades/organismos encargados de su ejecución. Por lo general, será necesaria la delimitación de las funciones de esas autoridades con objeto de garantizar la coherencia en la práctica de la cooperación internacional y evitar, en la medida de lo posible, la creación de otro nivel de burocracia administrativa, sin ningún valor añadido. Al determinar las políticas y los procedimientos apropiados que faciliten una cooperación más eficaz con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 43, los Estados parte deberán valorar si el nivel de recursos y conocimientos especializados de sus autoridades centrales proporcionan las garantías y salvaguardias necesarias para

fortalecer los mecanismos de cooperación internacional de conformidad con lo dispuesto en la Convención.

Con respecto concretamente a las investigaciones de lucha contra la corrupción para las que se necesite la asistencia de un Estado extranjero, se recomienda la designación de autoridades centrales que faciliten el contacto y la cooperación en el plano operacional entre esas autoridades encargadas de llevar la investigación o el caso, en particular cuando tengan lugar otros procedimientos o investigaciones simultáneas, por ejemplo, en relación con el blanqueo de capitales. Por supuesto, deberán alentarse las relaciones directas entre las autoridades judiciales/de investigación de diferentes Estados parte, sobre todo al comienzo de una investigación. Del mismo modo, las autoridades centrales/competentes que participen en casos de cooperación internacional pueden proporcionar el marco y el conducto operacionales que faciliten los contactos y la coordinación entre los organismos de lucha contra la corrupción y las fuerzas del orden de los Estados parte que cooperen en relación con las cuestiones comprendidas en su ámbito de competencia.

II.3 Marcos de cooperación

Como se ha mencionado anteriormente, en virtud del requisito básico establecido en el párrafo 1 del artículo 43, los Estados parte deberán realizar un examen pormenorizado, en el sentido más amplio, de los marcos jurídicos e institucionales internos que fomenten la cooperación internacional. A ese respecto, los Estados parte deberán estudiar la adopción de una nueva legislación o el establecimiento de procedimientos más simplificados, y en cualquier caso, fortalecer los canales de comunicación entre ellos con miras a proporcionar la mayor asistencia posible en las investigaciones, pesquisas, enjuiciamientos y procesos judiciales relacionados con la corrupción. Existen muchos ejemplos de buenas prácticas de cooperación internacional, como el Foro del África Meridional contra la Corrupción (SAFAC), que constituye la culminación de una serie de mesas redondas que comenzaron en 1998 (Mashatu). Actualmente, el SAFAC incluye miembros de organismos anticorrupción de Angola, Botswana, Lesotho, República Democrática del Congo, Malawi, Mauricio, Namibia, Mozambique, Swazilandia, Tanzania, Zambia y Zimbabwe. El SAFAC permite a sus participantes interactuar de una forma que ofrece apoyo considerable para hacer frente a los desafíos que plantea la erradicación de la corrupción a nivel regional e internacional (como el Programa regional de lucha contra la corrupción de la SADAC). Esta cuestión se aborda con mayor grado de detalle en los artículos 46 y 59. Otro ejemplo es la Iniciativa contra la corrupción del Banco Asiático de Desarrollo y la OCDE para Asia y el Pacífico, en la que participan 28 países de la región. Desde 2005, una de sus prioridades ha sido la superación de los obstáculos que pudieran impedir una cooperación internacional eficiente. Para alcanzar este objetivo se llevó a cabo una profunda revisión temática de los marcos y las prácticas de asistencia judicial recíproca, extradición y recuperación de bienes en las (entonces) 27 jurisdicciones de Asia

y el Pacífico que participaban en la Iniciativa. Además, en septiembre de 2007 se celebró un seminario internacional relativo al fortalecimiento de la cooperación.

II.4 Medios de garantizar los recursos y abordar los problemas prácticos en el ámbito de la cooperación internacional en asuntos penales

Aun cuando se hayan puesto en marcha planes de asociación y mecanismos de cooperación internacional, la investigación de delitos tan complejos como la corrupción, que a menudo abarca elementos transnacionales, requiere una cooperación especialmente estrecha y continuada entre la justicia penal y las fuerzas del orden de los Estados interesados. Es probable que una de las principales preocupaciones de muchos Estados parte sea velar por la disponibilidad de los recursos humanos y financieros necesarios, y los equipos e infraestructura pertinentes. Entre el personal necesario cabe incluir a profesionales del sector judicial, abogados, investigadores y analistas financieros, a los que se encomiende la tarea de tratar casos en que se lleven a cabo pesquisas delicadas e intensivas, y se recurra a técnicas bancarias y de auditoría y a informantes y testigos vulnerables. La falta de personal competente podría repercutir incluso en la capacidad del Estado parte para formular su propia legislación facultativa y eficaz con miras a la aplicación de los requisitos del capítulo IV de la Convención.

Algunos Estados parte también pueden encontrar dificultades para hacer frente al volumen de solicitudes que reciben, ya sean oficiales u oficiosas. Con objeto de evitar la acumulación de solicitudes y las cargas que ello pueda representar para la cooperación internacional, los Estados parte necesitarán consultarse previamente para encontrar las medidas que puedan mitigar o subsanar el problema. Una de esas medidas puede ser la limitación del número de solicitudes excesivas mediante la definición de determinados criterios y umbrales de “aceptabilidad” (centrándose por ejemplo en la gravedad del delito cometido o el valor del producto del delito). Otras dificultades pueden tener relación con los gastos derivados de la ejecución de solicitudes de extradición o asistencia judicial recíproca, así como los retrasos en la tramitación de tales solicitudes, que en determinados casos podrían traducirse incluso en la denegación de asistencia. Una solución jurídica posible es la celebración de acuerdos de participación en los gastos, en los que se prevea que el Estado requirente tenga que asumir, por ejemplo, los gastos de la traducción de documentos, suministro de personal o equipos y contratación de abogados privados, así como gastos cuantiosos o extraordinarios tales como los de videoconferencia.

De manera más sistemática, sería aconsejable que los Estados parte concluyesen acuerdos o arreglos bilaterales para en envío de oficiales de enlace con las autoridades centrales a los países de la misma región o a los países de una región o continente con los que el volumen o el valor del número de casos de cooperación justifique esa medida (véase también el apartado e) del párrafo 1 del artículo 48 de la Convención). La función de los oficiales de enlace en la cooperación internacional es facilitar el contacto directo con las autoridades

competentes del Estado parte de acogida, impulsar las relaciones profesionales y fomentar la confianza recíproca entre los organismos de los dos Estados parte. Aunque los oficiales de enlace no tengan facultades en el Estado parte de acogida, pueden utilizar sus contactos para recabar información que pueda resultar útil para prevenir y detectar delitos relacionados con la corrupción, e identificar a los delincuentes responsables y llevarlos ante la justicia. También pueden utilizar esos contactos para asesorar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y la fiscalía del Estado parte de acogida, así como a las autoridades respectivas de su propio Estado, sobre la manera de formular una solicitud oficial de asistencia. Después de que se hayan enviado las solicitudes, el oficial de enlace podrá darles seguimiento velando por que cada solicitud se atiende de forma satisfactoria y puntual e informando sobre los progresos realizados o los motivos de cualquier demora. Esto tiene una especial importancia si los ordenamientos jurídicos de los dos Estados parte difieren sustancialmente.

II.5 Creación de capacidad

En virtud de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención, los Estados parte deberán considerar la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluida la capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conocimientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.

Los programas de capacitación como componente sustantivo en esas esferas podrían centrarse en las leyes, los procedimientos y las prácticas aplicables con respecto a las investigaciones y el procesamiento de casos relacionados con la corrupción, incluidas las investigaciones financieras, y podrían llevarse a cabo a través de una amplia serie de actividades, tales como:

- Conferencias y presentaciones, impartidas por quienes cumplen funciones clave en la lucha contra la corrupción, como parte de cursos periódicos de capacitación o talleres para oficiales de las fuerzas del orden, fiscales, magistrados u otros funcionarios judiciales;
- Organización de talleres nacionales, regionales e interregionales sobre cooperación internacional para jueces, fiscales, oficiales encargados de hacer cumplir la ley y demás personal pertinente, que se centren en casos problemáticos y el marco jurídico e institucional necesario para abordar cuestiones conexas;
- Capacitación de jueces y fiscales con miras a garantizar la preparación y ejecución eficaces de solicitudes relativas a la adquisición y suministro de pruebas, la extradición y la restricción del usufructo del producto de la corrupción o su decomiso;
- Organización de giras de estudio adecuadas para esos profesionales;

- Introducción de programas sobre cooperación internacional como parte del plan de estudio relacionado con la capacitación básica jurídica y de aplicación de la ley;
- Sensibilización y capacitación sobre las disposiciones de la Convención en materia de penalización y de cooperación internacional.

Esa formación debería complementarse por medio de la difusión y amplia distribución de material y herramientas de capacitación que proporcionen orientaciones sobre arreglos jurídicos, institucionales y prácticos para la cooperación internacional, incluidos:

- el Tratado modelo de extradición;
- el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales;
- la Ley modelo sobre extradición (2004);
- la Ley modelo sobre asistencia recíproca en asuntos penales (2007);
- el Informe sobre las mejores prácticas de extradición;
- el Informe sobre las mejores prácticas de asistencia judicial recíproca.

III. Lista de control

- ¿Sobre qué base jurídica se apoyan las autoridades del Estado parte para tratar las cuestiones de cooperación internacional?
- En el caso de la cooperación basada en tratados, ¿utiliza el Estado parte la Convención como base jurídica para la presentación/ejecución de solicitudes de cooperación internacional? ¿Ha celebrado el Estado parte acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para dar cumplimiento práctico a las disposiciones de la Convención relativas a la cooperación internacional o reforzar esas disposiciones?
- ¿Existe una autoridad central/competente en el Estado parte que tramite las solicitudes de cooperación internacional?
- ¿Dispone esa autoridad del personal calificado, recursos financieros y medios tecnológicos adecuados para atender las solicitudes de cooperación internacional?
- ¿Existen canales de comunicación entre esa autoridad y sus homólogos de otras jurisdicciones para coordinar los aspectos operacionales y prácticos de la cooperación internacional y encontrar soluciones a los problemas que surjan?

Artículo 44: Extradición

1. *El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado parte requirente y del Estado parte requerido.*

2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno.*

3. *Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al período de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos.*

4. *Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados parte. Éstos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Estados parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*

5. *Si un Estado parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.*

6. *Todo Estado parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado deberá:*

a) *En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados parte en la presente Convención; y*

b) *Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.*

7. Los Estados parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos.

8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado parte requerido puede denegar la extradición.

9. Los Estados parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

11. El Estado parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado parte. Los Estados parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

12. Cuando el derecho interno de un Estado parte sólo le permita extraditar o entregar de algún otro modo a uno de sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado parte para cumplir la condena impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado parte y el Estado parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo.

13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado parte requirente.

14. *En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.*

15. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.*

16. *Los Estados parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.*

17. *Antes de denegar la extradición, el Estado parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.*

18. *Los Estados parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.*

I. Sinopsis

La extradición es una forma tradicional de cooperación internacional definida como el procedimiento que debe seguirse en el Estado requerido para la entrega de un prófugo al Estado requirente a los efectos de enjuiciamiento o ejecución de una sentencia.

El proceso de extradición es complejo desde un punto de vista técnico, y por lo general conlleva varias etapas de carácter judicial y administrativo. El Estado parte requirente se pone en contacto con el Estado parte requerido, y tras identificar al delincuente, por lo general deberá proporcionar pruebas fidedignas de que la persona requerida ha cometido el delito o los delitos por los que se solicita la extradición. Aunque el Estado parte requirente no tendrá que presentar un caso penal completo, deberá proporcionar al menos el mínimo establecido de pruebas justificativas en apoyo de la solicitud de extradición. Ese nivel de pruebas varía en función de las diferentes prácticas y enfoques adoptados de conformidad con el derecho consuetudinario y los ordenamientos jurídicos continentales, y pueden ir desde el establecimiento de “indicios fundados de culpabilidad” u otros requisitos menos estrictos que respalden el planteamiento de que la información contenida en los documentos de extradición es suficiente para justificar la solicitud.

II. Problemas y soluciones

II.1 Examen de dificultades que se plantean

En teoría, si el Estado requerido acepta una solicitud de extradición arrestará y detendrá al delincuente, gestionará los trámites judiciales o administrativos del caso, en lo que el delincuente tendrá derecho a impugnar la solicitud y, si la persona solicitada cumple los requisitos para su extradición, la extraditará a petición del Estado parte requirente. En la práctica, sin embargo, existen varios obstáculos y problemas que suelen dificultar o prolongar el proceso de extradición.

A menudo hay una falta de conocimiento de ambas partes sobre la legislación y la práctica nacional e internacional de extradición o los motivos para rechazar una solicitud de extradición, así como de los medios de mejorar y agilizar los procedimientos de extradición y las alternativas jurídicas a la extradición para evitar la impunidad.

Además, como se ha señalado anteriormente, la divergencia de requisitos probatorios en los Estados requeridos puede dar lugar a malentendidos en los Estados requirentes, ocasionando retrasos y contratiempos en los trámites de extradición.

También puede haber una amplia diversidad de cuestiones de procedimiento que dan pie a dificultades de índole práctica, como por ejemplo:

- problemas con el idioma, dado que la traducción de las solicitudes de extradición y la demás documentación que se adjunta son costosas;
- plazos muy breves, que a menudo se prestan a errores cruciales de interpretación;
- problemas de comunicación y coordinación entre las autoridades competentes de los Estados cooperantes, o incluso en el plano nacional;
- cargas de costos excesivas para algunos Estados parte requirentes y requeridos, que podrían perjudicar la eficiencia y la eficacia del proceso.

II.2 Contextos cambiantes

Las últimas tendencias y avances en materia de legislación sobre extradición se han centrado en la flexibilización de la estricta aplicación de determinados motivos de denegación de las solicitudes de extradición. Así, muchos Estados parte parecen mostrar menos reticencia a extraditar a sus propios nacionales. En la Convención se incluye una disposición que refleja este hecho: en el párrafo 12 del artículo 44 se alude a la posibilidad de la entrega temporal del prófugo a condición de que se devuelva al Estado parte requerido para cumplir la condena impuesta. En los casos en que el Estado parte requerido se niegue a extraditar a un prófugo sólo por ser uno de sus nacionales, dicho Estado tendrá la obligación de enjuiciar a esa persona (en virtud del párrafo 11

del artículo 44 de la Convención). Ello constituye un ejemplo del principio de *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar) y exige además el establecimiento de la base jurídica adecuada (véase párrafo 3 del artículo 42). Cuando se solicite la extradición para hacer cumplir una condena, el Estado parte requerido puede ejecutar también la condena que se haya impuesto con arreglo a los requisitos de su derecho interno (párrafo 13 del artículo 44 de la Convención).

Por otra parte, acontecimientos recientes indican que se está tratando de limitar el alcance de la excepción del delito político, o incluso suprimirla. En el primer texto del Tratado modelo de extradición aprobado en 1990 se incluía claramente esta excepción como motivo obligado de denegación (apartado a) del artículo 3). En la versión revisada se añadió una restricción adicional para velar por que no se aplique la excepción del delito político en los casos de delitos graves que los Estados parte se hayan comprometido a enjuiciar, en virtud de una convención multilateral, cuando no se lleve a cabo la extradición. Asimismo, debido al aumento del terrorismo internacional los Estados parte limitan el alcance de la excepción del delito político, que generalmente ya no se aplica a los delitos contra el derecho internacional. En algunos Estados no se puede extraditar a las personas que aleguen razones políticas del delito (por ejemplo, contra un ex dirigente político que resida en el extranjero), si bien el aumento del terrorismo internacional ha hecho que los Estados limiten el alcance de la excepción del delito político, que generalmente ya no se aplica en los casos de delitos atroces que los Estados se hayan comprometido a enjuiciar, en virtud de una convención multilateral, cuando no se lleve a cabo la extradición. También existe una tendencia reciente a descartar los delitos violentos de la excepción del delito político.

En la Convención se excluye la excepción del delito político en los casos en que se use como base jurídica para la extradición (párrafo 4 del artículo 44).

II.3 Establecimiento del marco jurídico para la extradición

Los Estados deberán tratar de ampliar su red de tratados de extradición y de ajustar la legislación pertinente, a fin de garantizar la existencia de marcos jurídicos apropiados para facilitar la extradición. Mediante la Convención, en particular, se intenta establecer una norma básica mínima sobre la extradición, y se exige a los Estados parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado para informar de si considerarán o no la Convención como la base jurídica en materia de extradición y, en caso contrario, para celebrar tratados a fin de aplicar el artículo 44 (apartado b) del párrafo 6 del artículo 44), así como acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la extradición (párrafo 18 del artículo 44). Si los Estados parte no supeditan la extradición a la existencia de un tratado, en virtud de la Convención deberán usar la legislación en materia de extradición como base jurídica para la entrega de prófugos y el reconocimiento de los delitos tipificados en la Convención como causa de extradición entre ellos (párrafo 7 del artículo 44).

La Convención también permite prescindir del requisito de la doble incriminación, con lo que un Estado parte cuya legislación lo permita podrá conceder la extradición de una persona por cualquiera de los delitos tipificados en la Convención que no sean punibles con arreglo a su derecho interno (véase el párrafo 2 del artículo 44).

Al igual que ocurre con otros artículos de la Convención, se prevé la posibilidad de que sea necesario realizar cambios legislativos. Dependiendo de la medida en que la extradición esté contemplada en el derecho interno y en los tratados existentes, esos cambios podrán abarcar desde el establecimiento de marcos completamente nuevos en materia de extradición, hasta ampliaciones de menor entidad o enmiendas para incluir nuevos delitos o efectuar cambios sustantivos o de procedimiento a fin de ceñirse a las disposiciones de la Convención. Por lo general, las disposiciones relativas a la extradición están destinadas a garantizar que la Convención apoye y complemente los arreglos de extradición preexistentes, y no a restarles vigencia.

Sin embargo, cabe señalar que además de las iniciativas de los Estados encaminadas a la firma de nuevos tratados, determinados instrumentos sobre delitos concretos contienen disposiciones sobre extradición (véase, por ejemplo, el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997 (artículo 10), o la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Artículo 16)). Además, existe una serie de instrumentos que trata específicamente la extradición en el plano regional para fomentar esta forma de cooperación entre sus Estados parte, como la Convención Interamericana sobre Extradición, el Convenio europeo sobre extradición y sus dos protocolos adicionales, la Convención sobre extradición de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, el Plan del Commonwealth para la entrega de delincuentes fugitivos (1996, enmendado en 1990) y el Acuerdo de Extradición de la Liga Árabe (1952).

II.4 Procedimientos de mejora

Los Estados parte pueden estudiar la posibilidad de adoptar medidas que permitan la simplificación y la mejora del proceso de extradición, aun por medio de sistemas que respalden o reconozcan los mandamientos de detención extranjeros. Los sistemas de respaldo de mandamientos de detención representan una forma simplificada de entrega entre Estados que constituye una etapa relativamente reciente de los avances en materia de extradición que se caracterizan por el reconocimiento recíproco de los mandamientos de detención, en virtud del cual un mandamiento de detención dictado por una autoridad competente de un Estado es reconocido por uno o más Estados, que deberán hacerlo cumplir. Uno de los mejores ejemplos de esos sistemas es el Plan del Commonwealth, usado principalmente en Estados parte con tradición de derecho consuetudinario. Se han aplicado con éxito variantes de este sistema entre jurisdicciones tales como Singapur, Malasia y Brunei; Australia y Nueva Zelanda; y el Reino Unido y algunas Islas del Canal. A comienzos de 2004 se

empezó a usar un nuevo procedimiento en la Unión Europea, por el que se introducía la llamada orden de detención europea, que de hecho sustituye los procedimientos de extradición habituales entre los Estados miembros.

