

La recuperación de activos robados: Un principio fundamental de la Convención de la ONU contra la corrupción

Pese a los cientos de miles de millones de dólares en ayuda humanitaria, las Naciones Unidas determinó en 2004 que 54 países eran en efecto más pobres que 15 años atrás. La mayoría de analistas ahora coincide con el hallazgo del Banco Mundial de que la corrupción ha sido “el obstáculo número uno al desarrollo económico y social.” Con miras a enfrentar este problema, 80 países han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés), un documento de alcance y aplicación inéditos. La Convención contiene 71 artículos que abordan numerosas herramientas para combatir la corrupción, tales como códigos de conducta, mayor escrutinio bancario de “individuos susceptibles por su calibre político” y medidas para abatir el blanqueo de dinero. No obstante, la “recuperación de activos” ha sido señalada como un “principio fundamental de esta Convención”. En este informe se examina por qué es tan esencial recuperar los activos, los obstáculos que se anteponen a la recuperación de fondos robados, y las medidas que pueden tomar los donantes para mejorar la situación.

Alcance del problema

La corrupción impacta todos los aspectos del diario vivir, desde el acceso a agua potable y aire puro, a la expectativa de vida, nivel de pobreza y la seguridad personal frente al crimen y el terrorismo. Aún así, no existen estándares universalmente aceptados para medir la corrupción. Lo que sí queda aceptado por convenio general es que las cifras son alarmantes:

- El Banco Mundial estima que más de \$1 trillón es pagado en sobornos cada año. Esta cifra ni siquiera incluye los fondos públicos que han sido objeto de desfalcos y saqueos por parte de altos funcionarios gubernamentales.
- Transparency International calcula que Suharto, antiguo líder de Indonesia, desfalcó entre \$15-35 mil millones de su país, al tiempo que se presume que Ferdinand Marcos de las Filipinas, Mobutu de Zaire y Abacha de Nigeria cometieron desfalcos por valor de hasta \$5 mil millones cada uno.

- Un estudio de la UNODC realizado en 2002 estimó que cada año se blanquea ilegítimamente entre \$600 mil millones y \$1,8 trillones a nivel mundial, y una considerable porción de esa cantidad se deriva de la corrupción.
- En informes de prensa provenientes de Chile se comunicó el descubrimiento en 2006 de 10 toneladas de oro guardado en un banco de Hong Kong a nombre del ex dictador de Chile, Augusto Pinochet.
- Tras el tsunami de 2004, se aseguró más de \$7 mil millones en ayuda para las zonas devastadas, pero el flujo de dicho dinero se vio truncado ante inquietudes de corrupción. En la provincia de Aceh en Indonesia, el grupo anticorrupción Gerakan Anti-Korupsi estima que del 30 al 40 por ciento del dinero de ayuda al tsunami fue robado. Otros estiman que un cuarto de los 50.000 hogares construidos para las víctimas ya están en proceso de colapso y tendrán que reconstruirse porque el 70% de la madera usada no cumplía con los requisitos de construcción, ni duraba más de 12 meses.
- Un informe elaborado en 2004 por la Unión Africana alega que África pierde aproximadamente \$148 mil millones al año debido a las prácticas corruptas, cifra que representa el 25% del producto interno bruto del Continente.

La cantidad de dinero extorsionada y robada cada año de países en desarrollo es 10 veces mayor a los aproximadamente \$100 mil millones que ofrecen los gobiernos y organizaciones civiles a escala mundial por concepto de asistencia extranjera. Poco sorprende que tantos países se rezaguen y los donantes pierdan interés. Sin embargo, ya se puede distinguir la solución a este dilema. Tal vez el Banco Mundial lo



Elaborado para U4 por
Jack Smith, Mark Pieth y
Guillermo Jorge del
Basel Institute on
Governance, International
Centre for Asset Recovery
www.baselgovernance.org/icar/

Descargue este informe y encuentre mayor información sobre la UNCAC para especialistas en desarrollo en (en inglés) www.U4.no/themes/uncac/

haya articulado mejor, “los países que atajan la corrupción y mejoran su estado de derecho pueden cuadruplicar el ingreso nacional a largo plazo, y la mortalidad infantil puede verse reducida en hasta un 75%.” Ningún otro proyecto de asistencia es tan beneficioso para los países en desarrollo.