La Decisión Marco sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión Europea (Orden de detención europea introducida por el Consejo de la Unión Europea, con fecha 13 de junio de 2002) se basa en el principio de reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales, considerado como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Esos procedimientos se aplican tanto a las sentencias como a otro tipo de resoluciones de las autoridades judiciales. La Decisión Marco define la “orden de detención europea” como toda resolución judicial dictada por un Estado miembro con miras a la detención o la entrega de una persona requerida por otro Estado miembro, a los efectos de realización de un proceso penal, o ejecución de una pena privativa de libertad o una orden de detención (párrafo 1 del artículo 1). La orden de detención europea puede dictarse por actos punibles tipificados con arreglo a la ley del Estado miembro emisor con pena privativa de libertad u orden de detención por un período máximo de al menos 12 meses o, en el caso de haberse dictado una sentencia u orden de detención, con penas de al menos 4 meses (párrafo 1 del artículo 2).

El proceso de orden de detención europea sustituye los procedimientos de extradición tradicionales entre aquellos Estados miembros de la UE que los hayan ratificado, mediante un sistema común simplificado de órdenes de detención por vía rápida con objeto de simplificar y acelerar los procedimientos de entrega entre ellos, como si se tratara de una única jurisdicción. Se introducen los siguientes procedimientos innovadores:

Procedimientos rápidos: La decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea deberá adoptarse dentro de un plazo máximo de 90 días después de la detención de la persona solicitada. Si esa persona consiente en su entrega, la decisión se deberá adoptar en un plazo máximo de 10 días después de haberse manifestado dicho consentimiento (artículo 17).

Abolición del requisito de doble incriminación en los casos prescritos: El principio de doble incriminación, profundamente arraigado en las leyes de extradición tradicionales, ya no se verifica para una lista de 32 delitos que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de la Decisión Marco, deberían ser punibles en el Estado miembro emisor con un período máximo de al menos 3 años de prisión y definidos por la ley de ese Estado miembro. Estos delitos incluyen, entre otros, la corrupción y el blanqueo del producto del delito. Para los delitos que no figuren en esa lista o no se ajusten al umbral de 3 años, el principio de doble incriminación seguirá siendo aplicable (párrafo 4 del artículo 2).

“Judicialización” de la entrega: El nuevo procedimiento de entrega basado en la orden de detención europea se suprime del ámbito ejecutivo y se pone en manos del poder judicial. Tanto las autoridades requirentes como las autoridades

requeridas se consideran las autoridades judiciales competentes para dictar o ejecutar una orden de detención europea con arreglo a las leyes del Estado miembro que la haya dictado o ejecutado (artículo 6). En consecuencia, dado que el procedimiento para la ejecución de una orden de detención europea es sobre todo judicial, se elimina en él la fase administrativa inherente a los procedimientos de extradición, es decir, la competencia del poder ejecutivo para adoptar la decisión definitiva sobre la entrega de la persona reclamada al Estado parte requirente.

Entrega de los nacionales: Los Estados miembros de la Unión Europea ya no pueden rechazar la entrega de sus propios nacionales. La Decisión Marco no contempla la nacionalidad como motivo obligatorio o facultativo para no conceder una extradición. Además, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 5, existe la opción de supeditar la concesión a la garantía de que, tras la sentencia, la persona será devuelta al Estado de su nacionalidad para cumplir en él la condena.

Abolición de la excepción del delito político: La excepción del delito político no se encuentra entre los motivos obligatorios o facultativos para no ejecutar una orden de detención europea. El único elemento aún pendiente de esta excepción se limita a los considerandos del preámbulo de la Decisión Marco (considerando 12) y adopta la forma de versión modernizada de una cláusula de no discriminación.

Desviación adicional de la regla de especialidad: de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 27 de la Decisión Marco, los Estados Miembros pueden notificar a la Secretaría General del Consejo que, en sus relaciones con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, se presuponga que se ha otorgado el consentimiento para el enjuiciamiento, la condena o la detención con miras a la ejecución de una pena privativa de libertad o una orden de detención por un delito cometido antes de la entrega distinto de aquel por el que la persona en cuestión fue entregada.

La orden de detención europea, que entró en vigor en enero de 2004, sustituyó también los tratados y arreglos de extradición vigentes entre los Estados miembros de la Unión (en la medida en que estuvieran relacionados con la extradición, como por ejemplo: el Convenio europeo sobre extradición de 1957 y sus protocolos, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1978, el Acuerdo entre los entonces 12 Estados miembros de la Unión Europea relativo a la simplificación de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, las disposiciones pertinentes del Acuerdo de Schengen de 1990, el Convenio de extradición simplificado de 1995, y el Convenio de extradición de 1996). Sin embargo, los Estados podrán celebrar también acuerdos bilaterales o multilaterales a fin de simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega.

A pesar de un innegable retraso inicial, la orden de detención europea ya se aplica en la mayoría de los casos previstos. Sus resultados son positivos, puesto que los indicadores disponibles en cuanto a control judicial, eficacia y rapidez son favorables, a la vez que se observan por lo general los derechos

fundamentales. En relación con la rapidez con que se llevan a cabo las entregas, se estima por ahora que, como consecuencia de la entrada en vigor de la Decisión Marco, la duración promedio de la ejecución de una orden judicial se ha reducido de un periodo de más de nueve meses a 43 días. Ello no incluye los casos habituales en que la persona consiente en su entrega, para los que la duración promedio es de 13 días. Este éxito general no deberá distraer la atención de la tarea que aún queda por hacer para que determinados Estados Miembros de la Unión Europea cumplan plenamente la Decisión Marco, y la Unión subsane algunas deficiencias del sistema (véase el último informe de la Comisión de las Comunidades Europeas basado en el artículo 34 de la Decisión Marco, Bruselas, 26 de enero de 2006, 5706/06).

III. Lista de control

- ¿Qué base jurídica utiliza el Estado parte en relación con las cuestiones de extradición?
- ¿Se usa la Convención como base jurídica para la extradición? Si no es así, o además de la Convención, ¿ha celebrado el Estado parte algún acuerdo o arreglo bilateral o multilateral para facilitar la extradición?
- ¿Ha establecido el Estado parte algún procedimiento para la extradición de sus nacionales a otros Estados parte por delitos tipificados en la Convención?
- ¿Cómo vela el Estado parte por que las personas requeridas no escapen de la justicia en los casos en que la extradición se rechaza por motivos de nacionalidad?
- ¿Se ha implantado algún procedimiento judicial o administrativo en el Estado parte para garantizar un juicio de extradición justo?
- ¿Dispone el Estado parte de alguna autoridad central u otra autoridad competente encargada de tramitar las solicitudes de extradición?

Artículo 45: traslado de personas condenadas a cumplir una pena

Los Estados parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena.

I. Sinopsis

Uno de los objetivos principales de la Convención es promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional para combatir la corrupción mediante, entre otras cosas, el uso eficaz de varias modalidades de cooperación, una de las cuales es el traslado de personas condenadas. En virtud del artículo 45 se exhorta a los Estados parte a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que permitan el traslado a su territorio de delincuentes que hayan sido condenados por delitos tipificados en la Convención, a fin de que cumplan allí su condena y se aumenten las posibilidades de rehabilitación social de esas personas.

Esta modalidad de cooperación se basa de hecho en el concepto de ejecución de sentencias extranjeras que podría aplicarse asimismo en los procedimientos de extradición en que la entrega de un fugitivo se deniegue por motivos de nacionalidad. En tales casos, el Estado parte requerido podrá, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, ejecutar la condena que haya sido impuesta con arreglo al derecho interno del Estado parte requirente (párrafo 13 del artículo 44).

II. Problemas y soluciones

Las solicitudes hechas a los Estados parte para que participen en un programa de esa índole se realizarán por lo general con arreglo al marco legislativo pertinente o los acuerdos o arreglos vigentes. Por ello, la cooperación en este ámbito se puede promover mediante la celebración de tratados bilaterales o instrumentos multilaterales a los que se hayan adherido los Estados parte interesados. En algunos casos, también puede ser válido un acuerdo especial celebrado entre los Estados parte de que se trate en relación con el retorno de la persona condenada. El Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros, aprobado en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1985, proporciona orientaciones sobre el contenido de esos tratados, acuerdos o arreglos.

II.1 El marco jurídico

Al formular las leyes que prevean la obligación de trasladar a personas condenadas, los Estados parte deberán cuidar de que esa posibilidad se establezca como un derecho exclusivo del Estado parte y no de la persona condenada. Además, la legislación nacional, tanto del Estado parte requerido como del Estado parte requirente, deberá ser lo suficientemente flexible suficiente para que la solicitud y la concesión del traslado se hagan depender de la medida en que la persona condenada esté dispuesta a cooperar. Sin embargo, pueden existir circunstancias en que sea posible trasladar a una persona condenada a su propio Estado parte incluso sin su consentimiento. Si se ha ordenado la deportación del Estado parte de condena una vez cumplida la pena,

el traslado podrá llevarse a cabo independientemente de que el condenado dé o no su consentimiento.

Existen varias convenciones internacionales que facilitan este aspecto de la cooperación internacional. El Programa de traslado de delincuentes convictos entre los países del Commonwealth es un ejemplo. En el Reino Unido, en virtud de la Ley de repatriación de presos de 1984 se permite la devolución o el traslado de presos condenados. En la actualidad, la Unión Europea negocia una nueva Decisión Marco, por la que se establecerá un nuevo programa de cooperación entre los Estados miembros de la Unión. Un marco importante es el que ya proporciona el Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas condenadas (elaborado por un comité de expertos gubernamentales, bajo la autoridad del Comité Europeo para los Problemas de Delincuencia), que entró en vigor en 1985 y ha sido ratificado por 62 Estados, incluidos algunos que no son miembros del Consejo de Europa.

La finalidad del Convenio del Consejo de Europa es proporcionar un marco que garantice entre sus Partes la claridad y un enfoque coherente en este ámbito, y al mismo tiempo sirva de apoyo para alcanzar los objetivos de fomento de una administración de justicia adecuada y facilitación de la rehabilitación social de las personas condenadas que puedan ser trasladadas a un entorno más familiar para cumplir allí su condena. Este instrumento establece varias condiciones para abordar las necesidades concretas de cada caso concreto, y cada solicitud se debe examinar en función de sus propios méritos. Sin embargo, si se satisfacen todas las condiciones y se cumplen los requisitos procesales, el Estado requerido deberá hacer efectiva la solicitud de traslado. El Convenio se complementa mediante un Protocolo Adicional que se abrió a la firma en 1997 y entró en vigor en 2000.

II.2 Condiciones para el traslado de delincuentes

El Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas condenadas proporciona algunos indicadores útiles sobre los factores que será necesario tener en cuenta al tramitar las solicitudes de traslado de personas condenadas. En cuanto a los principios generales y los requisitos de traslado, en el Convenio se estipula que el traslado lo puede solicitar el Estado parte de condena o el Estado parte de cumplimiento, y que una persona condenada puede expresar a cualquiera de dichos Estados su deseo de que se le traslade con arreglo a lo dispuesto en el Convenio. Otras condiciones para llevar a cabo el traslado son las siguientes:

- el condenado deberá ser nacional del Estado parte de cumplimiento;
- la sentencia deberá ser firme;
- el acto que haya dado lugar a la condena deberá constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento;
- al condenado le quedan aún por cumplir por lo menos seis meses de la pena u otra medida de privación de libertad, o se le ha impuesto una pena

indeterminada; sin embargo, en casos excepcionales los Estados parte podrán convenir en un traslado aunque la duración de la condena que el delincuente tenga aún que cumplir sea inferior a la prevista en ese umbral;

- el Estado parte de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo con ese traslado.
- El condenado o, cuando uno de los Estados lo considere necesario teniendo en cuenta la edad o el estado físico o mental de condenado, el representante legal del condenado, deberán consentir en el tratado.

II.3 Traslados y condenas

En virtud de lo establecido en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa, el Estado de cumplimiento quedará vinculado por el carácter jurídico y la duración de la condena según lo haya determinado el Estado parte que la impuso. Sin embargo, si el carácter o la duración de la condena fuesen incompatibles con la legislación del Estado de cumplimiento, este Estado podrá adaptarlos, mediante resolución judicial o administrativa, a la pena o medida prevista en su propia ley para delitos similares y que corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su carácter, a la impuesta por la condena que se deba cumplir, pero no podrá agravar por su carácter o su duración la sanción impuesta en el Estado de condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de cumplimiento. En el caso de conversión de la condena, se aplicarán los procedimientos previstos por la legislación del Estado de cumplimiento. Al realizar la conversión de la condena, la autoridad competente quedará vinculada por la constatación de los hechos en la medida en que figuren explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de condena. El Estado parte de cumplimiento no deberá convertir una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria, deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por el condenado, no agravará la situación penal del condenado y no quedará vinculado por ninguna sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para el delito o delitos cometidos.

II.4 Información

Sería aconsejable establecer canales de comunicación oficiales entre las autoridades judiciales competentes de los Estados cooperantes. Esto permitirá al Estado de cumplimiento proporcionar información al Estado de condena en relación con la ejecución de la condena o el plazo de su cumplimiento, la imposición de otras condiciones u órdenes cualesquiera u otros hechos pertinentes, así como la eventual evasión del condenado antes de que termine el cumplimiento de la sentencia.

Los Estados parte pueden incluir en cualquiera de los arreglos disposiciones relativas al procedimiento de ejecución, los gastos conexos y el transporte de las personas condenadas.

III. Lista de control

- ¿Ha celebrado el Estado parte algún acuerdo bilateral, o se ha adherido a algún acuerdo multilateral, relativo al traslado de personas condenadas?
- ¿Existen procedimientos adecuados para garantizar la protección de los derechos de las personas implicadas en ese proceso?
- ¿Ha celebrado el Estado parte algún acuerdo o arreglo con otros Estados parte para la transferencia de información acerca de las condenas entre sus autoridades competentes?

Artículo 46: Asistencia judicial recíproca

1. *Los Estados parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.*

2. *Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado parte requirente.*

3. *La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:*

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

j) *Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención;*

k) *Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.*

4. *Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado parte con arreglo a la presente Convención.*

5. *La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado parte receptor notificará al Estado parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado parte receptor informará sin demora al Estado parte transmisor de dicha revelación.*

6. *Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.*

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

8. *Los Estados parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.*

9. a) *Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;*

b) *Los Estados parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas*

coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos de minimis o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;

c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado parte y cuya presencia se solicite en otro Estado parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;

b) Las autoridades competentes de ambos Estados parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

a) El Estado parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) El Estado parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

c) El Estado parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado parte disponga de un

régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado parte determinar la autenticidad. Cada Estado parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

- a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;*
- b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;*
- c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;*
- d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado parte requirente desee que se aplique;*
- e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y*
- f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.*

16. *El Estado parte requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.*

17. *Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado parte requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.*

18. *Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado parte requirente. Los Estados parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado parte requerido.*

19. *El Estado parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado parte requirente notificará al Estado parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado parte requirente informará sin demora al Estado parte requerido de dicha revelación.*

20. *El Estado parte requirente podrá exigir que el Estado parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado parte requirente.*

21. *La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:*

a) *Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;*

b) *Cuando el Estado parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;*

c) *Cuando el derecho interno del Estado parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;*

d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado parte requerido para satisfacer dicha petición. El Estado parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud. El Estado parte requirente informará con prontitud al Estado parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado parte requerido consultará al Estado parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado parte deberá cumplir las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado parte requerido, a menos que los Estados parte

interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. *El Estado parte requerido:*

a) *Facilitará al Estado parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;*

b) *Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.*

30. *Cuando sea necesario, los Estados parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.*

I. Sinopsis

La movilidad internacional de los delincuentes y la utilización de tecnología avanzada y de la banca internacional para la comisión de delitos hacen más necesario que nunca que las fuerzas del orden y las autoridades judiciales colaboren y se presten asistencia respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con esos delitos.

Para lograr ese objetivo, los Estados han promulgado leyes que les permiten prestar asistencia a otros Estados y recurren cada vez más a los tratados o acuerdos de asistencia judicial recíproca en cuestiones penales. Estos tratados o acuerdos, por lo general, enumeran la clase de asistencia que se prestará, los requisitos que deben cumplirse para prestar asistencia, las obligaciones de los Estados cooperantes, los derechos de los presuntos delincuentes y los procedimientos que deben seguirse al formular y atender las solicitudes pertinentes.

Se buscan, en general, en la Convención formas de facilitar y mejorar la asistencia judicial recíproca, alentando a los Estados parte a que celebren nuevos acuerdos o arreglos para mejorar la eficiencia de la asistencia judicial recíproca. En cualquier caso, en virtud de lo establecido en el párrafo 1 del artículo 46, los Estados parte deberán prestarse la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales¹⁰ relacionados con

¹⁰ Los Estados parte pueden determinar discrecionalmente la medida en que prestarán asistencia en esas actuaciones, pero deberán hacerlo al menos con respecto a las partes del procedimiento penal que en algunos Estados pueden no constituir el juicio propiamente dicho, como las diligencias previas, y los trámites de condena y de fianza.

los delitos comprendidos en la presente Convención, como se detalla en el párrafo 3 del artículo 46. Si el actual marco jurídico de un Estado parte en materia de asistencia judicial recíproca no es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los delitos comprendidos en la Convención, puede que sea necesario modificar la legislación.

Conforme al párrafo 2 del artículo 46, los Estados parte prestarán asistencia judicial recíproca con respecto a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en que esté involucrada una persona jurídica (véase también el artículo 26 de la Convención).

En el párrafo 3 del artículo 46 se enumeran los tipos de asistencia que se podrá prestar con arreglo a la Convención. Con el fin de garantizar el cumplimiento de esta disposición, los Estados parte deberán realizar un minucioso examen de su marco jurídico en materia de asistencia judicial recíproca y evaluar si dicho marco es suficientemente amplio para abarcar todas las formas de cooperación incluidas en el párrafo 3. Los Estados parte que hayan ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional cumplirán por lo general esta disposición y, además, deberán aplicar los mecanismos adecuados para prestar asistencia en los casos de identificación, embargo preventivo y localización del producto del delito, y recuperación de bienes (véanse los apartados j) y k) del párrafo 3 del artículo 46).

A falta de un tratado aplicable en materia de asistencia judicial recíproca, la Convención proporciona un mecanismo, de conformidad con los párrafos 7 y 9 a 29 del artículo 46, para la transmisión y ejecución de solicitudes con respecto a las clases de asistencia anteriormente mencionadas. Si existe un tratado vigente entre los Estados parte interesados, se aplicarán en su lugar las normas de ese tratado, salvo que los Estados parte convengan en aplicar las disposiciones de los párrafos 9 a 29. En cualquier caso, se insta asimismo a los Estados parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación. En algunas jurisdicciones, ello puede requerir que la legislación dé plena validez a las disposiciones.

En el párrafo 8 del artículo 46 se establece que los Estados parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca. Resulta significativo que ese párrafo no esté incluido entre los que sólo se aplican a falta de un tratado de asistencia judicial recíproca. En vez de ello, se obliga a los Estados parte a garantizar que no se invocará ese motivo de denegación con arreglo a su sistema jurídico, incluido su código penal, código de procedimiento penal, o legislación o reglamentación bancarias (véase también el párrafo 7 del artículo 31, y los artículos 55 y 57). Así, si la legislación de un Estado parte permite la invocación de ese motivo de denegación, puede que sea necesario modificar la legislación.

Según el párrafo 9, los Estados parte tendrán en cuenta la finalidad y el espíritu de la Convención (artículo 1) cuando atiendan a solicitudes de asistencia judicial en ausencia de doble incriminación. Aunque los Estados parte puedan denegar la prestación de asistencia en ausencia de doble incriminación (véase el

apartado b) del párrafo 9), se les alienta a que usen su propio criterio y consideren la posibilidad de adoptar otras medidas para prestar una asistencia más amplia, incluso en ausencia de doble incriminación (véase el apartado c) del párrafo 9).

Sin embargo, en la medida en que sea compatible con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, los Estados parte deberán prestar asistencia que no entrañe medidas coercitivas, entendiendo que la asistencia no está relacionada con asuntos de *minimis* ni puede prestarse en virtud de otras disposiciones de la Convención (apartado b) del párrafo 9).

La Convención también requiere que se designe a una autoridad central (véanse los párrafos 13 y 14) facultada para recibir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades nacionales competentes para su ejecución, lo que constituye una alternativa a las vías diplomáticas. Las autoridades judiciales del Estado requirente podrán comunicarse con la autoridad central directamente. Hoy en día se usan en mayor medida vías más directas, mediante las cuales un funcionario del Estado requirente puede enviar la solicitud directamente al correspondiente funcionario del otro Estado.

En los Estados parte con un sistema en el que hay regiones o territorios especiales con un sistema separado de asistencia judicial recíproca, sus autoridades centrales desempeñarán las mismas funciones. Es posible que muchos Estados parte ya hayan designado a una autoridad central a efectos de la asistencia judicial recíproca, y se lo hayan notificado al Secretario General de las Naciones Unidas de conformidad con disposiciones similares de otros convenios. Dado el amplio y creciente número de estos instrumentos internacionales, es también importante que los Estados parte garanticen que sus autoridades centrales, en virtud de tales instrumentos, son una sola entidad con objeto de facilitar una mayor coherencia en la práctica de la asistencia judicial recíproca respecto de diferentes tipos de delitos, y eliminar la posibilidad de fragmentación o duplicación de la labor en esta esfera.

En los párrafos 4 y 5 del artículo 46 se establece una base jurídica para que un Estado parte facilite a otro, de manera espontánea, información o pruebas que estime importantes a fin de luchar contra los delitos tipificados en la Convención en una fase inicial, aunque el otro Estado parte no haya formulado ninguna solicitud de asistencia y pueda desconocer por completo la existencia de esa información o pruebas. El objetivo de estas disposiciones es instar a los Estados parte a que intercambien información sobre asuntos penales de manera voluntaria y activa. El Estado parte destinatario podrá utilizar posteriormente la información proporcionada para presentar una solicitud formal de asistencia. La única obligación general impuesta al Estado parte destinatario, similar a la restricción aplicada en los casos en que se haya transmitido una solicitud de asistencia, es mantener la confidencialidad de la información transmitida y observar todas las restricciones relativas a su uso, salvo si la información recibida es exculpativa de la persona acusada. En este caso, el Estado parte

destinatario podrá divulgar libremente esta información en sus procedimientos internos.

Otra esfera en la que puede necesitarse más cooperación guarda relación con la protección de los testigos que puedan ser vulnerables a las amenazas y la intimidación. En el artículo 32 de la Convención se establecen medidas específicas a este respecto, incluida la reubicación de los testigos, y, en su caso, de sus familiares y demás personas cercanas a ellos, y en el párrafo 18 del artículo 46 se propone el uso de la videoconferencia como medio para proporcionar pruebas en los casos en que no sea posible o conveniente que el testigo comparezca en persona en el territorio del Estado parte requirente para prestar declaración.

El breve resumen de las disposiciones fundamentales del artículo 46 indica su carácter innovador y las posibilidades de fomentar la cooperación en el ámbito de la asistencia judicial recíproca. Sin embargo, los Estados parte deberían considerar seriamente las dificultades prácticas y los desafíos que pueden impedir la cooperación, especialmente entre Estados parte con diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos.

II. Problemas y soluciones

II.1 Tratamiento de las cuestiones actuales

Los Estados parte deben prestar atención al hecho de que no siempre será necesario recurrir a las vías formales de asistencia judicial recíproca, y que en cambio pueden usarse otras más informales, rápidas y flexibles entre fuerzas del orden cuando no se requiera la adopción de medidas coercitivas (como la toma de declaración voluntaria a testigos, y la búsqueda, incautación o elaboración de documentos). Dichos contactos pueden ser respaldados por la Interpol, la Europol u otros organismos o dispositivos regionales de aplicación de la ley.

Sin embargo, los Estados parte deberán tener presente que hay más probabilidades de que surjan problemas relacionados con la admisibilidad de las pruebas si éstas se obtienen por vías informales. Por lo tanto, cuando las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley deseen obtener pruebas, convendría que recurrieran a las vías establecidas en materia de asistencia judicial recíproca. El uso de medios formales también garantiza un mayor grado de protección de la información sensible.

Asimismo, se deben tener en cuenta varios factores en el contexto de la asistencia judicial recíproca respecto de los delitos de corrupción.

En algunos Estados parte, si la investigación implica a un político u hombre de negocios influyente en el Estado parte requerido, la asistencia solicitada podría denegarse por motivos de “interés nacional” o inmunidad concedida a determinados funcionarios públicos (o “protección” de personas con conexiones políticas). En otros Estados parte, la persona o entidad que es objeto de la solicitud de asistencia judicial recíproca tiene derecho a recurrir el intercambio

de pruebas con el Estado parte requirente. El derecho de recurso contra la divulgación de información, si se dispone de él, puede producir largas demoras y también “alertar” a los sospechosos.

Por otra parte, las solicitudes de búsqueda y/o decomiso pueden resultar problemáticas si no se proporciona suficiente información para explicar por qué se cree que el proceso podría producir las pruebas pertinentes para las investigaciones o los procesos judiciales en curso en el Estado requirente.

Las solicitudes podrían conllevar asimismo la divulgación de elementos de información muy sensibles respecto de una investigación, especialmente si abarca casos de corrupción relacionados con actividades de grupos delictivos organizados o implica a políticos u otras personas importantes. Así, pueden darse casos en que esa información sensible deba incluirse en una solicitud formal de asistencia. Deberá examinarse asimismo minuciosamente la revelación de testigos y de otros datos que puedan ser objeto de intimidación y explotación, respectivamente, por parte de las personas investigadas, teniendo en cuenta la necesidad de minimizar los posibles riesgos para los testigos y la seguridad de la información a los efectos de la investigación. Por lo tanto, al preparar las solicitudes de asistencia, las autoridades competentes deberán prestar especial atención a las cuestiones de confidencialidad. En ocasiones, pueden evitarse dificultades presentando una solicitud que no incluya la mayor parte de la información sensible, pero con suficientes pormenores para que se pueda tramitar. Las solicitudes también podrían demorarse, o incluso ignorarse, debido a los limitados recursos disponibles en el Estado requerido para la prestación de asistencia. En tales circunstancias, el Estado parte requirente podrá prestar asistencia, incluso mediante el envío de oficiales de enlace, o la prestación de asesoramiento técnico o algún tipo de apoyo financiero.

En la práctica, el Estado parte que solicite asistencia deberá reconocer que el asunto que enjuicia es mucho más importante para él que para el Estado requerido. Es crucial, por lo tanto, que el Estado requirente haga todo lo posible por que al Estado parte requerido le sea fácil atender a su solicitud. Esto puede requerir los siguientes pasos:

- Identificar los requisitos sustantivos y de procedimiento en el Estado parte requerido para la prestación de asistencia (puesto que ello exige a menudo dedicar muchos recursos, podrá ser necesario escoger los casos más prioritarios y contratar asistencia jurídica externa para garantizar la exhaustividad y exactitud de la investigación);
- Ponerse directamente en contacto con el Estado parte requerido para asegurarse de que la solicitud se envíe a la autoridad competente;
- Deliberar informalmente de antemano con el Estado parte requerido en relación con la solicitud, lo que podría exigir la presentación de un proyecto de solicitud preliminar a fin de que el Estado parte requerido pueda destacar posibles errores o asesorar sobre la mejor manera de presentar la solicitud;

- Realizar un seguimiento de la solicitud para asegurarse de que se recibe, que no contiene errores, y se atiende de forma adecuada.

Como las leyes procesales de los Estados parte difieren notablemente entre sí, el Estado requirente podrá exigir procedimientos especiales (tales como declaraciones juradas ante notario) que no se reconocen conforme a la legislación del Estado parte requerido. Tradicionalmente, el principio aplicado casi de forma invariable ha sido que el Estado parte requerido dé prioridad a su propio derecho procesal. Ese principio ha planteado varias dificultades, especialmente cuando las tradiciones jurídicas del Estado parte requirente y del requerido son diferentes. Por ejemplo, podrían transmitirse pruebas desde el Estado parte requerido con arreglo a la forma establecida en virtud de las leyes de dicho Estado, pero esas pruebas podrían ser inaceptables de acuerdo con la legislación procesal del Estado parte requirente. La tendencia actual es permitir una mayor flexibilidad en lo que respecta a los procedimientos. De acuerdo con el párrafo 12 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, las solicitudes se realizarán con arreglo al derecho interno del Estado parte requerido. Sin embargo, en el artículo se dispone asimismo que, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, se dará cumplimiento a la solicitud de conformidad con los procedimientos especificados en ella. Así, aunque la Convención de 1988 no llegue a exigir que el Estado parte requerido cumpla con la forma del procedimiento solicitada por el Estado parte requirente, insta claramente al Estado parte requerido a hacerlo. Esta misma disposición se adoptó al pie de la letra en el párrafo 17 del artículo 18 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en el párrafo 17 del artículo 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En el mismo contexto, el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales prevé que se dé cumplimiento a la solicitud según la forma especificada por el Estado parte requirente, en la medida en que esté en consonancia con la legislación y la práctica del Estado parte requerido (artículo 6).

II.2 Inclusión en otras convenciones pertinentes

Como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional contiene una disposición similar relativa a la asistencia judicial recíproca (artículo 18), los Estados parte en esa Convención por lo general estarán en condiciones de cumplir los correspondientes requisitos del artículo 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. No obstante, hay algunas diferencias importantes entre los dos instrumentos.

En primer lugar, en virtud de la Convención contra la Corrupción, la asistencia judicial recíproca incluye también la recuperación de activos, un principio fundamental de esta Convención (véanse el artículo 1 y los apartados j) y k) del párrafo 3 del artículo 46, así como el capítulo V de la Convención).

En segundo lugar, en presencia de doble incriminación, los Estados parte deberán prestar asistencia a través de medidas no coercitivas, siempre y cuando

ello esté en consonancia con su ordenamiento jurídico y el delito no sea de carácter trivial. Esta disposición no se incluyó en la Convención de Palermo.

Además, como se indica en el artículo 43, cuando se requiera la doble incriminación a los efectos de cooperación internacional en materia penal, la Convención contra la Corrupción prevé una norma de interpretación adicional, no incluida en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, para su aplicación. Se propone que la doble incriminación se considere cumplida si la actividad o conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte (párrafo 2 del artículo 43), independientemente de que las leyes del Estado parte requerido incluya el delito en la misma categoría o lo denomine de la misma manera que el Estado parte requirente. Asimismo, la Convención permite a los Estados parte que no limiten su cooperación en materia penal, sino que se presten asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción, cuando ello sea oportuno y en consonancia con su ordenamiento jurídico interno (párrafo 1 del artículo 43).

II.3 El entorno de la Convención

Los Estados parte podrán solicitar orientación sobre asistencia judicial recíproca habida cuenta de otros tratados multilaterales que contienen amplias disposiciones sobre esta forma de cooperación o tratan específicamente cuestiones conexas.

Entre los primeros, cabe destacar: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (véase artículo 7), la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 18), el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito (véanse los artículos 8 a 10), el Convenio del Consejo de Europa sobre el delito cibernético, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (véase el artículo 26), la Convención Interamericana contra la Corrupción (véase el artículo XIV), y el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (véase el artículo 9).

Asimismo, se han elaborado instrumentos específicos en materia de asistencia judicial recíproca en el marco del Consejo de Europa (Convenio europeo sobre cooperación judicial en materia penal y sus dos Protocolos adicionales de 1978 y 2001), el Commonwealth (Programa del Commonwealth para la asistencia mutua en materia penal de 1986, enmendado en 1990 y 1999), la Organización de Estados Americanos (Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, de 1975 y su Protocolo Adicional de 1984, así como la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal de 1992 y su Protocolo Facultativo de 1993), la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (Convención de la ECOWAS sobre asistencia judicial recíproca de 1992), los Estados parte del África Meridional y la Unión

Europea (Convenio sobre asistencia judicial recíproca en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000 y su Protocolo de 2001), y el Convenio sobre Cooperación Judicial en materia Penal de la Liga Árabe de 1983.

Las Naciones Unidas, a su vez, han preparado un Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (anexo de la resolución 45/117 y anexo I de la resolución 53/112 de la Asamblea General), que constituye una síntesis de la experiencia internacional adquirida mediante la aplicación de tales tratados de asistencia judicial recíproca, especialmente entre Estados parte que representan ordenamientos jurídicos diferentes.

II.4 Nuevos avances

Durante los últimos años se han producido importantes avances en materia de asistencia judicial recíproca. De hecho, hay indicios de que muchos Estados parte han ampliado significativamente su capacidad para prestar asistencia judicial recíproca a nivel internacional, especialmente desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos. Se han producido avances considerables, por ejemplo, en el ámbito de la asistencia judicial recíproca en la Unión Europea, en que el ritmo de los cambios ha sido espectacular. Entre dichos avances cabe destacar el Convenio sobre cooperación judicial recíproca en materia penal de 2000 y su Protocolo de 2001, mencionados anteriormente, las Decisiones Marco sobre el uso de grupos conjuntos de investigación (2002), el reconocimiento recíproco de resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (2003), el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005), la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (2006), y decisiones del Consejo tales como las medidas de 2002 para crear Eurojust con miras a reforzar la lucha contra los delitos graves.

En junio de 2006, el Consejo de la Unión Europea llegó a un acuerdo para adoptar un enfoque general respecto de una Decisión marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas (EEW, cuyo texto puede consultarse en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st09/st09913.en07>). Este nuevo programa deberá ser terminado, aprobado y aplicado por los Estados miembros. En él se enfoca de la misma manera la Decisión marco sobre la orden de detención europea (EAW, véase el artículo 44). Así, el primero es una resolución judicial que debe transmitirse directamente entre la autoridad judicial emisora y la autoridad ejecutora, junto con otras comunicaciones oficiales que también deberán tramitarse directamente en esas dos autoridades. Se utilizará para recabar objetos, documentos y datos de determinadas categorías, registros existentes de comunicaciones interceptadas, vigilancia, interrogatorios de sospechosos, declaraciones de testigos y resultados de pruebas de ADN.

II.5 Nuevos mecanismos facilitadores

Los avances que se han producido en la Unión Europea en los últimos años podrían considerarse ejemplos de la eficacia de la acción concertada a nivel

regional para promover la cooperación entre Estados y la coordinación de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. A este respecto, la Acción común de 22 de abril de 1996 (96/277/JAI) creó un marco de intercambio de magistrados de enlace para mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. Dicha Acción estableció un marco para el desplazamiento o el intercambio de magistrados o funcionarios expertos en procedimientos de cooperación judicial, denominados “magistrados de enlace”, entre los Estados miembros, sobre la base de arreglos bilaterales o multilaterales (artículo 1). Las tareas de los magistrados de enlace comprenden todas las actividades encaminadas a fomentar y acelerar todas las formas de cooperación judicial en materia penal, en particular mediante el establecimiento de vínculos directos con los departamentos y las autoridades judiciales pertinentes en el Estado de acogida. En virtud de los arreglos celebrados entre el Estado miembro de envío y el de acogida, las tareas de los magistrados de enlace podrán abarcar también toda actividad relacionada con la tramitación del intercambio de información y estadísticas destinadas a promover la comprensión recíproca de los ordenamientos y las bases de datos jurídicos de los Estados interesados, y ampliar las relaciones entre las profesiones jurídicas en cada uno de esos Estados (artículo 2).

Asimismo, la Red Judicial Europea fue creada de conformidad con la Acción común de 29 de junio de 1998, aprobada por el Consejo de la Unión Europea con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (98/428/JAI). Se trata de una red de puntos de contacto judiciales entre los Estados miembros creada con el fin de promover y acelerar la cooperación respecto de asuntos penales, con especial atención a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. En virtud del artículo 4 de esta Acción común, los puntos de contacto funcionan como intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave (corrupción, narcotráfico y terrorismo). También proporcionarán la información jurídica y práctica necesaria a las autoridades judiciales locales de su país, a los puntos de contacto y las autoridades judiciales locales de los demás países, con el fin de permitirles preparar de forma eficaz las solicitudes de cooperación judicial o de mejorar la cooperación judicial en general. Asimismo, favorecerán la coordinación de la cooperación judicial en los casos en que varias solicitudes de las autoridades judiciales de un Estado miembro requieran una ejecución coordinada en otro Estado miembro.

Por último, el 28 de febrero de 2002 se creó Eurojust, con arreglo a una decisión del Consejo de la Unión Europea (2002/187/JAI) con el objetivo de fomentar y mejorar la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales en los Estados miembros, mejorar la cooperación entre sus autoridades competentes, en particular facilitando la asistencia judicial recíproca internacional y la ejecución de las solicitudes de extradición, y apoyar a las autoridades competentes de los Estados miembros para que puedan llevar a cabo sus investigaciones y actuaciones de manera más eficaz (artículo 3). Se compone de un miembro nacional nombrado por cada Estado miembro en calidad de

fiscal, juez o funcionario de policía, o persona con competencias equivalentes (artículo 2).

Sin embargo, estos ejemplos a menudo son una posibilidad costosa de mejorar el flujo de información entre los Estados parte. Muchos Estados han optado simplemente por adoptar medidas legislativas, judiciales o ejecutivas para fortalecer su capacidad de proporcionar, recibir y usar eficazmente la asistencia judicial en el marco de arreglos de cooperación existentes, por ejemplo la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC), la Organización coordinadora de jefes de policía del África meridional (SARPCCO) y la Interpol (con 186 Estados parte miembros). Estos enfoques se examinan pormenorizadamente en el artículo 48.