Obstáculos a superar

La UNCAC aborda la infinidad de acciones necesarias para establecer un enfoque global efectivo contra la corrupción. En cuanto a la recuperación de activos, los problemas principales han sido la disposición política y la sencillez de los giros electrónicos instantáneos y transnacionales de cuantiosas sumas de dinero dentro del contexto de una economía globalizada compuesta por 193 países. Los países víctimas de corrupción gubernamental a menudo se ven contrariados por el hecho de que individuos todavía en el poder son los autores o beneficiarios del acto corrupto, mientras que los países que reciben los fondos robados en ocasiones se muestran reacios a actuar en contra de grupos influyentes como lo son los bancos. En los casos en que existe voluntad política, los intereses de soberanía y un mosaico de requisitos jurídicos dispares han amparado con un manto protector las actividades de burócratas corruptos y blanqueadores de dinero de todo tipo de calaña.

Los gobiernos suelen avanzar a paso lento, y en gran parte demuestran ser inefectivos a la hora de atender delitos que involucran activos escondidos en suelo extranjero. Se han registrado grandes éxitos en un puñado de casos de peso contra cleptócratas atrapados en un cambio de régimen, pero aun se divisa el gran reto de sistematizar los procedimientos para los miles de casos relacionados con activos escondidos que oscilan entre \$100.000 y \$5 millones de dólares. Existen soluciones, pero éstas exigen una mayor coordinación y acción por parte de los países en desarrollo que han sido víctimas de la corrupción, los países desarrollados que reciben fondos robados, y la comunidad de donantes.

Países víctimas

Adquisición de pericia

La recuperación de activos que han cruzado fronteras nacionales no es nada nuevo. Todos los países lo han hecho de forma esporádica por generaciones. Sin embargo, no fue sino hasta estos últimos años que los Estados han comenzado a contemplar las posibilidades que ofrece una mayor sistematización de las medidas de recuperación de activos transnacionales. Por tanto, no existe un gran número de profesionales con experiencia sustancial en esta área, ni dentro ni fuera del gobierno. Una medida de recuperación de activos es uno de los proyectos más complejos en la rama del derecho, y a menudo entraña que los investigadores financieros rastreen fondos, que los contables forenses eluciden transacciones complejas y que los abogados estén capacitados en el litigio multidisciplinario y multijurisdiccional.

La mayoría de funcionarios públicos en países víctimas nunca ha recibido capacitación en estas complejidades. El dinero blanqueado por lo general migra a países con grandes centros financieros donde las leyes tienden a ser más restrictivas y complejas, con mayores estándares probatorios y procesales que en los países víctimas. La incapacidad de cumplir con los estándares del Estado solicitado ha frustrado muchos intentos por recuperar activos.

Consiguientemente, resulta esencial que los países víctimas adquieran experiencia en el campo de la recuperación de activos y que se familiaricen con los requisitos y especialistas de los países con centros financieros a fin de tener un exitoso desenlace en esta área. Existe un número creciente de recursos disponibles para ayudar a adquirir la pericia necesaria:

- La UNODC ha publicado la “Mutual Legal Assistance Request Writer Tool”, una aplicación de Internet gratuita: <http://www.unodc.org/mla/fr/index.html>
- El G8 ha formado “equipos de respuesta acelerada” compuestos por expertos en asistencia legal mutua relacionada a la incautación. Estos serán desplegados a petición de los estados víctimas cuyos fondos han sido ocultados en el extranjero, así como grupos de trabajo de coordinación de casos para asuntos específicos.
- El Banco Mundial y varios países con centros financieros brindarán capacitación ad hoc a los países en desarrollo, previa solicitud.
- La Millennium Challenge Corporation en Washington, D.C. ofrece becas para países certificados orientadas a la lucha anticorrupción, las cuales pueden incluir financiamiento para la capacitación de investigadores, abogados y jueces en técnicas de recuperación de activos.
- El *Basel Institute on Governance* creó el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés) a efectos de capacitar a países en desarrollo en la recuperación de activos, ayudar con el seguimiento y brindar asistencia práctica en casos complejos.