III. Lista de control

- ¿Qué base jurídica utiliza el Estado parte en lo relativo a la asistencia judicial recíproca?
- ¿Se usa la Convención como base jurídica para la asistencia judicial recíproca? Si no es así, o además de la Convención, ¿ha concluido el Estado parte algún acuerdo o arreglo bilateral o multilateral para facilitar la extradición?
- ¿Participa el Estado parte en alguna red profesional o judicial?
- ¿Ha designado el Estado parte a alguna autoridad central responsable de la recepción, tramitación o ejecución de solicitudes de asistencia judicial recíproca?
- ¿Dispone la autoridad central de directrices claras respecto de elementos prácticos y eventuales problemas relacionados con un caso de asistencia judicial recíproca?
- ¿Ha establecido el Estado parte algún procedimiento para tramitar solicitudes de asistencia judicial recíproca?

Artículo 47: Remisión de actuaciones penales

Los Estados parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito tipificado con arreglo a la presente Convención cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

I. Sinopsis

Una posibilidad relativamente reciente de que dispone la justicia penal transnacional es la remisión de actuaciones penales de un Estado parte a otro. Sería una buena solución en los casos en que el Estado requerido esté en mejor

situación de llevar a cabo esas actuaciones, o el demandado tenga vínculos más estrechos con el, por ejemplo, por ser ciudadano de ese Estado o residente en él. También puede usarse como instrumento procesal apropiado para aumentar la eficiencia y la eficacia de las actuaciones judiciales iniciadas y realizadas en vez de proceder a la extradición (en particular en los casos en que se deniegue la extradición porque la persona buscada es nacional del Estado parte requerido).

En el plano normativo, el único convenio multilateral que trata específicamente de la remisión de actuaciones penales es el Convenio europeo sobre la ejecución en el extranjero de trámites procesales en materia penal, adoptado en el marco del Consejo de Europa. El Convenio se abrió a la firma en 1972 y entró en vigor en 1978.

El Convenio del Consejo de Europa en sí mismo es complicado, pero el concepto subyacente es simple: cuando se sospeche que una persona ha cometido un delito con arreglo a las leyes de un Estado parte, ese Estado podrá solicitar que otro Estado parte tome medidas en su nombre de conformidad con el Convenio, y este último podrá tomar medidas judiciales según su propia legislación. El Convenio exige la doble incriminación a tal fin.

Asimismo, tanto la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional incluyen disposiciones específicas sobre la remisión de actuaciones penales (artículos 8 y 21, respectivamente), a las que los Estados parte podrán recurrir como forma de cooperación internacional cuando esta favorezca una adecuada administración de justicia, en particular en los casos en que participen varios Estados y deba determinarse el lugar de enjuiciamiento más apropiado.

A este respecto, es posible que los Estados que hayan promulgado legislación de aplicación en calidad de partes en esas convenciones no tengan que hacer enmiendas importantes para cumplir los requisitos del artículo 47 de la Convención contra la Corrupción.

Las Naciones Unidas han procurado fomentar la elaboración de tratados bilaterales y multilaterales sobre la materia, preparando un Tratado modelo sobre la remisión de actuaciones penales (aprobado en la resolución 45/118 de la Asamblea General). Solo se trata de un tratado marco, que debe adaptarse a las necesidades específicas de los dos Estados parte, o más, que negocien un tratado de esa índole.

II. Problemas y soluciones

II.1 Criterios políticos respecto de decisiones sobre remisión

Siempre ha habido gran incertidumbre cuando se pasa a determinar la mejor jurisdicción, o la más efectiva, para llevar a cabo actuaciones procesales contra delitos penales con aspectos transnacionales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 47, los Estados parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales de otros Estados parte cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones y se tengan que concentrar las alegaciones y actuaciones del proceso en una sola jurisdicción. No cabe duda de que la Convención alienta a los Estados parte a celebrar acuerdos o arreglos que les permitan llevar a cabo la remisión de actuaciones penales y que ofrecen soluciones en los casos en que, por ejemplo, un delito de corrupción afecta a más de una jurisdicción y los Estados interesados desean determinar cuál es el foro más conveniente para la investigación y el juicio.

A pesar del creciente número de delitos transnacionales, hay pocas orientaciones internacionales para ayudar al ministerio público y a las autoridades de investigación en este ámbito. En la corrupción transnacional, en concreto, hay varios peligros reales que pueden ser reflejo de varias situaciones posibles. Por ejemplo, puede darse el caso de que ningún Estado inicie actuaciones penales partiendo del supuesto, erróneo, de que lo harán las autoridades extranjeras, o que el enjuiciamiento tenga lugar en el tribunal “equivocado” (inadecuado), o incluso que dos o más Estados aleguen conflicto de jurisdicciones.

Por lo tanto, es esencial decidir la jurisdicción más apropiada para instruir actuaciones penales. A este respecto, los Estados parte podrán considerar el artículo 47 conjuntamente con el artículo 42, relativo a la jurisdicción, y tener en cuenta los criterios habituales en que se basan las decisiones en materia de jurisdicción para determinar la jurisdicción en que es más conveniente que se celebre el proceso penal.

Al hacerlo, tal vez deba prepararse una lista de prioridades. El punto de partida de esa recomendación fue que el Estado en que se cometió el acto debería tener prioridad para enjuiciar al delincuente. Otros criterios deberían supeditarse a este principio. De ahí que el enjuiciamiento en el Estado en que resida habitualmente el autor dependa de que el Estado en que se ha cometido el delito renuncie a enjuiciarlo.

La hipótesis de que por lo general es más apropiado juzgar un delito en el lugar en que se ha cometido no se justifica. La rehabilitación del delincuente, aspecto al que cada vez se da más importancia en el derecho penal moderno, exige que la sanción se imponga y se aplique en el lugar en que pueda procederse a la rehabilitación de la manera más satisfactoria, que suele ser el Estado en el

que el delincuente tiene familia o vínculos sociales, o en que fijará su residencia después de cumplir la sanción.

Por otro lado, es evidente que las dificultades para obtener pruebas serán a menudo una consideración que desaconsejará remitir las actuaciones del Estado en que se ha cometido el delito a otro Estado. El peso que se atribuirá en cada caso a consideraciones contradictorias no puede resolverse mediante un rápido análisis. La decisión deberá tomarse teniendo en cuenta los hechos concretos de cada caso. Si los Estados interesados tratan de llegar a un acuerdo de esta manera, podrán evitar las dificultades que les ocasionaría la aceptación previa de un sistema que limitara su facultad de imponer sanciones.

Además, puede que los Estados parte tengan que adoptar decisiones en una fase inicial, que deseen información respecto del momento y la forma en que debe abordarse la cuestión de la jurisdicción, así como qué autoridades competentes se encargarán de las consultas y de llegar a un acuerdo. Elegir el momento adecuado también puede ser importante, puesto que se plantea la cuestión de saber si la decisión debe adoptarse al principio de una investigación o una vez se haya determinado el carácter del caso y se hayan resuelto los posibles problemas de admisibilidad.

II.2 Criterios prácticos para adoptar decisiones en materia de remisión

Así pues, para facilitar la adopción de decisiones en materia de remisión, los Estados parte deberán formular una serie de criterios prácticos que contribuyan a resolver estas cuestiones jurisdiccionales tan complejas. Por ejemplo, el tipo de preguntas que los Estados parte deberían plantear podrían incluir las siguientes:

- ¿En qué lugar se cometió el delito y dónde se detuvo al delincuente?
- ¿Dónde están la mayoría de los testigos, o en qué lugar se encuentran las pruebas o las víctimas más importantes del delito?
- ¿Qué jurisdicción dispone de la mejor legislación o de la más eficaz?
- ¿Qué jurisdicción dispone de la mejor legislación en materia de decomiso?
- ¿En qué jurisdicción habrá menos demoras?
- ¿Qué jurisdicción ofrece las mejores garantías de seguridad y custodia?
- ¿Qué jurisdicción tratará mejor las cuestiones sensibles de divulgación de información?
- ¿Qué jurisdicción puede hacer frente al costo de las actuaciones?
- ¿En qué jurisdicción ha tenido efectos sustanciales el delito?
- ¿Dónde está la mayor parte de los bienes que se pueden recuperar?
- ¿Qué Estado parte tiene mecanismos más avanzados de recuperación de activos?

III. Lista de control

- ¿Ha concluido el Estado parte algún acuerdo o arreglo en relación con la remisión de actuaciones penales?
- ¿Dispone el Estado parte de criterios políticos y prácticos para adoptar decisiones sobre la remisión o aceptación de actuaciones penales?
- ¿Establecen dichos criterios políticos las consecuencias judiciales, operacionales y de enjuiciamiento de la adopción de decisiones sobre esas cuestiones?
- ¿Se definen en los criterios políticos las consecuencias de la adopción de decisiones respecto del producto del delito?
- ¿Ha encargado el Estado parte a alguna autoridad que asuma la responsabilidad principal de las consultas y la adopción de decisiones sobre cuestiones conexas?

Artículo 48: Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados parte adoptarán medidas eficaces para:

a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) Cooperar con otros Estados parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos

comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos;

e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados parte interesados;

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

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

3. Los Estados parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a los delitos comprendidos en la presente Convención que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

I. Sinopsis

Como hacer cumplir la ley constituye una de las formas más visibles y ubicuas del ejercicio de la soberanía política, tradicionalmente los Estados han sido reacios a cooperar con organismos encargados de hacer cumplir la ley extranjeros. Esta actitud ha ido cambiando porque cada vez se comprende más que interesa a todos luchar contra los delitos graves y que para combatir la delincuencia transnacional la cooperación es importante.

En particular, los artículos 48 a 50 de la Convención tienen por finalidad promover una estrecha cooperación entre las autoridades de los Estados parte encargadas de hacer cumplir la ley, por ser una herramienta importante para realizar con éxito las investigaciones sobre corrupción transnacional. Concretamente, el objeto del artículo 48 es mejorar la eficacia de la cooperación en materia de aplicación de la ley, y conforme a él los Estados parte, entre otras cosas, habrán de mejorar los canales de comunicación y, de ser necesario, establecerlos a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la Convención, así como sus vinculaciones con otras actividades delictivas.

En el párrafo 1 del artículo se determina el ámbito de la obligación de cooperar y se identifican las medidas en que deberá basarse la cooperación.

Conforme al párrafo 2, los Estados parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley, con miras a dar efecto a la Convención. Asimismo, se podrá considerar que la Convención constituye la base para la cooperación, a falta de acuerdos o arreglos específicos.

En el párrafo 3 se reconoce la creciente utilización de la tecnología informática para la comisión de muchos de los delitos comprendidos en la Convención, y se insta a los Estados parte a que se esfuercen por cooperar más estrechamente para hacer frente a los delitos relacionados con la corrupción que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

II. Problemas y soluciones

II.1 Cuestiones que deben abordarse

La cooperación en materia de cumplimiento de la ley tanto formal como informal se ha visto obstaculizada por una serie de problemas. Por ejemplo, la diversidad de enfoques y prioridades en distintas jurisdicciones puede tener como resultado que los organismos encargados de hacer cumplir la ley de diferentes Estados no se pongan de acuerdo sobre la manera de abordar una forma específica de delito transfronterizo. Así, algunos Estados parte pueden exigir que sus funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o judiciales entrevisten a los testigos en su propio idioma, o que se les faciliten las preguntas de antemano. Otros Estados parte pueden exigir que sus funcionarios estén presentes en todas las entrevistas que realicen los funcionarios de un Estado parte requirente. Otros Estados parte pueden negarse a enviar a sus funcionarios encargados de hacer cumplir la ley a que presten declaración ante un tribunal extranjero. Por último, la necesidad de mantener el secreto operacional en la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, junto con la falta de confianza recíproca, puede no predisponerlos a compartir información penal, tanto a nivel nacional como internacional.

La diversidad de las estructuras que tienen los Estados parte en el campo de la aplicación de la ley podría dar lugar asimismo a confusión respecto del organismo extranjero encargado de hacer cumplir la ley con el que hay que ponerse en contacto, la duplicación de esfuerzos y, en algunos casos, la competencia entre organismos, lo que podría hacer que no se utilizaran de modo eficiente los limitados recursos.

II.2 Esferas de cooperación

A fin de hacer frente a estos desafíos, los Estados parte pueden considerar las siguientes esferas en que se podría facilitar la cooperación y promover el beneficio recíproco:

a) El intercambio de información estratégica y técnica. Debería hacerse en el marco de las respectivas competencias nacionales y de conformidad con las normas pertinentes, por ejemplo, en materia de confidencialidad. Los intercambios deberían ser espontáneos, o solicitarse. La información puede almacenarse en una base de datos compartida y usarse en apoyo de los análisis operacionales efectuados por los distintos organismos participantes. La información estratégica puede guardar relación con las tendencias en materia de delincuencia, las estructuras operacionales de las organizaciones delictivas y de las personas bajo sospecha, y las estrategias, los modus operandi y las técnicas delictivas usadas. También puede abarcar la financiación de conductas corruptas y las rutas preferidas para dispersar el producto del delito. Asimismo, puede incluir las técnicas y los enfoques presentados en el artículo 50 de la Convención.

b) La cooperación en los ámbitos de la inteligencia y el apoyo técnico. Esta cooperación debería realizarse asimismo en el marco de las competencias nacionales con miras a garantizar una coordinación eficaz de las respectivas actividades nacionales, en particular en lo relativo a la evaluación de las amenazas y el análisis de los riesgos. En determinadas circunstancias ello puede suponer intercambiar herramientas y materiales técnicos específicos, así como desarrollar pautas y tendencias relacionadas con la corrupción, como el uso de documentación falsificada y el uso indebido de identidades empresariales o personales.

c) Cooperación en la esfera de la capacitación profesional y los grupos de trabajo. Los Estados parte tal vez deseen promover aún más la cooperación sobre capacitación conjunta. A este respecto, la organización de grupos de trabajo, seminarios y talleres permitiría una difusión más amplia de las buenas prácticas y el fomento de tendencias y técnicas, así como el establecimiento de redes de organismos encargados de luchar contra la corrupción. Los conocimientos y la información deberían compartirse mediante traslados e intercambios de personal. Los Estados parte deberían velar asimismo por que no se desaprovechen los recursos ni se realicen esfuerzos de forma fragmentada.

d) El uso de puntos y redes de contacto. Un sistema de puntos de contacto respectivos entre los Estados parte para cooperar a nivel regional ha demostrado propiciar la cooperación. Los representantes deberían reunirse siempre que sea necesario a fin de fomentar la confianza recíproca y concebir estrategias comunes, abordar nuevas tendencias, y resolver los problemas que surjan en la práctica.

e) Participación en equipos conjuntos de investigación. Es evidente que hay muchos ejemplos de cooperación eficaz entre los organismos encargados de

hacer cumplir la ley de los Estados parte, así como entre los Estados parte, por ejemplo el intercambio de información de inteligencia entre Europol e Interpol, el gran número de instrumentos regionales que tratan de facilitar una cooperación efectiva en este campo, y organismos operacionales tales como la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) o Europol (véase el artículo 49).

II.3 Medios de cooperación

En investigaciones en que las pruebas o la información de inteligencia estén en el extranjero, en primer lugar se podrían recabar datos o información a través de canales informales encargados de hacer cumplir la ley, lo que podría constituir una forma más rápida, barata y flexible que la vía formal de asistencia judicial recíproca. Sin embargo, los arreglos necesarios para esos contactos informales deberían ser objeto de protocolos y salvaguardias apropiadas, que podrían comprender desde el uso de funcionarios de enlace locales para asuntos penales, en los casos en se hayan establecido memorandos de entendimiento o protocolos similares, hasta la conclusión de arreglos regionales.

En el apartado e) del párrafo 1 del artículo 48 también se hace referencia al intercambio de personal mediante la designación de oficiales de enlace. Debido al costo que conlleva designar a funcionarios de enlace a otro Estado, sólo se tiende a enviarlos a los Estados con los que el Estado requirente ya ha establecido un nivel de cooperación importante. Con objeto de reducir el costo, un funcionario de enlace puede encargarse de los contactos no sólo con el Estado anfitrión, sino también con otro Estado de la región, o con varios. Otra posibilidad consiste en que un funcionario de enlace represente a varios Estados.

También puede contemplarse la cooperación en el marco de estructuras internacionales. Entre ellas cabe destacar la Interpol, la Europol, los Estados del Acuerdo de Schengen y la Organización coordinadora de jefes de policía del África meridional. Con objeto de mejorar la cooperación en el marco de estas estructuras internacionales, es preciso fomentar sistemas de intercambio de información más eficaces a nivel regional e internacional.

La eficacia de todo sistema de información, como el método de avisos de Interpol y las bases de datos de Schengen, depende de la exactitud y la puntualidad de la información proporcionada. Asimismo, la adquisición, almacenamiento, utilización y transmisión internacional de datos operacionales puede plantear cuestiones de legitimidad, transparencia y responsabilidad por las medidas usadas para hacer cumplir la ley. Faltan controles legales y supervisión judicial, lo que podría dar lugar a abusos. Los mecanismos para la recopilación, análisis y uso efectivos de datos operacionales deben tener en cuenta la necesidad de respetar plenamente los derechos fundamentales. Siempre que se creen bases de datos para ayudar a hacer cumplir la ley se deberá velar por que la legislación nacional sobre protección de datos sea suficiente y abarque el funcionamiento de esas bases de datos no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional.

III. Lista de control

- ¿Ha concluido el Estado parte algún acuerdo o arreglo bilateral para facilitar una coordinación eficaz entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley?
- ¿Ha designado el Estado parte a algún organismo específico para tratar las solicitudes relativas a la cooperación en materia de cumplimiento de la ley?
- ¿Está dicho organismo facultado para realizar actividades de investigación en nombre de un Estado parte extranjero respecto de delitos tipificados en la Convención?
- ¿Está dicho organismo facultado para compartir información, asumir la responsabilidad principal en los arreglos sobre coordinación y cooperación con otros organismos en Estados parte extranjeros?

Artículo 49: Investigaciones conjuntas

Los Estados parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados parte participantes velarán por que la soberanía del Estado parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

I. Sinopsis

El artículo no es vinculante, si bien se basa en los requisitos establecidos en el artículo 48, y además tiene por objeto promover relaciones de trabajo más estrechas entre los Estados parte. Alienta a los Estados parte a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos que permitan el uso de órganos mixtos de investigación, cuando varios Estados parte puedan tener jurisdicción sobre los delitos de que se trate. Además, en virtud del artículo 49, los Estados parte pueden llevar a cabo investigaciones conjuntas caso por caso a falta de acuerdos o arreglos pertinentes.

II. Problemas y soluciones

II.1 Cuestiones operacionales

Las investigaciones conjuntas se utilizan como forma de cooperación internacional desde hace muchos años en casos de delincuencia transfronteriza, especialmente en relación con la delincuencia organizada. Sin embargo, parecería que esta práctica se basa casi en acuerdos específicos.

La experiencia práctica ha demostrado que este tipo de operaciones plantea cuestiones relacionadas con el estatuto y las competencias jurídicas de los funcionarios de otra jurisdicción, la admisibilidad de las pruebas en un Estado parte obtenidas en esa jurisdicción por un funcionario de otro Estado parte, el testimonio en los tribunales de funcionarios de otro Estado, y el intercambio de información entre los Estados parte antes de una investigación y durante la misma.