Financiamiento y supervisión de las medidas de recuperación de activos

La recuperación de activos es una empresa costosa y requiere una gran inversión de tiempo. Exige la intervención de abogados, contables forenses, opiniones expertas, traductores, gastos de viaje, etc. Las firmas de abogados privadas suelen ser útiles en el rastreo y recuperación de activos en el extranjero, como en el proceso de las Filipinas contra Ferdinand Marcos y de Nigeria contra el patrimonio de Sani Abacha. Dichas firmas son costosas, con honorarios entre \$200 y \$600 por hora. Los infractores sin duda alguna no escatiman en gastos con tal de poder conservar sus ganancias clandestinas. Como lo dijera el Don de la Mafia Gaspare Motolo, “la gente prefiere estar tras las rejas y conservar el dinero a ser libre y haberlo perdido”. Algunos países víctimas han invertido significativas sumas sin obtener otro resultado que la atribución de culpa por parte de sus nacionales, y muchos otros han manifestado aprehensión a emprender una costosa batalla de recuperación de activos cuando los resultados son inciertos.

La otra cara de la moneda es que, con el tiempo, los programas de recuperación de activos pueden ser tremendamente rentables. Nigeria recuperó más de \$700 millones del dinero hurtado por Abacha, y más de \$600 millones fueron devueltos a las Filipinas -producto del saqueo perpetrado por Marcos-. A lo largo de un periodo de 15 años Estados Unidos recuperó más de \$6 mil millones

perdidos en casos asociados a la conducta inapropiada que contribuyera a la crisis de ahorros y préstamos de la década de 1980 y 1990. Estos casos costaron menos de \$1,5 mil millones, produciendo un rendimiento del 425%.

Los países víctimas pueden tomar varias medidas para limitar sus gastos y aumentar la probabilidad de una recuperación sustancial de activos:

- En la UNCAC abundan las disposiciones que pueden servir de ayuda en esta área, incluido el artículo 31 (en lo sucesivo, “Artículo” o “Art.” designa las disposiciones de la UNCAC) sobre el congelamiento, incautación y confiscación de activos ilícitos.
- El G8, la UNODC, el ICAR y otras organizaciones pueden prestar asistencia técnica y apoyo en la planificación estratégica y gestión de casos. Un caso manejado de manera profesional frecuentemente hace la diferencia entre una copiosa recuperación y una que cuesta más de lo que se recobra.
- Las gestiones de iguala pueden reducir el riesgo y el gasto. Sin embargo, no son permitidas en algunas jurisdicciones (Suiza). Asimismo, algunos países disminuyen sus posibilidades de éxito al restringir la contratación de asesoría externa para los casos gubernamentales, recurriendo en su defecto a abogados de plantilla que no se especializan en litigios de recuperación de activos. Ambas restricciones deben ser modificadas al tratarse de casos de corrupción públicos.
- Ciertas firmas aceptan casos de relevancia sin cargo alguno.

Iniciar la coordinación con presteza

Los países víctimas pueden ahorrarse muchos pasos en falso, así como la gran demora en la toma de medidas pertinentes iniciando de forma temprana la comunicación y coordinación con los funcionarios de los países beneficiarios correspondientes. En particular, a partir de la promulgación de la UNCAC los centros financieros deben ser más útiles que en tiempos anteriores a la hora de navegar los requisitos de recuperación de activos en su país.

Simplificar las medidas penales

La mayoría de casos de corrupción suponen numerosas violaciones de la ley, tanto significativas como pequeñas. Los países víctimas deben perfeccionar sus medidas centrándose en las mayores pérdidas con las mejores posibilidades de éxito y descartando muchos reclamos atractivos pero poco rentables. En muchos países en desarrollo, los funcionarios gubernamentales son los ciudadanos más pudientes aunque su sueldo oficial sea bastante modesto. Los funcionarios públicos deben acatar los más altos estándares del país. Se invierte demasiado tiempo y recursos tratando de demostrar la ilegalidad de la riqueza no contabilizada de funcionarios gubernamentales. Las siguientes modificaciones de leyes comenzarán a rectificar la situación rápidamente:

Exigir que los funcionarios públicos observen códigos de conducta y presenten declaraciones de ingresos al entrar al servicio público y cada año de allí en adelante (Art. 8), revisar periódicamente dichas declaraciones y castigar bajo ley penal la emisión de declaraciones falsas.