También se reconoció que estas cuestiones prácticas pueden abordarse mediante enfoques de planificación de investigación que las reconozcan y aborden de antemano. Sin embargo, en los casos de delincuencia transnacional, y especialmente de corrupción transnacional, se necesita claridad y coherencia en la forma en que se llevan a cabo las investigaciones y se intercambia información. Sin duda ello contribuye a garantizar, por ejemplo, que se admitan las pruebas en los tribunales, se garanticen los derechos y las obligaciones de los miembros extranjeros de equipos y se respete plenamente la soberanía del Estado en cuyo territorio deba efectuarse la investigación, como requiere expresamente el artículo 49.

II.2 Elaboración de un marco

Hasta hace poco, no se había acordado internacionalmente ningún marco para establecer y llevar a cabo investigaciones conjuntas y constituir los equipos necesarios para esa labor. Los Estados miembros de la Unión Europea crearon tal marco en julio de 2002 mediante la aprobación por el Consejo Europeo de la Decisión Marco sobre equipos conjuntos de investigación. Esta decisión respaldó la aplicación de los artículos 13, 15 y 16 del Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial en materia penal de 2000 (el artículo 13 del establecimiento y la actividad de un equipo conjunto de investigación, y los artículos 15 y 16 de la responsabilidad penal y civil de las personas implicadas).

Hay disposiciones similares sobre equipos conjuntos de investigación en los artículos 20, 21 y 22 del Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre cooperación judicial en materia penal, y en los artículos 3, 19 y 24 del Convenio Nápoles II sobre asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras de los Estados miembros.

El enfoque de la Unión Europea respecto de las investigaciones conjuntas se centra principalmente en la creación de equipos conjuntos para la investigación de delitos graves de alcance transnacional. Requiere asimismo que varios Estados miembros lleven a cabo investigaciones sobre infracciones penales en que las circunstancias específicas del caso requieran una actuación coordinada y concertada.

La Decisión Marco de la UE sobre equipos conjuntos de investigación constituye una guía útil para abordar los aspectos prácticos y de procedimiento que surjan en el contexto de una investigación conjunta.

Los Estados miembros de la UE siempre previeron que los ministerios públicos fueran consultados por la policía al principio del proceso de investigación y que se encargaran de dar asesoramiento en relación con un amplio conjunto de cuestiones, como la jurisdicción, la declaración de información y el enlace con otros homólogos europeos. De hecho, los dirigentes de los equipos de los Estados parte participantes suelen ser fiscales o magistrados.

II.3 Planificación de las actuaciones conjuntas

Al planificar investigaciones conjuntas e identificar las cuestiones que deben abordarse antes de comenzar toda actividad, deben considerarse, entre otros, los siguientes aspectos:

- Los criterios para decidir si se va a realizar una investigación conjunta, dando prioridad a los casos graves y claramente definidos de corrupción transnacional. Se trata de garantizar que esas investigaciones se lleven a cabo de manera proporcionada y respetando debidamente los derechos humanos del sospechoso.
- Los criterios para elegir el lugar en que se llevará a cabo la investigación conjunta (cerca de la frontera, cerca de los principales sospechosos, etc.)
- El uso de un órgano de coordinación que dirija la investigación en los casos en que participen varias jurisdicciones.
- La designación de un investigador principal encargado de dirigir y supervisar la investigación.
- Los acuerdos relativos a los objetivos y resultados comunes de la labor conjunta, la contribución prevista de cada organismo participante y la relación entre cada organismo participante y otros organismos del mismo Estado parte.
- La atención a las diferencias culturales entre jurisdicciones.
- La evaluación de las condiciones previas para realizar la investigación, y que el Estado parte anfitrión será responsable de la organización e infraestructura del equipo.
- La responsabilidad de los funcionarios de organismos extranjeros que trabajen en una investigación conjunta.
- El grado de control por parte de jueces o investigadores.
- La financiación de las investigaciones conjuntas y su dotación de recursos. A este respecto, puede ser necesario un acuerdo en que se prevean los gastos que habrán de sufragar directamente los Estados parte participantes. Para cada Estado parte se deberá especificar si los gastos correrán directamente a cargo del organismo que asigne personal, o si habrá algún tipo de financiación nacional o internacional.

- La identificación de las normas jurídicas, reglamentos y de procedimiento para abordar las cuestiones jurídicas y prácticas que se planteen, incluidos los recursos comunes, el almacenamiento y el intercambio de información, la confidencialidad de las actividades, la integridad y admisibilidad de las pruebas, la divulgación de información (motivo de preocupación en las jurisdicciones de “common law”), las repercusiones de las operaciones encubiertas, los cargos adecuados y la custodia de los datos de tráfico para fines de enjuiciamiento.
- La garantía de mejora de la capacidad, los conocimientos y la experiencia de los Estados parte en desarrollo para participar en investigaciones conjuntas.

Los acuerdos o arreglos flexibles y eficaces en este ámbito dependen principalmente de la voluntad política y la determinación de los Estados participantes, como indica la aprobación de la Decisión Marco de la UE. Sin embargo, a menudo la aplicación de esos acuerdos o arreglos es objeto de las limitaciones y los requisitos previstos en la legislación nacional. El artículo 49 tiene por objeto prever un régimen jurídico que pueda salvar esos obstáculos.

III. Lista de control

- ¿Han participado las autoridades del Estado parte en investigaciones conjuntas o grupos de investigación conjunta para abordar casos que abarcan varias jurisdicciones?
- ¿Se basa esa participación en arreglos específicos o hay un marco establecido para autorizarla?
- ¿Qué clase de dificultades jurídicas, operacionales y probatorias se plantean al llevar a cabo investigaciones conjuntas?

Artículo 50: Técnicas especiales de investigación

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano

internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

I. Sinopsis

Conforme al artículo 50, los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para prever el adecuado recurso a técnicas especiales de investigación de la corrupción.

En el párrafo 1 se promueve el recurso a la entrega vigilada y, cuando se considere apropiado, a la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, entendiéndose que, en manos de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, esas técnicas pueden constituir un arma eficaz para combatir las sofisticadas actividades delictivas relacionadas con la corrupción. Sin embargo, esas técnicas se aplicarán invariablemente en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas en las leyes internas. En el párrafo 1 se exige asimismo que los Estados parte adopten las medidas pertinentes para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

En el párrafo 2 se da prioridad a la existencia del marco jurídico apropiado en virtud del cual se autorice el recurso a técnicas especiales de investigación y se aliente así a los Estados parte a que celebren acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para fomentar la cooperación en este ámbito, observando plenamente el principio de la soberanía nacional.

En el párrafo 3 se establece un enfoque pragmático ya que brinda las bases jurídicas para recurrir a técnicas especiales de investigación según cada caso concreto, cuando no existan acuerdos o arreglos pertinentes.

En el párrafo 4 se aclara que entre los métodos de entrega vigilada que pueden aplicarse en el plano internacional figuran los de interceptar los bienes o fondos y autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos y sustituirlos total o parcialmente. La elección del método puede depender de las circunstancias de cada caso y también pueden influir las leyes internas en materia de pruebas y admisibilidad de éstas.

II. Problemas y soluciones

En los últimos años se ha producido un cambio significativo de los métodos utilizados para detectar e investigar delitos, así como del carácter de las investigaciones, en las que ahora se insiste más en las investigaciones proactivas orientadas a consideraciones de inteligencia. Asimismo, los medios tecnológicos a los que pueden recurrir los investigadores para recabar información de forma encubierta también han avanzado rápidamente. Sin embargo, los Estados parte deberían tener en cuenta que el aumento del uso de técnicas especiales de investigación ha de evaluarse cuidadosamente para que esté en consonancia con la protección de los derechos humanos y los requisitos probatorios de toda actuación jurídica ulterior.

II.1 Salvaguardias

Los Estados parte deben tener seriamente en cuenta las repercusiones jurídicas y políticas de la utilización de técnicas especiales de investigación, y por lo tanto, puede ser necesario evaluar cuidadosamente controles apropiados y proporcionados para que puedan protegerse los derechos humanos. También debe prestarse especial atención a la cuestión de si debe encomendarse la supervisión de la utilización de las técnicas especiales de investigación en el poder judicial o en el ejecutivo.

II.2 Recursos/Competencia tecnológica

Entre los aspectos prácticos que requieren especial consideración cabe destacar la profesionalidad y la competencia de los organismos encargados de hacer cumplir la ley que recurran a técnicas especiales de investigación, así como su nivel de capacitación. Además, a fin de encontrar los mejores métodos para mejorar la cooperación internacional en este ámbito, puede convenir que agentes del orden extranjeros que estén capacitados trabajen en otros Estados parte para mejorar la capacidad y garantizar la admisibilidad de las pruebas obtenidas gracias a la utilización de las técnicas de investigación.

II.3 Admisibilidad de las pruebas

También pueden ser motivo de preocupación la legalidad y el alcance de la utilización de técnicas especiales de investigación, así como la consiguiente admisibilidad de sus resultados. Esto será un problema cuando se lleve a cabo una operación conjunta, por lo que es probable que el intercambio de inteligencia, información y recursos tenga que realizarse de forma cuidadosa. En algunas jurisdicciones, el recurso a técnicas especiales de investigación puede provocar dificultades porque puede que los jueces no comprendan plenamente el proceso y la tecnología utilizados. Una posible solución puede ser la capacitación adecuada e incluso la utilización de jueces especializados.

II.4 Técnicas

Hay otras técnicas especiales de investigación a las que los Estados parte podrían considerar recurrir, si bien en los epígrafes II.4.1 a II.4.7 se resumen varias técnicas ampliamente utilizadas. También es importante garantizar la integridad de las pruebas obtenidas mediante esas técnicas a fin de poder utilizarlas ante los tribunales de los Estados parte.

II.4.1 Vigilancia técnica: interceptación telefónica y ocultación de micrófonos

Esta técnica también llamada vigilancia electrónica invasiva, constituye un gran instrumento para las autoridades de investigación. Sin embargo, como suele utilizarse para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, deberá prestarse especial atención a las salvaguardias que autorizan su uso y prevén las condiciones exactas en que podrán usarse. Es probable que se amplíe a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo.

II.4.2 Vigilancia y observación físicas

Esta técnica puede resultar menos invasiva que la vigilancia técnica. Consiste en someter al sospechoso a vigilancia física, o seguimiento y filmaciones. No obstante, puede incluir asimismo la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones.

II.4.3 Operaciones encubiertas y recurso a las operaciones “trampa”

La utilización de operaciones encubiertas, que pueden incluir o no las “operaciones trampa”, es sumamente útil cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración de corrupción. El objetivo de esas operaciones es entrar en contacto con las partes corruptas, de manera que los funcionarios encubiertos puedan ser testigos de las prácticas corruptas y exponerlas. Es probable que las pruebas aportadas desde el “interior”, ya sea por un oficial de policía o por un coconspirador, sean decisivas para realizar con éxito la actuación judicial. Asimismo, a menudo como resultado de esas pruebas tan concluyentes, se reciben ofertas de cooperación y alegatos de culpabilidad por parte de los acusados, lo que obvia la necesidad de largos y costosos procesos judiciales (véase también el artículo 37).

Las operaciones encubiertas pueden ir desde prácticas rutinarias, como los agentes encubiertos que ofrecen sobornos a la policía de tráfico o a funcionarios de bajo nivel, hasta planes a largo plazo mucho más complejos que son más sofisticados tanto en cuanto al uso de técnicas especiales de investigación como a la creatividad de la propia investigación (por ejemplo, la “creación” de una entidad de importación/exportación). Sin embargo, en algunos Estados parte

puede haber problemas en relación con la legalidad de la utilización de agentes encubiertos y sus operaciones “trampa”, que se asocian con casos en que se atrapa a alguien por engaño o en que un funcionario comete un acto penal (como ofrecer un soborno), así como preocupaciones en cuanto a los recursos, en duración y el costo de esas operaciones.

II.4.4 Informadores

Muchos Estados parte utilizan o contratan a informadores en instituciones públicas como fuente de información. No son agentes del orden sino funcionarios públicos. Como fuente de información y datos de inteligencia en oficinas que no se pueden controlar mediante actividades encubiertas o vigilancia, esos informadores pueden prestar servicios eficaces. En cambio, su utilización puede ocasionar problemas relacionados con los pagos, la divulgación de información, la seguridad, o las relaciones con quienes controlan a los informadores. Otra cuestión práctica que puede surgir cuando se disponga de suficiente información para llevar el caso ante un tribunal es la disponibilidad de esos informadores como testigos.

II.4.5 Pruebas de integridad

Las pruebas de integridad constituyen un método para mejorar la prevención y el enjuiciamiento de los casos de corrupción, y han demostrado ser un factor sumamente eficaz y eficiente para disuadirla. Se suelen utilizar pruebas de integridad en los casos en que se dispone de datos de inteligencia que indican que una o varias personas, en general funcionarios públicos, son corruptos.

Así, se definen situaciones en que un funcionario público, en su entorno habitual de trabajo, puede optar por un comportamiento delictivo o en otra conducta incorrecta. Se puede brindar al empleado la posibilidad de aceptar un soborno de un funcionario encubierto o de pedir un soborno, por ejemplo mediante el abuso de sus funciones públicas (véase el artículo 19). Sin embargo, este tipo de pruebas no pueden utilizarse de forma indiscriminada, sino que deberán basarse en datos mínimos obtenidos mediante labores de inteligencia que sugieran que un empleado puede ser corrupto. Asimismo, deberán tenerse en cuenta las restricciones existentes destinadas a evitar las “trampas”, mediante las que se autoriza a agentes encubiertos a brindar la oportunidad a un sospechoso de cometer un delito, pero no se les permite ofrecerle ningún incentivo real.

II.4.6 Supervisión de transacciones financieras

Los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras y hasta qué punto se informa de ellos a las dependencias de Investigación Financiera de los Estados parte proporcionan a los investigadores información no sólo sobre el movimiento de fondos, sino también sobre las relaciones entre los involucrados. A los efectos del artículo 50, los Estados parte velarán por que el sistema de información acerca de las transacciones financieras permita, con sujeción a los controles, la autoridad y la vigilancia apropiados, que los

investigadores vigilen las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de la corrupción.

II.5 Convenciones pertinentes

Varios Estados parte ya aplican los mecanismos previstos en el artículo 50, en particular respecto de delitos como el tráfico de estupefacientes o la delincuencia organizada, por ser partes en instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (véase el artículo 11 sobre la entrega vigilada) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (véase el artículo 20). Sin embargo, la decisión acerca de la conveniencia de utilizar estas técnicas dependerá de los requisitos de su derecho interno y la discrecionalidad y los recursos de los Estados parte interesados.

III. Lista de control

- ¿Disponen las autoridades competentes del Estado de las competencias necesarias para aplicar formas técnicas de vigilancia y otras técnicas especiales de investigación?
- ¿Hay directrices claras sobre e
- l uso de esas técnicas?
- ¿Se han obtenido pruebas admisibles en los tribunales nacionales gracias a la utilización de técnicas especiales de investigación?
- ¿Ha celebrado el Estado parte algún acuerdo o arreglo bilateral o multilateral para promover la cooperación internacional respecto de la utilización de técnicas especiales de investigación?

RESTITUCIÓN DE ACTIVOS
(Artículos 51 a 59 del Capítulo V)

Artículo 51: Disposiciones generales

La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

La restitución de activos como principio fundamental

La restitución del producto de la corrupción a su país de origen es uno de los principales objetivos de la Convención (apartado b) del artículo 1). En el artículo 51 se declara, además, que dicha restitución es un “principio fundamental” de la Convención.

En el capítulo se especifica la manera de prestar cooperación y asistencia y proceder para restituir el producto de la corrupción a un Estado parte requirente, y cómo deben considerarse los intereses de otras víctimas o de los legítimos propietarios. A pesar de que en una nota interpretativa de la Convención se indica que la expresión “principio fundamental” no tendrá consecuencias jurídicas para las demás disposiciones del capítulo V de la Convención (A/58/422/Add.1, párrafo 48), el artículo 51 constituye una declaración de intención por la que se establece que toda duda sobre la interpretación de las disposiciones relacionadas con la restitución de activos deberá resolverse a favor de dicha restitución, como objetivo básico de la Convención en materia de cooperación internacional.

El capítulo V, relativo a la restitución de activos, debe considerarse junto con una serie de disposiciones contenidas en los capítulos II a IV de la Convención, en particular el artículo 14, relativo a la prevención del blanqueo de dinero, el artículo 31, sobre el establecimiento de un régimen para el embargo preventivo interno y el decomiso del producto de la corrupción como requisito previo para la cooperación internacional y la restitución de activos, el artículo 39, que trata de la cooperación entre las autoridades nacionales y el sector privado, y los artículos 43 y 46, que se refieren a la cooperación internacional y la asistencia judicial recíproca. El artículo 52 también tiene importancia porque en virtud de él los Estados parte adoptarán medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensificarán su escrutinio de toda cuenta abierta o administrada por personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y sus familiares y estrechos colaboradores o en nombre de ellas.

Artículo 52: Prevención y detección de transferencias del producto del delito

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan

en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.

2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:

a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; y

b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.

3. En el contexto del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo, cada Estado parte aplicará medidas para velar por que sus instituciones financieras mantengan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, los cuales deberán contener, como mínimo, información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.

4. Con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado parte aplicará medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Además, los Estados parte podrán considerar la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación.

5. Cada Estado parte considerará la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y dispondrá sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. Cada Estado parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

6. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias, con arreglo a su derecho interno, para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Esas medidas deberán incluir sanciones adecuadas para todo caso de incumplimiento.

I. Sinopsis

Si bien en el artículo 14 se establecen los principios básicos de funcionamiento de un sistema de prevención para combatir el blanqueo de capitales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52, los Estados parte exigirán a sus instituciones financieras que verifiquen la identidad de sus clientes, con objeto de mantener registros y sistemas de contabilidad adecuados, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta mantenida por las llamadas “personas políticamente expuestas” (que se definen en el apartado b) del párrafo 1, como las que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y sus familiares y estrechos colaboradores). Al aplicar estos requisitos, los Estados parte impartirán directrices a las instituciones financieras sobre la manera de cumplir estas obligaciones. Por lo general, estas directrices serán formales y vinculantes en cuanto a orientaciones, si bien el grado de aplicación podrá decidirlo la institución aconsejada, y podrán impartirlas los reguladores de servicios bancarios o financieros, los ministros de finanzas, las dependencias de inteligencia financiera, u otros organismos designados a tal efecto. Asimismo, en el artículo 52 se recomienda evitar relaciones de corresponsales con bancos ficticios a fin de desalentar su uso para la transferencia, el desvío o la conversión de fondos obtenidos de manera ilícita.

Los Estados parte podrán decidir en primer lugar qué autoridad competente impartirá estas directrices. En vista de que los métodos de blanqueo evolucionen constantemente, las directrices pueden basarse en las pautas conocidas a partir de informes sobre operaciones sospechosas, así como en la opinión experta de supervisores. Teniendo esto en cuenta, y basándose en las recomendaciones de la Convención, la dependencia de inteligencia financiera o el organismo encargado de la prevención del blanqueo de dinero impartirán directrices sobre una serie de

temas relacionados con los tres requisitos obligatorios del párrafo 1, y los del apartado b) del párrafo 2 y el párrafo 3. En el artículo 58 se describen la estructura y las funciones de las dependencias de inteligencia financiera.

Conforme al artículo las instituciones financieras someterán a un mayor escrutinio la situación de sus clientes, especialmente los que desempeñen funciones públicas relevantes y los vinculados con estas personas, y establecerán, como complemento de los requisitos del artículo 8, sistemas de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes, incluida la titularidad de las cuentas en el extranjero. A ser posible, en virtud del artículo 52 se impedirá que el producto de la corrupción salga del Estado parte de origen o, al menos, se alertará a las autoridades de las correspondientes operaciones. Cuando las instituciones del Estado parte remitente no puedan impedir la operación, las instituciones del Estado destinatario podrán rechazarla o notificarla.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Verificación de la identidad del cliente

El primer requisito que se impone a las instituciones pertinentes, la verificación de la identidad de sus clientes, va más allá del mero principio de identificación oficial. No es raro que la regla “conozca al cliente” se establezca o interprete de manera estrictamente formal, por lo que se limita a la obtención de una copia de la tarjeta de identidad del cliente u otro documento que lo identifique. Con objeto de evitar el uso de documentación falsa al establecer una relación entre el cliente y las instituciones financieras, en el párrafo 1 no sólo se exige a las instituciones financieras que “identifiquen” a sus clientes, sino también que “verifiquen” la identidad que proporcionen. Se deberán usar diferentes procedimientos de identificación en función del tipo de cliente.

Cuando la persona esté físicamente presente, bastará con examinar y copiar uno o dos documentos de identificación oficial con fotografía (pasaporte, documento de identidad, licencia de conducir u otro documento similar), siempre y cuando la institución adopte medidas razonables para verificar la autenticidad de la documentación. Si la persona no está físicamente presente (relación por correspondencia o por Internet) las instituciones financieras podrán verificar la identidad del eventual titular de una cuenta obteniendo copia certificada de un documento de identificación oficial -que por lo general proporciona un notario público u otra institución financiera- así como una confirmación del domicilio facilitado, que suele hacerse intercambiando correspondencia y recurriendo a cauces internos, a terceros o a otros medios independientes.

En el caso de las entidades jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, se puede solicitar a las instituciones financieras que verifiquen la “identidad” de estas obteniendo copia actualizada de los documentos relativos a su constitución en el registro comercial, o si figuran en la lista de alguna publicación o sitio web

oficial, verificando y obteniendo copias de los datos que sobre su constitución figuren en registros públicos, boletines oficiales, circulares o gacetas.

Como estos procedimientos pueden llevar tiempo, y para no obstaculizar las relaciones comerciales, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de autorizar las instituciones financieras a abrir cuentas con carácter provisional mientras se concluye el procedimiento. No obstante, deberán concluirse todos los documentos y verificaciones necesarios antes de permitir transacciones superiores a un nivel razonable, o prohibir las transferencias importantes o las realizadas a jurisdicciones extranjeras o desde éstas. Además, de acuerdo con el procedimiento y si éste no concluye antes de un plazo estipulado, se podrá poner fin a la relación.

II.2 Identificación de los beneficiarios finales de cuentas de valor elevado

El segundo requisito, la adopción de medidas razonables para determinar el beneficiario final de los fondos depositados en cuentas de gran valor, tiene por objeto impedir que las personas corruptas recurran a terceros para que conserven el producto del delito. Se requiere el establecimiento de procedimientos específicos, aplicables siempre que existan dudas sobre si el titular de la cuenta es también el beneficiario final. Esos procedimientos comprenden cuatro elementos principales.

En primer lugar, al definir el “beneficiario final”, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de prohibir a las instituciones financieras que acepten un instrumento corporativo o una entidad jurídica cuya identidad no pueda establecerse como beneficiario final.

En segundo lugar, deberá determinarse qué tipo de productos financieros se consideran “cuentas de valor elevado” (apartado a) del párrafo 2). A pesar de la referencia a los importes de minimis, los Estados parte que establezcan reglamentos sobre este asunto pueden considerar la posibilidad de aplicar el requisito no sólo a las cuentas bancarias, sino, también, por ejemplo, a las cuentas de valores, los acuerdos de gestión de depósitos realizados por terceros, las operaciones con divisas o metales preciosos, y otras operaciones de riesgo. En este caso, deberá prestarse especial atención a cuatro esferas: los productos financieros, los instrumentos extraterritoriales, los fideicomisos discrecionales y los profesionales.

Los productos financieros que tal vez requieran atención son aquellos en que, por su naturaleza, el cliente no coincide con el beneficiario final, tales como cuentas o cuentas de valores conjuntas, sociedades de inversión y otras inversiones colectivas. En estos casos, se podrá exigir a los titulares de esos productos que proporcionen a las instituciones financieras una lista exhaustiva de los beneficiarios finales con toda la información requerida para los clientes y que la actualicen periódicamente. En varios Estados se hacen excepciones en el caso de las empresas que cotizan en bolsa.

Las empresas extraterritoriales son las instituciones, sociedades, fundaciones, fideicomisos, u otros instrumentos que o bien no realizan ninguna operación comercial en el Estado parte en que se encuentra su sede, o no tienen un establecimiento ni personal propios, y si disponen de personal, esos empleados solo se ocupan de tareas administrativas. Respecto de los bienes retenidos por estas sociedades, los Estados parte obligarán a sus instituciones financieras a que exijan, además de una copia certificada de los documentos de constitución para verificar su identidad, una declaración escrita en la se indique el beneficiario o los beneficiarios finales de los activos de que se trate. También en este caso los Estados parte podrán no permitir a las instituciones financieras que acepten a estas sociedades como beneficiarios finales de otras sociedades.

En el caso de los clientes que posean activos sin beneficiarios finales específicos (por ejemplo, fideicomisos discrecionales), las instituciones financieras podrán exigirles una declaración escrita con información acerca de quienes controlen los activos (el administrador real, todas las personas autorizadas a informar al titular de la cuenta o a otros agentes autorizados, las personas que puedan llegar a ser beneficiarios, los tutores, los protectores, etc.).

Al impartir directrices, los Estados parte determinarán las situaciones en que podrá exigirse a los clientes vinculados por el secreto profesional, como abogados o notarios, que revelen la identidad del beneficiario final de las cuentas que conservan para ellos. Sirvan de ejemplo de situaciones que se dan con frecuencia los anticipos de las costas judiciales, los pagos a las partes en un litigio o de ellas, la distribución pendiente de una herencia o la ejecución de un testamento, y la separación pendiente de los bienes en un divorcio.

En tercer lugar, si bien los Estados parte pueden reconocer que las instituciones financieras están en inmejorable situación para actuar discrecionalmente a fin de aplicar los requisitos relativos a la propiedad final, los Estados parte podrán elaborar una lista de situaciones, casos y ejemplos en que las instituciones financieras deberán aplicar los procedimientos. Si bien las instituciones financieras están en inmejorable situación para decidir si el cliente y el beneficiario final son la misma persona, una lista no exhaustiva de las situaciones que pueda utilizarse a modo de referencia resultará de utilidad. Sirvan de ejemplo de esas situaciones los casos en que los activos usados en la operación sean desproporcionados en relación con la capacidad financiera de la persona que desee llevar a cabo la operación, o cuando se conceda un poder a alguien que es evidente que no tiene vínculos suficientemente estrechos con el titular de la cuenta.

En cuarto lugar, los Estados parte pueden aconsejar a las instituciones financieras sobre los casos en que deban dar por terminada una relación comercial, si no se cumplen los criterios de verificación, por existir motivos para dudar o desconfiar de la verdadera propiedad de los activos. Esos motivos pueden responder a las siguientes situaciones:

- el banco tiene motivos para dudar de la exactitud de la información relativa a la identidad del titular de la cuenta;

- hay dudas en cuanto a la exactitud de la declaración sobre el beneficiario final;
- hay indicios de cambios importantes que no se han notificado;
- hay motivos para creer que se ha engañado al banco al verificar la identidad del titular de la cuenta;
- el banco ha proporcionado deliberadamente información falsa acerca del beneficiario final;
- al terminar de aplicarse el procedimiento aún persistan las dudas con respecto a la declaración del titular de la cuenta.

II.3 Intensificación del escrutinio de cuentas cuyos titulares sean “personas políticamente expuestas”

Además de las medidas adoptadas en virtud de los epígrafes II.1 y II.2 *supra*, los Estados parte intensificarán su escrutinio a fin de detectar operaciones sospechosas de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores (calificados de personas políticamente expuestas). Cuando impartan sus directrices en relación con estas personas, como requiere el artículo, los Estados parte deberán tener en cuenta diversas cuestiones.

En primer lugar, los Estados parte han de definir claramente qué es una persona políticamente expuesta. Habida cuenta de los requisitos de los párrafos 5 y 6 y de que se espera que los Estados parte adopten una aptitud activa y brinden el más amplio apoyo a otros Estados parte, los Estados podrán considerar la posibilidad de incluir en la definición no sólo a figuras políticas nacionales sino también a figuras políticas extranjeras, así como a sus familiares y estrechos colaboradores. Si bien la inclusión de los familiares no suele ser un problema -la decisión puede basarse en el grado de parentesco y en las relaciones matrimoniales- determinar quiénes son “estrechos colaboradores” puede ser más complicado. La solución depende por lo general del grado de información de que disponen los supervisores en los Estados de que se trate. Por ejemplo, si los reguladores pueden acceder con facilidad al registro de bienes inmuebles, vehículos y sociedades, las directrices pueden exigir que se considere colaboradores a quienes compartan activos registrados o formen parte de alianzas u otro tipo de asociaciones comerciales. En otras jurisdicciones, las directrices pueden tener en cuenta “información pública” y obligar a verificar periódicamente en los medios la existencia de posibles “estrechos colaboradores”.

En segundo lugar, los Estados parte deben aplicar el concepto de “intensificación del escrutinio”. En los últimos años, muchas jurisdicciones han comenzado a exigir a sus instituciones financieras que establezcan un “perfil de cliente”, a fin de determinar las operaciones que no correspondan al perfil establecido, lo que puede dar lugar a sospechas que deberán notificarse a las

autoridades. La adopción de un enfoque basado en el perfil de cliente exige que las instituciones financieras comprendan el origen de la riqueza, los productos financieros que se prevé utilizar, la pauta y las cantidades de fondos que se prevé entren y salgan de las cuentas y el rendimiento del negocio en el contexto de un determinado mercado. Otros Estados han solicitado a sus instituciones financieras que establezcan las medidas adecuadas que hay que tomar al establecer una relación con personas políticamente expuestas, incluidos los siguientes requisitos mínimos:

- un proceso de solicitud normalizado que distinga a las posibles personas políticamente expuestas de otros solicitantes del extranjero;
- si el cliente o el beneficiario final es una persona políticamente expuesta, la identificación del origen de la riqueza comprobando las fuentes de ingresos verificables y los motivos plausibles para abrir una cuenta en esa jurisdicción, y la supervisión de las sumas recibidas, por ejemplo, de organismos públicos o firmas comerciales con sede en otras jurisdicciones;
- aunque esta investigación no revele ninguna irregularidad y se establezca una relación, el banco podrá establecer procedimientos ordinarios de debida diligencia respecto de ese cliente y de sus operaciones;
- cuando el proceso de supervisión revele a alguna irregularidad, se notificará inmediatamente a las autoridades;
- el personal directivo de la institución financiera revisará periódicamente todas las relaciones con personas políticamente expuestas que sean clientes;
- se realizarán exámenes periódicos de las cuentas existentes, teniendo en cuenta la posibilidad de que un antiguo cliente haya pasado a ser una persona políticamente expuesta después de comenzar su relación con el banco.

II.4 Directrices sobre la intensificación del escrutinio de instituciones financieras internas

Habida cuenta de las dificultades que supone identificar a las personas políticamente expuestas -sobre todo porque el concepto abarca a sus familias y estrechos colaboradores- en el artículo 52 se establece una disposición innovadora en virtud de la cual todo Estado parte puede notificar a otro la identidad de las personas políticamente expuestas, con objeto de que sus propias instituciones financieras puedan mejorar la debida diligencia respecto de clientes específicos. Al aplicar esta disposición, los Estados parte se cerciorarán de que se use un procedimiento ordinario con respecto a la cooperación y asistencia con el fin de recabar información pertinente para transmitirla a las autoridades extranjeras reconocidas, con sujeción a salvaguardias apropiadas en materia de integridad y confidencialidad y el posible uso de esa información (véase también el epígrafe II.8 *infra*). Para los Estados a que se cree que se suele enviar el producto de la corrupción será de gran ayuda. En el artículo 56 también se alienta a los Estados parte a que adopten una actitud activa para alertar a otros

Estados parte acerca de sus personas políticamente expuestas si hay motivos de preocupación.

II.5 Mantenimiento de registros

Conforme al párrafo 3 del artículo 52, las directrices se impartirán de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 a fin de especificar una obligación especial de mantener registros de clientes de alto riesgo y personas políticamente expuestas. Mientras que en virtud de lo establecido en el párrafo 1 del artículo 14 los Estados parte deberán exigir a sus instituciones financieras que cumplan su obligación de llevar registros generales, en el párrafo 3 del artículo 52 se exige una nueva política específica, o intensificada, respecto de las personas políticamente expuestas.

Al aplicar esta disposición, los Estados parte pueden considerar diferentes variables a fin de determinar un plazo realista para el mantenimiento de registros debido a una serie de motivos. Entre éstos cabe mencionar los retrasos entre la comisión del delito y el comienzo de las investigaciones, las dificultades que plantea rastrear el producto del delito de un funcionario que estaba en una posición de poder o que sigue desempeñando su cargo (por lo que tiene inmunidad o puede influir en las investigaciones), la complejidad de los procedimientos que plantea el rastreo internacional de activos, y las decisiones políticas adoptadas al aplicar el artículo 29 relativo a la prescripción de los delitos tipificados con arreglo a la Convención. Muchos Estados exigen a sus reguladores que establezcan un plazo acordado durante el cual han de conservar los registros, por ejemplo 5 años a partir del inicio de cada operación. En varios casos, se deberán conservar también los originales de todos los documentos. Los Estados parte tal vez deseen considerar la posibilidad de que la intensificación del escrutinio de las personas políticamente expuestas cubra también la conservación de los registros por un período prolongado, ya que puede haber casos en que la restitución de activos sólo pueda iniciarse cuando las personas políticamente expuestas de que se trate hayan dejado su cargo.

II. 6 Prevención del establecimiento de bancos ficticios y sus relaciones corresponsales

Uno de los instrumentos financieros más utilizados para ocultar activos en el sistema financiero internacional es el denominado “banco ficticio”. Su definición aceptada a nivel internacional es la de “*bancos sin presencia real (es decir, sin una dirección y gestión eficaces) en el país en que se han constituido y han obtenido su licencia y que no forman parte de ningún grupo financiero sujeto a una supervisión consolidada efectiva*” (Comité de Basilea, 2003; véanse también los Principios del Grupo Wolfsberg contra el blanqueo de dinero en la banca de corresponsales).

Los bancos ficticios se han utilizado ampliamente para canalizar el producto de delitos hacia el exterior de un Estado, y se han usado sobre todo en importantes casos de corrupción. Por ello, en el párrafo 4 se exige a los Estados

parte que adopten medidas para impedir el establecimiento de bancos ficticios en su jurisdicción.

Para una institución financiera, no tener presencia real no es solo no tener una oficina. Por lo general, los bancos ficticios mantienen una oficina administrada por un agente local o por personal de muy bajo nivel que les proporciona una dirección a efectos jurídicos en la jurisdicción en que se han constituido. Por presencia real de una institución financiera se suele entender, el lugar en que la institución tiene su “dirección y gestión” de modo que el regulador pueda ejercer su supervisión. En el caso de los bancos ficticios, la dirección y gestión están en otra jurisdicción, en las oficinas de una entidad asociada o incluso en una residencia privada. Al tener la gestión en una jurisdicción, el regulador de la jurisdicción de constitución no puede ejercer la debida supervisión.

El segundo elemento de la definición de un banco ficticio es que no forma parte de ningún grupo financiero supervisado.

Los clientes de los bancos ficticios los usan principalmente por motivos de anonimato y por las facilidades para ocultar el origen de los fondos y dirigirlos a otras instituciones financieras. Dicho de otro modo, es raro que el dinero depositado en un banco ficticio permanezca en él mucho tiempo. Por este motivo, otra medida que deberán adoptar los Estados parte es prohibir a sus instituciones financieras que establezcan relaciones con bancos ficticios en calidad de bancos corresponsales.

Los bancos corresponsales prestan servicios bancarios de un banco a otro. Representan un segmento importante del sector bancario, porque gracias a ellos los bancos situados en un Estado pueden realizar negocios y ofrecer servicios a sus clientes de otras jurisdicciones en que no tienen presencia real. Con la apertura de una cuenta corresponsal, el banco extranjero, llamado representado, puede obtener un gran número, o la totalidad, de los servicios ofrecidos por el banco corresponsal, sin tener que sufragar el costo de obtener una licencia o de establecer una presencia real en la jurisdicción correspondiente. En la actualidad, muchos de los grandes bancos internacionales situados en los principales centros financieros del mundo actúan de corresponsales de otros muchos bancos.

Los bancos corresponsales tienen aspectos vulnerables intrínsecos porque pueden no estar en situación de solicitar periódicamente información para determinar hasta qué punto sus clientes de bancos extranjeros permiten a otros bancos extranjeros usar sus cuentas, o respecto de la identidad de los titulares de los activos (véanse los epígrafes II.1 y II.2 *supra*) administrados a través de la cuenta corresponsal. Como sus clientes también son bancos, los bancos corresponsales dependen de que estos cumplan las prácticas normativas de lucha contra el blanqueo de dinero, fundamentalmente porque asegurarse de que los clientes extranjeros cumplen las normas es costoso y a menudo no es factible. Asimismo, como el titular de la cuenta corresponsal es el banco extranjero, el dinero canalizado a través de esa cuenta puede pertenecer a un gran número de clientes de bancos extranjeros.

Los Estados parte que apliquen las medidas recomendadas pueden estudiar la posibilidad de:

- Exigir a sus instituciones financieras que realicen evaluaciones de riesgo o la diligencia debida respecto de la gestión, las finanzas, las actividades empresariales, la reputación, el medio reglamentario y los procedimientos operativos del banco representado.
- Prohibir a sus instituciones financieras que entablen relaciones con bancos extranjeros en calidad de bancos corresponsales si, como resultado de los procedimientos de diligencia debida, surgen dudas de que haya bancos ficticios que tengan acceso a ellos.
- Exigir a sus instituciones financieras que obtengan y conserven copia de los reglamentos, las políticas y los procedimientos de lucha contra el blanqueo de dinero de los bancos representados.
- Exigir a sus instituciones financieras que informen de todas las relaciones corresponsales a las autoridades que conceden licencias.
- Abrir canales para el intercambio de información con supervisores y dependencias de inteligencia financiera extranjeros a fin de ayudar a sus instituciones financieras a verificar instituciones o casos específicos.

II.7 Sistemas de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes

En los párrafos 5 y 6 se recomienda a los Estados parte que establezcan sistemas de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes, incluida la titularidad de las cuentas en el extranjero. Esta cuestión también se aborda en el artículo 8.