Legislar que toda riqueza no contabilizada de funcionarios públicos sea sujeta a penalidades e incautación (Art. 20),

que los profesionales que ayudan y secundan a funcionarios a encubrir el fruto de la corrupción sean sujetos a sanciones civiles y penales, y que se concedan recompensas de entre el 10 y 20% por información que conduzca a la recuperación de activos.

Establecer vías no penales para la recuperación de activos

Típicamente, las jurisdicciones sólo permiten la confiscación de activos sobre la base de la condena penal. En muchos casos, no obstante, no es posible obtener una condena penal. Puede que los líderes corruptos se hayan protegido a base de abusos jurídicos tales como enmiendas constitucionales, creando así una inmunidad de por vida (p. ej. el estatus de “senador vitalicio” de Pinochet). Por otro lado, puede que el acusado muera (Abacha) o huya (Fujimori), o que las pruebas no abarquen los requerimientos específicos del crimen relacionado a los activos en cuestión, o que sencillamente no satisfagan el estándar de prueba penal. Para dichas situaciones, los países deben promulgar leyes que permitan la incautación de la propiedad robada en sí (Confiscación In Rem). Estas leyes existen en Sudáfrica y Estados Unidos, y lo único que exigen es la prueba del nexo entre la propiedad sujeta a confiscación y la conducta penal.

El Artículo 54(1)(c) de la UNCAC recomienda que los estados parte establezcan sistemas no penales de confiscación, los cuales comportan varias ventajas para las iniciativas de recuperación de activos: el estándar de prueba es más bajo (“preponderancia de la prueba” en lugar de “sin lugar a ninguna duda razonable”); no están sujetos a las salvaguardas tradicionales más restrictivas de cooperación internacional tales como: la ofensa que se le imputa al acusado tiene que estar tipificada como delito en el estado beneficiario (penalidad doble); y abre más vías formales para la negociación y resoluciones. Esto ya se puso en práctica en algunas jurisdicciones tales como EE.UU., Irlanda, el Reino Unido, Italia, Colombia, Eslovenia y Sudáfrica, así como algunos estados australianos y canadienses.

Devolución y manejo de activos confiscados

Algunos centros financieros se han mostrado renuentes a repatriar activos o cooperar con un país si existen planteamientos que indiquen que los fondos devueltos serán malgastados o robados nuevamente a causa de la corrupción. Si bien el artículo 57 estipula que la propiedad confiscada debe ser devuelta a los dueños legítimos previos, la subsección 5 de tal artículo permite a los estados parte celebrar acuerdos de mutuo convenio para la enajenación de la propiedad confiscada. En cualquier caso, a los países víctimas les beneficia dar cuenta de buena práctica con respecto a la utilización de todos los activos recuperados.

Países beneficiarios (centros financieros)

Intensificación de la voluntad política/promulgación de leyes consonantes

En el análisis final, el éxito o fracaso de la UNCAC dependerá de la eficacia de su ejecución. Los países beneficiarios deben promulgar con celeridad las nuevas leyes que armonicen con las disposiciones de la UNCAC. Se debe trabajar con particular ahínco en aumentar el escrutinio por parte de instituciones financieras sobre las transacciones de individuos con calibre político (PEP, por sus siglas en inglés). Sin embargo, si las nuevas leyes no se acompañan de medi-

das gubernamentales encaminadas a cambiar las anteriores prácticas irresolutas, la corrupción continuará propagándose sin control.

Congelamiento de activos

El artículo 31 de la UNCAC le exige a cada estado parte que implemente medidas para permitir la “identificación, rastreo o confiscación” del producto del delito y la propiedad usada durante el delito. Como el congelamiento de fondos puede cercenar derechos básicos, muchas jurisdicciones emprenden intrincados procedimientos judiciales previo a hacer efectiva una orden de congelamiento. Los procedimientos exageradamente onerosos imponen demoras que tienden a permitir que los fondos corruptos desaparezcan antes de que la orden sea emitida. Para evitar esto, las leyes deben modificarse de manera que admitan los procedimientos de congelamiento expeditos (dentro de 24 horas). Incluso así, deben instituirse medidas para proteger las salvaguardas constitucionales. Suiza lo logra exigiéndoles a las instituciones financieras que congelen automáticamente las transacciones registradas por cinco días, mientras un magistrado considera si la medida es razonable. Francia admite el congelamiento administrativo por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera tras recibir un aviso de transacción sospechosa.