Se alienta a los Estados parte que deseen aplicar esta recomendación a que tengan en cuenta la serie de cuestiones planteadas en el artículo 8. Éstas tratan, en primer lugar, del organismo que tiene autoridad para administrar y gestionar el sistema de divulgación y verificación de información (y de investigar infracciones y aplicar sanciones). En algunos Estados parte se ha recurrido a los organismos mencionados en los artículos 6 y 36 de la Convención; en otros, son las autoridades fiscales quienes gestionan y administran los sistemas pertinentes o, sino, organismos designados a tal efecto (como un comité en la legislatura). Algunos son de carácter consultivo, y otros tienen facultades jurídicas. Dada la diversidad de enfoques, el número de funcionarios públicos participantes, la información que se debe divulgar, la verificación y demás procedimientos, así como la aplicación de sanciones, los Estados parte pueden estudiar detenidamente la necesidad de adoptar un enfoque institucional inclusivo con acceso efectivo a la información pertinente, sólidos procedimientos de verificación, y los medios de garantizar un cumplimiento efectivo.

En segundo lugar, cuando estudien las personas a que se refiere el concepto de “funcionarios públicos pertinentes” los Estados parte pueden considerar no sólo la selección “por rango” sino también por “esferas de sensibilidad o vulnerabilidad”(véase el artículo 7). Así, si bien la mayoría de los Estados parte incluyen a los cargos electos, los nombramientos políticos (como ministros, secretarios y subsecretarios de Estado), los altos funcionarios públicos de carrera, los miembros del poder judicial y, en ocasiones, los altos mandos militares, los Estados parte también podrían considerar la posibilidad de incluir a los funcionarios que compren y gasten en nombre del Estado, como los departamentos de contratación pública o los gerentes de empresas estatales, así como esferas sensibles, como la fabricación de armas, los servicios financieros, etc. Además, muchos Estados parte también exigen a sus funcionarios públicos que revelen los intereses de su familia, a fin de evitar que se utilice a los familiares como titulares o vehículos del producto de la corrupción.

En tercer lugar, los Estados parte podrán examinar el tipo de información (y su grado de detalle) que habrá de requerirse en la declaración, y la frecuencia con que debe presentarse esa información. No sólo es muy recomendable que el sistema requiera una divulgación de información lo más amplia posible, sino también que permita la divulgación de toda información no solicitada (los funcionarios públicos no deberían poder mantener intereses cuando exista un conflicto de intereses definible y alegar después que no los identificaron porque no se les pidió que divulgaran esa información).

En cuarto lugar, se exige a los Estados parte que consideren la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes compartan la información obtenida mediante el sistema de divulgación de información con las autoridades competentes de otros Estados parte, si ello es necesario a fin de identificar, investigar, limitar, reclamar o recuperar el producto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Si bien el intercambio de información sensible con autoridades extranjeras depende de aspectos más generales del derecho internacional y de la política exterior, el intercambio administrativo de información a nivel mundial, como el sistema establecido entre las dependencias de inteligencia financiera, ha demostrado ser rápido y eficaz. La clave reside en alcanzar un equilibrio entre sólidas normas para preservar la confidencialidad cuando sea necesario y aplicar sanciones siempre que se incumpla su aplicación. Los acuerdos bilaterales o memorandos de entendimiento para el intercambio de información entre organismos de lucha contra la corrupción (o las dependencias de inteligencia financiera o cualquier otro organismo designado en virtud de los artículos 6 y 36) deberán adaptarse a la legislación en materia de privacidad, o si se trata de la divulgación de datos bancarios o fiscales, el secreto bancario, tendrán que ajustarse a la legislación sobre confidencialidad fiscal. Al elaborar esos acuerdos, se aconseja incluir canales oficiales para la transmisión de información no sólo cuando se solicite, sino también espontáneamente (véase el artículo 56), medida que mejorará notablemente el intercambio de información. Los Estados parte

deberán estudiar la manera de coordinar estas medidas cuando participen varios organismos nacionales.

II.8 Funcionarios públicos y cuentas en países extranjeros

Otra propuesta específica en materia de divulgación de información incluye, en primer lugar, los casos en que un funcionario público mantenga un interés personal en una cuenta en el extranjero y, en segundo lugar, el de un funcionario público que posea un poder, firma autorizada, o cualquier otra autoridad para representar los intereses financieros del Estado en otro Estado parte, como por ejemplo cuentas en el extranjero de empresas estatales, cuentas comerciales o de capacitación, cuentas de embajadas o representaciones diplomáticas, etc.

En el primer caso, se aplican las mismas normas que las dispuestas al establecer el sistema previsto en el párrafo 5. Es recomendable prestar especial atención al intercambio de información financiera con las autoridades extranjeras. En relación con el segundo caso, en el párrafo 6 se proporciona una poderosa herramienta para prevenir la malversación y el fraude de fondos públicos, así como el abuso de confianza y autoridad discrecional. Al aplicar esta disposición, los Estados parte pueden considerar la función de su auditoría estatal en la revisión de esas cuentas, y estudiar si el organismo que administra el sistema de divulgación de información adoptado en el párrafo 5 es la autoridad adecuada para revisar la información divulgada, y también en este caso, los fines y usos específicos a que se destinará a esa información.

Al igual que con todos los aspectos relativos a las sanciones por incumplimiento de la normativa en materia de divulgación de información, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de prever sanciones por incumplimiento de los requisitos del párrafo 6. Las sanciones deberán ser proporcionales a la infracción. Así, la aplicación de tales sanciones, como la imposición de una multa, pueden tener un efecto suficientemente disuasivo para ciertos funcionarios y en determinadas situaciones.

Por último, aunque el sistema puede comprender delitos penales relacionados con conflictos de intereses o sistemas de divulgación de información, los Estados parte tal vez deseen tener en cuenta también la inmunidad de que es probable que gocen determinados “funcionarios públicos pertinentes” respecto de la detención. En tales casos, se reserva el juicio por delitos penales si se descubre que el funcionario público mintió deliberadamente, hizo una declaración falsa en el formulario de divulgación de información, o declaró más de lo debido con la intención de no tener que explicar posteriores aumentos de activos (véanse los artículos 15 y 30 sobre la cuestión de las inmunidades).

Artículo 53: Medidas para la recuperación directa de bienes

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) *Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;*

b) *Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y*

c) *Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.*

I. Sinopsis

El artículo 53 está relacionado con la obligación de los Estados parte de velar por que en sus jurisdicciones otros Estados parte tengan capacidad jurídica para reclamar bienes sustraídos, entablar acciones civiles y otras medidas directas destinadas a recuperar bienes obtenidos ilegalmente y desviados. La propiedad previa y la indemnización o el resarcimiento por daños y perjuicios son varios motivos legales por los que el Estado parte perjudicado puede reclamar ante los tribunales del Estado parte al que se desvió el activo de que se trate, y a los Estados parte perjudicados se les deberá facultar para actuar como demandantes en las actuaciones civiles relativas a la propiedad, como parte resarcida por los daños causados por delitos penales o tercera parte que reclame los derechos de propiedad en todo procedimiento de decomiso civil o penal.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Garantía de capacidad jurídica

Los Estados parte deberán permitir a otros Estados entablar acciones civiles ante sus tribunales con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos directa o indirectamente mediante la comisión de los delitos de corrupción tipificados con arreglo a la Convención. Al aplicar esta disposición, los Estados parte pueden considerar dos posibles medidas.

En primer lugar, los Estados parte tal vez deseen sopesar sus actuales disposiciones respecto de la capacidad jurídica en sus jurisdicciones civiles y penales y el objetivo del apartado a) del artículo 53 a fin de determinar si se debe efectuar un examen o revisión. Algunas jurisdicciones deberán garantizar que los

Estados parte y sus representantes legales sean reconocidos, al igual que otras entidades y personas jurídicas extranjeras. En las jurisdicciones en que la capacidad jurídica y el acceso a los tribunales se basen en requisitos restrictivos, como la exigencia de pruebas del daño o la pérdida y una estrecha relación de causalidad entre ellas y la conducta denunciada, es aconsejable realizar una evaluación de las consecuencias de estas restricciones a los efectos de la aplicación del artículo. Cuando la pérdida o el daño respecto de un interés y causalidad indirectos se acepten como base de la capacidad jurídica, los Estados parte podrán facilitar el acceso de otros Estados parte a sus tribunales para reclamar la propiedad o la titularidad de bienes adquiridos no sólo a través de malversación de fondos, caso en que hay una relación directa, sino también mediante soborno (caso en que el Estado parte perjudicado tiene una relación menos directa) o cualquier otro delito de tipificación obligatoria prescrito en la Convención.

En segundo lugar, los Estados parte deberían revisar los criterios para acceder a los tribunales cuando el demandante sea otro Estado Parte. En muchas jurisdicciones, cuando un Estado parte participe en una acción civil como demandante, podrán plantearse problemas de índole jurisdiccional y de procedimiento. En lo que respecta a las cuestiones jurisdiccionales, algunos Estados consideran que los Estados parte extranjeros son una “categoría especial” de demandante y les conceden la jurisdicción original ante un tribunal más elevado que el de primera instancia. Los Estados parte pueden comprobar si estas condiciones no limitan derechos procesales, como el derecho a interponer recurso. Con respecto a las cuestiones de procedimiento relacionadas con la capacidad jurídica y el acceso a los tribunales, puede constituir un problema la necesidad de recurrir a asesoramiento letrado del país, en particular en el caso de los países menos adelantados y de muchos países en desarrollo, ya que los servicios jurídicos en estos ámbitos especializados tienden a ser muy caros y pueden ser de larga duración.

II.2 Indemnización por daños y perjuicios derivados de los delitos de corrupción

Se exige a los Estados parte que adopten las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado parte que haya resultado perjudicado por esos delitos (véanse también los artículos 34 y 35). Esta innovadora disposición se aparta del concepto de que el producto de la corrupción debe recuperarse únicamente sobre la base del decomiso y obliga a los Estados parte a permitir a sus tribunales que reconozcan el derecho de los Estados parte perjudicados a solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Los Estados parte que apliquen esta disposición pueden tener en cuenta varios aspectos. El primero se refiere a la necesidad de decidir el procedimiento que debe aplicarse. Hay dos grandes opciones:

Los Estados parte pueden solicitar al Estado parte perjudicado que presente una reclamación por daños y perjuicios con arreglo a la ley de responsabilidad extracontractual u otras doctrinas civiles.

Los Estados parte pueden permitir al tribunal penal que haya condenado al delincuente que establezca una indemnización como sanción complementaria al castigo principal. Esta opción puede ser más atractiva para los Estados parte que aplican sistemas de decomiso basados en el valor.

Varios Estados parte, por ejemplo los que son parte en el Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, ya han reconocido el derecho de las personas físicas y jurídicas a percibir indemnización por daños derivados de los actos de corrupción. Quizás estos Estados sólo tengan que añadir la capacidad de otro Estado parte en relación con dicho procedimiento. No obstante, en los Estados parte en que la reclamación por daños y perjuicios resultantes de actos de corrupción no sea un procedimiento establecido, puede ser necesario implantar un procedimiento específico que contemple los derechos del Estado parte perjudicado, la norma aplicable en materia de pruebas y los derechos de la defensa.

Desde un punto de vista de procedimiento, las reclamaciones civiles pueden basarse en los activos o en la responsabilidad extracontractual, según el origen de los bienes reclamados. En los casos de fraude y malversación de fondos públicos, el Estado demandante alegará legítima propiedad de los bienes en nombre de sus habitantes o de la hacienda pública. En los casos de soborno, tráfico de influencias y otros delitos en que los bienes reclamados sean de origen privado, se podrá basar la reclamación en el daño causado por los demandados o el derecho del Estado parte a solicitar la devolución de todo beneficio ilícito obtenido de la utilización o representación indebida de un cargo público, o de las facultades que conlleve ese cargo.

En relación con los tipos de daños que han de incluirse, los Estados parte decidirán si los Estados requirientes pueden reclamar sólo por daños materiales o también por lucro cesante y pérdidas no pecuniarias. El lucro cesante puede reconocerse cuando se demuestre que los ingresos o beneficios del Estado se redujeron como resultado del acto de corrupción. Los daños no materiales o pérdidas no pecuniarias guardan relación con los daños institucionales ocasionados por la corrupción. Una de las principales consecuencias de la corrupción es que socava gravemente la legitimidad del sistema institucional. No obstante, como esos daños son difíciles de cuantificar, la indemnización también podrá consistir en la contribución a programas institucionales, en crear capacidad para luchar contra la corrupción, etc. Por otra parte, las consecuencias de la corrupción también pueden incluir los daños indirectos provocados por el acto de corrupción, como los daños al medio ambiente causados por permitir obras de infraestructura sin los pertinentes estudios de impacto medioambiental, la contaminación de los recursos naturales, los daños a la salud de la población por permitir la eliminación de desechos tóxicos, y otros similares.

II.3 Reconocimiento de la propiedad en un procedimiento de decomiso extranjero

En virtud del artículo, los Estados parte deberán facultar a otros Estados parte para reclamar, en calidad de terceros en un procedimiento de decomiso, la propiedad de los bienes adquiridos a raíz de la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención. Es evidente que existe la posibilidad de que el Estado parte de que se trate no esté al corriente de la existencia de ningún procedimiento, como el relativo a una empresa acusada de soborno de un funcionario público extranjero en la jurisdicción de la primera. Los Estados parte deberán velar en todo momento por que se informe a los demás Estados en una etapa inicial, como se haría con otra víctima. Por lo tanto, los Estados parte deberían estudiar la posibilidad de informar al Estado parte de que se trate de su derecho a reivindicar y demostrar su reclamación, de conformidad asimismo con el artículo 56.

Artículo 54: Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso

1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado parte;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno; y

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

2. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca solicitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 de la presente Convención, de conformidad con su derecho interno:

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

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

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

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

I. Sinopsis

El artículo 54 constituye otro enfoque más avanzado orientado al objetivo general de la Convención de ayudar a los Estados a constituir un sólido sistema de recuperación de bienes. En virtud de lo dispuesto en él, y con objeto de superar los obstáculos que puedan dificultar la recuperación del producto del delito de corrupción, los Estados parte establecerán procedimientos para asegurar el decomiso del producto del delito de corrupción cometido en otro Estado parte, y adoptarán medidas cautelares con miras a facilitar los procedimientos de decomiso u otras medidas proactivas en previsión de tales solicitudes. Como puede ocurrir que el Estado o los Estados parte requirentes tengan tradiciones jurídicas muy diferentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 los Estados deberán estar en condiciones de cooperar a través de sus ordenamientos jurídicos.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Ejecución de una orden de decomiso extranjera

De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54, los Estados parte adoptarán procedimientos para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal extranjero. Habitualmente, estos procedimientos se llevan a cabo de dos formas. Las autoridades competentes del Estado parte requerido pueden reconocer y hacer cumplir esa orden de decomiso extranjera, o instruir nuevos procedimientos de acuerdo con su derecho interno y dictar una orden de embargo preventivo o incautación de conformidad con su derecho interno en nombre de otro Estado parte.

Al aplicar lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 54, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de que también se incluyan los bienes relacionados con la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención y no solo los que se hayan adquirido mediante la comisión del delito, ampliando así el alcance de la cooperación. Además, en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54, reconociendo que la mayoría de los Estados parte requerirá una decisión judicial para hacer cumplir una orden de decomiso dictada en el extranjero, se hace referencia a las “autoridades competentes”, dejando así a los Estados parte en libertad para establecer los procedimientos administrativos pertinentes a fin de hacer cumplir una resolución judicial extranjera.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que es muy probable que el Estado parte requerido exija que la resolución judicial dictada en el Estado parte requirente tenga carácter definitivo. La seguridad jurídica y los derechos de la defensa requerirán una resolución completa, con carácter de res judicata, no sujeta a apelación.

Si bien por lo general es preferible la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero a la instrucción de nuevos procedimientos de decomiso -una forma de remisión de los procedimientos penales- hay casos en que puede ser necesario instruir nuevos procedimientos para adaptar la solicitud al derecho interno del Estado parte requerido. Es común que se plantee la situación en que un Estado parte requiere la ejecución de una orden de decomiso dictada contra una persona jurídica en un Estado parte en que no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En tal caso será necesario un nuevo procedimiento para determinar contra qué personas se deberá hacer cumplir la orden.

Varios Estados han establecido procedimientos de decomiso que se llevan a cabo independientemente de los procedimientos para determinar la culpabilidad por el delito determinante. El propósito de esa separación de procedimientos de decomiso puede ir desde dar más tiempo a la fiscalía para que investigue el origen del producto del delito hasta aceptar un nivel de pruebas inferior con respecto a los orígenes de los bienes objeto de decomiso.

II.2 Decomiso del producto de corrupción extranjera basada en el blanqueo de dinero o delitos conexos

En la última década, el producto de varios delitos de corrupción importantes se ha recuperado trasladando los cargos relacionados con el blanqueo de dinero a la jurisdicción a la que se desvió el producto ilícito.

La Convención insiste en la aplicación de mecanismos de lucha contra el blanqueo de dinero para prevenir, rastrear, incautar, embargar y decomisar el producto de los delitos de corrupción (véanse los artículos 14, 23 y 52). En virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 52 las instituciones financieras deberán notificar las operaciones que sean sospechosas de estar relacionadas con el producto de delitos. Además, en virtud de lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 los Estados parte permitirán los procedimientos judiciales internos relacionados con delitos de blanqueo de dinero,

independientemente del lugar en que se hayan cometido esos delitos. Como complemento conforme al apartado b) del párrafo 1 del artículo 54, los Estados parte se asegurarán de que se decomise el producto de los delitos cometidos en el extranjero mediante procedimientos judiciales relacionados con el blanqueo de dinero.

II.3 Decomiso sin que medie condena penal

En el apartado c) del párrafo 1 del artículo 54 se recomienda a los Estados parte que adopten medidas para permitir el decomiso del producto de los delitos de corrupción cometidos en el extranjero y desviados a su jurisdicción, incluso cuando ni el Estado parte en que se cometió el delito supuesto o real ni el Estado parte en que estén los activos hayan logrado que se condene al infractor o infractores.

La aplicación de esta recomendación depende del carácter punitivo o de reparación que cada Estado parte atribuya al concepto de decomiso. Aunque hay Estados que consideran que el decomiso del producto del delito es una sanción exclusivamente punitiva, otros muchos Estados también lo consideran una sanción correctiva y reparadora que, en determinadas circunstancias, se aplica como remedio no penal.

La Convención recomienda, de minimis, que se garantice la adopción de medidas correctivas en aquellos casos en que no pueda obtenerse una condena penal por motivos de muerte, fuga o ausencia. En caso de muerte, como es un principio establecido que las sanciones penales no pueden transferirse a los herederos, los Estados parte pueden considerar el decomiso como medida correctiva o reparadora partiendo del supuesto de que la remisión o conversión no pueden modificar la ilegalidad de los bienes, ni el derecho a su reclamación por parte del Estado parte perjudicado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha establecido los criterios que definen el decomiso como solución jurídica penal o civil (Comisión Europea de Derechos Humanos, Núm. 12386/1986, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Phillips contra el Reino Unido, Núm. 41087/1998). A diferencia del decomiso en los procedimientos penales, la legislación sobre decomiso civil no requiere demostrar el origen ilícito “más allá de toda duda razonable”. En vez de ello, consideran las pruebas sobre la base de un cálculo de probabilidades, o exigen una alta probabilidad de origen ilícito en combinación con la incapacidad del titular de probar lo contrario.

II.4 Medidas cautelares para el eventual decomiso de bienes

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 54, los Estados parte harán lo necesario para que sus autoridades competentes puedan adoptar medidas cautelares (o transitorias) a petición de otro Estado parte con miras a ejecutar órdenes de embargo preventivo o decomiso. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 54 se reconoce que las órdenes extranjeras de embargo preventivo o incautación pueden ser dictadas por autoridades competentes que no sean los

tribunales. Sin embargo, los Estados parte no deberán exigir la ejecución o el reconocimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por una autoridad que no tenga competencia en materia penal (véase, a efectos de comparación, la nota interpretativa sobre el apartado a) del párrafo 2 del artículo 54, y A/58/422/Add.1, párrafo 61).

Mientras que los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 54 se centran en el embargo preventivo y la incautación como medidas cautelares necesarias, en el apartado c) se recomienda encarecidamente la adopción de otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo, sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes y que podría dar lugar a procedimientos de decomiso. Por ejemplo, todos los procedimientos penales prevén medidas que no sean el embargo preventivo y el decomiso, como la incautación, los mandamientos judiciales, los autos restrictivos y la supervisión de empresas o cuentas, con objeto de imponer restricciones transitorias a la enajenación, utilización y al disfrute de los bienes. Los Estados parte que deseen aplicar esta recomendación pueden considerar la posibilidad de ampliar el uso de esas medidas a la etapa inicial en que los Estados parte obtienen información sobre una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes (véase el artículo 56).

Para más información sobre el artículo 55 de la Convención, y para un análisis de su contenido y estructura, así como de los requisitos que en él se establecen, véase el capítulo pertinente de la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Artículo 56: Cooperación especial

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

I. Sinopsis

El artículo 56 constituye un avance en la esfera de la cooperación internacional que tradicionalmente se ha basado en el principio de proporcionar información o asistencia únicamente a petición de otro Estado parte. La Convención introduce el concepto de cooperación espontánea, apoyando de este modo la adopción de un enfoque dinámico con grandes posibilidades, sobre todo en el contexto de las actuales transacciones financieras, que se llevan a cabo con gran rapidez. Conforme al artículo 56, se alienta a los Estados parte a que informen de manera activa a otros Estados parte cuando consideren que esa información puede ayudar a poner en marcha o llevar a cabo investigaciones o actuaciones judiciales.

II. Problemas prácticos y soluciones

Con objeto de aplicar el artículo 56, los Estados parte pueden considerar la posibilidad de incluir en su legislación interna disposiciones relativas a la cooperación activa para que sus autoridades competentes puedan remitir las autoridades de otros Estados parte información que consideren de interés. No obstante, se deja a discreción de los Estados determinar la manera de remitir esa información. Con todo, en vista de la viabilidad de las disposiciones parecería conveniente optar por canales directos de comunicación de manera que las autoridades pertinentes puedan proporcionar la información directamente a sus respectivos organismos homólogos. Esta información podrá tratar, en particular, de las operaciones sospechosas, las actividades de las personas políticamente expuestas, o de casos en que un funcionario público tenga un poder, firma autorizada, o cualquier otro tipo de autoridad para representar los intereses financieros del Estado en otro Estado parte y los pagos poco habituales por parte de entidades jurídicas.

Los Estados parte tal vez deseen utilizar los marcos existentes para intercambiar información. Un ejemplo de foro de comunicación puede ser el Grupo Egmont. Su labor consiste en fomentar la creación de dependencias de inteligencia financiera y el intercambio de información. Estas dependencias intercambian información entre ellas sobre la base de la reciprocidad o de mutuo

acuerdo y en consonancia con los procedimientos establecidos. Gracias a esos intercambios se obtiene, previa solicitud o espontáneamente información que puede ser útil para el análisis o la investigación de operaciones financieras y otros datos pertinentes y sobre las personas o empresas involucradas. El intercambio de información entre estas dependencias se efectúa de la manera más informal y rápida posible, sin demasiados requisitos formales, garantizando al mismo tiempo la protección de la privacidad y la confidencialidad de los datos objeto de intercambio. El intercambio de información entre las dependencias del Grupo Egmont deberá efectuarse de forma segura. A tal efecto, las dependencias usarán, si procede, la Web Segura Egmont (ESW).

Para más información sobre el artículo 57 de la Convención, y para un análisis de su contenido y estructura, así como de los requisitos que en él se establecen, véase el capítulo pertinente de la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Artículo 58: Dependencia de inteligencia financiera

Los Estados parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

I. Sinopsis

En el artículo 58 se alienta a los Estados parte a que establezcan dependencias de inteligencia financiera a fin de aumentar la eficacia de la cooperación para la recuperación de bienes.

Desde la década de 1990 se han establecido dependencias de inteligencia financiera en más de 110 países con objeto de prevenir el blanqueo de dinero y luchar contra el mismo en calidad de organismos nacionales centrales encargados de recibir (y, si pueden, solicitar), compartir, analizar y difundir a las autoridades competentes información financiera sobre el producto del delito sospechoso y la posible financiación de terrorismo, o la exigida por la legislación o la reglamentación nacional para combatir el blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo. El Grupo Egmont es una organización informal cuya misión es facilitar la labor de las dependencias. Entre sus prioridades figuran fomentar los intercambios de información y superar los obstáculos que impiden intercambiar información a nivel transfronterizo.

II. Problemas prácticos y soluciones

II.1 Funciones de las dependencias de inteligencia financiera

Las dependencias de inteligencia financiera desempeñan por lo general tres funciones básicas. En primer lugar, funcionan como un depositario para centralizar la información sobre blanqueo de dinero, en general procedente de instituciones financieras y otros intermediarios, y ejercen un importante control operacional en relación con el uso y la difusión de esa información. En segundo lugar, llevan a cabo una “función de análisis” consistente en procesar la información que reciben y agregar datos útiles sobre la operación notificada. Esta información se obtiene por lo general a partir de los propios datos de las dependencias, así como de otras bases de datos gubernamentales a las que las dependencias tienen acceso, las fuentes del dominio público, entidades que proporcionan datos adicionales y dependencias de inteligencia financiera extranjeras. Parte de la función de análisis puede incluir la realización de actividades de investigación con un análisis estratégico y/o estadístico que se compartiría con otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en relación, por ejemplo, con el desarrollo de nuevas tendencias o tipologías de blanqueo de

dinero, el levantamiento de mapas en que se indicarían las actividades financieras delictivas en amplias zonas geográficas y el establecimiento de vínculos internacionales que no son evidentes en las actividades de investigación iniciales. En tercer lugar, las dependencias sirven para facilitar, de manera activa y reactiva, el intercambio de información sobre operaciones financieras poco frecuentes o sospechosas entre dependencias extranjeras y organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, regulatorios o judiciales.

En determinados casos, las dependencias pueden encargarse también de supervisar las instituciones financieras o las empresas no financieras y las profesiones liberales o todas ellas. En tales casos, se podría autorizar a las dependencias a imponer sanciones a entidades o personas que hayan incumplido sus obligaciones respecto de la notificación o el mantenimiento de registros (por ejemplo, multas, suspensiones o cancelaciones de licencias). Algunas dependencias también pueden promulgar reglamentos relativos a la aplicación de la legislación contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Según el modelo de dependencia que escojan los Estados parte (véase *infra*), las dependencias pueden encargarse de determinadas investigaciones preliminares sobre el blanqueo de dinero o de la cooperación con las autoridades judiciales a fin de identificar posibles bienes que deban ser objeto de embargo preventivo, incautación o decomiso, o de las actividades financieras del presunto delincuente o de sus cómplices. En algunos casos, las dependencias pueden inmovilizar los bienes como medida cautelar mientras se lleva a cabo la investigación.

También podrán proporcionar asesoramiento y capacitación al personal de las instituciones financieras y a las empresas no financieras o las profesiones liberales en materia de normativas relacionadas con el blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo, a nivel nacional, regional e internacional.

Al establecer una dependencia, los Estados parte pueden tener en cuenta varios modelos, según sus marcos jurídicos y sus características económicas, por ejemplo:

- el modelo administrativo que depende de una autoridad reguladora o supervisora, como el banco central o el ministerio de finanzas, o una autoridad administrativa independiente;
- el modelo de dependencia que se encarga de hacer cumplir la ley;
- el modelo de dependencia judicial o fiscal, en cuyo caso el organismo depende de una autoridad judicial o del ministerio público; o
- el modelo híbrido, que es una combinación de los anteriores.

No obstante, en todos los casos la independencia del organismo será un elemento primordial, que podrá garantizarse de varias formas. En determinadas situaciones puede lograrse creando una dependencia que sea un organismo separado con un presupuesto protegido y personal cualificado y suficiente, o asegurando que sus recursos y sus actividades no las dirija otro organismo que

pueda influir en su eficacia o aprovechar sus funciones y su información de forma inadecuada. Sin embargo, esa independencia debería ir acompañada de mecanismos de supervisión y de responsabilidad apropiados como el control de las posibles injerencias o de la utilización de datos, las notificaciones parlamentarias, las auditorías, y/o la supervisión judicial.

II.2 Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias administrativas

Las dependencias de tipo administrativo pueden ser organismos públicos o privados (con funciones definidas por ley) que funcionan como entidades separadas bajo la supervisión de un ministerio u organismo administrativo, o exentas de supervisión (independientes). Al establecer una autoridad administrativa como una "entidad intermedia" entre la institución financiera y otros sectores informantes y encargados de hacer cumplir la ley, las autoridades pueden obtener de forma más fácil la cooperación de las instituciones informantes, que a menudo son conscientes de los inconvenientes que representan para sus clientes los vínculos institucionalizados directos que tienen con los organismos encargados de hacer cumplir la ley. Las ventajas de las dependencias de tipo administrativo son que con frecuencia actúan de interfaz entre los sectores financieros y otros sectores sujetos a la obligación de informar, por un lado, y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, por el otro. Esto evita que se creen vínculos institucionales directos entre las partes informantes y los organismos encargados de hacer cumplir la ley y, al mismo tiempo, se consigue señalar a la atención de los organismos encargados de hacer cumplir la ley la información divulgada. Así se contribuye a que las instituciones financieras y otras tengan más confianza en lo tocante a divulgar información si saben que su difusión se limita a los casos de blanqueo de dinero o corrupción o financiación de terrorismo, y se basa en el propio análisis de la dependencia y no en la limitada información de la institución que informa. Las dependencias de tipo administrativo suelen ser consideradas interlocutores "neutros", técnicos y especializados por las partes que informan; si forman parte de un organismo regulador, serán el interlocutor natural de las instituciones financieras. Esas dependencias pueden intercambiar información fácilmente con todo tipo de dependencias.

En cambio, como las dependencias no forman parte de la administración encargada de hacer cumplir la ley, puede demorarse la aplicación de medidas de aplicación de la ley, como el embargo preventivo de una operación sospechosa o la detención de un sospechoso, sobre la base de la divulgación de información financiera. Las dependencias no suelen tener la misma gama de facultades jurídicas que los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las autoridades judiciales en materia de obtención de pruebas, como la emisión de órdenes de registro, la interceptación de comunicaciones o la citación de testigos. Sin embargo, algunas pueden aplicar sanciones normativas, entre otras, o estar facultadas para solicitar a otras entidades públicas o privadas la presentación de

pruebas documentales. Las dependencias de tipo administrativo pueden estar más sujetas a la supervisión directa de las autoridades políticas.

II.3 Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias encargadas de hacer cumplir la ley

En algunos Estados Parte, la insistencia en los aspectos de las dependencias relativos a la aplicación de la ley ha llevado a establecer dependencias como organismos públicos independientes o como parte de un organismo encargado de hacer cumplir la ley. Se ha considerado que esta era la forma más sencilla de establecer un organismo con competencias adecuadas en materia de aplicación de la ley sin tener que instituir una nueva entidad dentro de un nuevo marco jurídico y administrativo. Desde un punto de vista operacional, en virtud de este arreglo, las dependencias serán próximas a otras dependencias encargadas de hacer cumplir la ley, como las de lucha contra los delitos financieros en otros organismos, y se beneficiarán de su experiencia y sus fuentes de información. A cambio, los organismos encargados de hacer cumplir la ley tendrán un acceso más fácil a la información recabada por las dependencias y podrán utilizarla en cualquier investigación, aumentando así su utilidad. También es posible que los intercambios de información se agilicen gracias al uso de las redes existentes de intercambio de información penal a escala nacional e internacional.

Las ventajas de las dependencias encargadas de hacer cumplir la ley son las siguientes:

- Están basadas en una infraestructura existente, por lo que no hay necesidad de establecer un nuevo organismo.
- La información financiera divulgada puede ser de la máxima utilidad para hacer cumplir la ley.
- Las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley pueden reaccionar rápidamente ante indicios de blanqueo de dinero y otros delitos.
- La información puede transmitirse a través de un gran número de redes nacionales, regionales e internacionales de intercambio de información penal.
- La experiencia y los conocimientos compartidos en materia de aplicación de la ley permiten trasladar e intercambiar personal, y asignarlo a equipos o grupos de trabajo.
- El acceso a la información sobre inteligencia penal y a la comunidad de inteligencia es relativamente sencillo.

Las dependencias encargadas de hacer cumplir la ley suelen tener todas las competencias del propio organismo encargado de hacer cumplir la ley, sin necesidad de facultades distintas y específicas autorizadas por ley. Esas competencias incluyen la facultad de acceder a cuentas, supervisar operaciones e incautar bienes (con el mismo grado de supervisión judicial que se aplica a otras facultades de aplicación de la ley en el Estado parte).

Las desventajas son las siguientes:

- Este tipo de dependencia tiende a centrarse más en las investigaciones que en las medidas analíticas o de prevención.
- Los organismos encargados de hacer cumplir la ley no son un interlocutor natural para las instituciones financieras; debe fomentarse la confianza mutua, lo que puede llevar tiempo, y estos organismos pueden no tener los conocimientos financieros necesarios para entablar ese diálogo o no darse cuenta del valor de informar periódicamente a las instituciones financieras.
- Obtener acceso a los datos de las instituciones financieras (aparte de los relativos a las transacciones notificadas) suele requerir poner en marcha una investigación formal u obtener autorización judicial.
- Las instituciones informantes pueden ser reacias a divulgar información a los servicios de aplicación de la ley si saben que esa información puede usarse para investigar un delito (no sólo blanqueo de dinero y delitos de corrupción).
- Las instituciones informantes pueden ser reacias a divulgar información a los servicios de aplicación de la ley sobre transacciones que sólo son “sospechosas”.

II.4 Modelos de dependencias de inteligencia financiera: las dependencias judiciales o fiscales

Este tipo de dependencia suele establecerse como parte del poder judicial y la mayoría de las veces depende del ministerio público. Este arreglo tiene lugar habitualmente en los Estados parte con tradición jurídica continental, en que el ministerio público es miembro de la judicatura y tiene autoridad sobre los órganos de investigación.

Las dependencias de tipo judicial o fiscal pueden funcionar bien en los Estados parte en que la legislación sobre el secreto bancario es tan sólida que se necesita un vínculo directo con las autoridades judiciales o con los fiscales para asegurar la cooperación de las instituciones financieras.

Las ventajas de las dependencias de tipo judicial o fiscal son las siguientes:

- Suelen tener un alto grado de independencia.
- La información divulgada se proporciona directamente al organismo facultado para investigar o juzgar el delito.
- Las facultades y la experiencia de la judicatura y de los fiscales (por ejemplo, la incautación de fondos, el embargo preventivo de cuentas, la realización de interrogatorios, la detención de personas y la realización de registros) se llevan a la práctica inmediatamente.

Las desventajas de este tipo de dependencia son, por lo general, las mismas que las dependencias encargadas de hacer cumplir la ley, a excepción de la reticencia a divulgar información sobre la base de una “sospecha”.

II.5 Modelos de dependencias de inteligencia financiera: dependencias de tipo híbrido

Esta última categoría abarca las dependencias en que se combinan diferentes elementos de los arreglos descritos en las otras tres categorías. Con este tipo de dependencia híbrida se procura reunir en una misma organización las ventajas de los diferentes tipos de dependencias. Algunas reúnen las características de las de tipo administrativo y de las encargadas de hacer cumplir la ley, y otras tienen las competencias de una agencia de aduanas junto con las de la policía. Cabe señalar que en algunas dependencias trabaja personal de varios organismos regulatorios y encargados de hacer cumplir la ley, que no deja de ejercer las competencias de su propio organismo, a fin de facilitar el intercambio de información y las sinergias.

Artículo 59: Acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales

Los Estados parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada de conformidad con el presente capítulo de la Convención.

I. Sinopsis

El artículo 59 constituye una sólida propuesta a los Estados parte para que celebren tratados bilaterales o multilaterales teniendo presente el principio general establecido en el artículo 51 para fortalecer la restitución de bienes obtenidos mediante delitos tipificados con arreglo a la Convención.

II. Problemas prácticos y soluciones

Los Estados parte que ya hayan promulgado legislación nacional para aplicar acuerdos multilaterales o regionales con disposiciones relativas a la restitución de bienes podrán revisar esas disposiciones con el fin de introducir enmiendas de conformidad con el capítulo V de la Convención. Podrá realizarse un ejercicio similar con respecto a los acuerdos bilaterales, a los que los Estados parte signatarios pueden considerar la posibilidad de añadir un protocolo adicional. La revisión debería llevarse a cabo con carácter prioritario, comprendiendo en primer lugar a los Estados parte con los que sea probable que se entablen relaciones de asistencia judicial recíproca en el ámbito de la restitución de bienes, y a aquellos ordenamientos jurídicos puedan plantear

dificultades técnicas para la cooperación que puedan superarse con un tratado bilateral.

Los acuerdos pueden consistir en compromisos de los Estados parte sobre la forma de aplicar las disposiciones del capítulo V, o ir más allá de sus obligaciones respecto de ese capítulo y aplicar las recomendaciones en condiciones de reciprocidad. También pueden establecer ciertos límites en relación con el uso de la información, como los principios de confidencialidad y especialidad en el marco de la aplicación del artículo 56 sobre cooperación especial, o el artículo 58 relativo a la cooperación entre dependencias de inteligencia financiera. En los casos en que el uso de la información se restrinja al principio de especialidad, los Estados parte que proporcionen la información pueden considerar la posibilidad de autorizar que se utilice para otros fines, si así lo solicita el Estado parte beneficiario.

Otras cláusulas cuya inclusión en tratados bilaterales o multilaterales pueden considerar los Estados parte de acuerdo con sus principios jurídicos internos son las que establecen procedimientos formales e informales para intercambiar información o para tramitar las solicitudes de asistencia jurídica recíproca, la aplicación de medios modernos de comunicación con salvaguardias adecuadas respecto del origen y el contenido de la información, y la identificación de notificaciones previas simultáneas a organismos judiciales u otros organismos autorizados que tengan responsabilidades específicas en la materia objeto de la solicitud de asistencia judicial recíproca, sin perjuicio de las comunicaciones formales a una autoridad central por vía diplomática.

Para un conocimiento más amplio de acuerdos bilaterales y multilaterales concretos, y las legislaciones internas aplicables, las organizaciones regionales o internacionales y los Estados parte pueden considerar la posibilidad de publicar estas disposiciones legales en un sitio web fácil de usar destinado a los ciudadanos. En cualquier caso, conforme al artículo 55 todos los Estados parte enviarán a las Naciones Unidas copia de todos los tratados y acuerdos pertinentes.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org