Incumbencia de la prueba

Muchos países beneficiarios ahora exigen que los países víctimas demuestren que los activos de los funcionarios públicos no fueron obtenidos de manera lícita antes de que se considere ejecutar medidas de congelamiento o incautación. Estas dificultades de prueba han permitido que numerosos funcionarios corruptos puedan retener millones de dólares que realísticamente nunca hubieran podido acumular a través de su posición gubernamental. Los países beneficiarios deben considerar penalizar los aumentos de riqueza sustanciales no contabilizados de funcionarios públicos (Art. 20) y admitir la confiscación de activos cuando los funcionarios públicos no puedan demostrar el origen legítimo del presunto producto del delito (Art. 31(8)).

Asistencia técnica

Los centros financieros deben reconocer que los países víctimas no están familiarizados con las peculiaridades de las leyes de cada país beneficiario y, por tanto, brindar asistencia técnica y garantizar la reducción de impedimentos políticos a la recuperación de activos.

Comunidad de donantes

Usar la UNCAC para fomentar la reforma en países donantes

Los funcionarios corruptos suelen escoger los mayores centros financieros para esconder sus ganancias clandestinas, y esos mismos centros financieros son las fuentes clave [de donde se despacha] el pago de sobornos a funcionarios en países en desarrollo. Los organismos donantes pueden patrocinar análisis que comparen las leyes y prácticas de su país con los estándares contemplados en la UNCAC. Los profesores locales de derecho pueden realizar este tipo de “análisis de brecha” a cambio de asistencia en la publicación. Los organismos donantes gozarán de mayor credibilidad para exigir la observancia de los estándares de la UNCAC si sus propios países acatan las normas.

Financiar “análisis de brecha” en países en desarrollo

La UNCAC puede ser una herramienta poderosa para reformar una cultura de corrupción en países en desarrollo, así como para garantizar la existencia de leyes que hagan cumplir las disposiciones anticorrupción mediante un vigoroso programa de recuperación de activos. Desafortunadamente los funcionarios corruptos en muchas ocasiones logran conservar los fondos robados porque las leyes del país víctima son penosamente inadecuadas. Un “análisis de brecha” adecuado revela las deficiencias en leyes locales y puede utilizarse para hacer un llamado a las legislaturas a fin de que tomen medidas correctivas. Por ejemplo, en noviembre de 2006 la Comisión de Indonesia para la Erradicación de la Corrupción (con financiamiento de GTZ) publicó una comparación minuciosa de sus leyes y los requisitos de la UNCAC, junto con las recomendaciones para corregir las áreas deficientes.

Financiar la formación, la asistencia técnica y el aumento de capacidad

El capítulo VI de la UNCAC ofrece un marco de acuerdo común para la entrega de apoyo a países en desarrollo en el área de la anticorrupción y la recuperación de activos. Deben formularse programas de capacitación y ejecutarse eficientemente con miras a aumentar la capacidad de investigadores, abogados y miembros de la judicatura. La instrucción debe ser coordinada y sistemática a fin de evitar diseminar información insuficiente o errónea que pueda debilitar el programa de recuperación de activos. Si se realizan adecuadamente, y se les da seguimiento y asistencia técnica a los casos complejos, tales programas con el tiempo generarán una red internacional de especialistas en recuperación de fondos – en tanto los países víctimas como los países con centros financieros – que cerrará los santuarios de blanqueo de dinero.

Establecer un fondo fiduciario para los casos de trascendencia

Existen ciertos casos que pueden fijar precedentes útiles o cuya importancia para países individuales es tan vital que deberían llevarse a término aún si el país víctima carece de los recursos para entablar el litigio. Para esos casos se debería crear un fondo encaminado a distribuir préstamos para los gastos y honorarios legales. Los préstamos deberán pagarse con interés del lote recuperado. Los países donantes deben reabastecer el fondo con dinero adicional una vez que se registren solicitudes legítimas, apoyadas por pruebas de altas probabilidades de éxito.

Presionar a los gobiernos para que compatibilicen los sistemas jurídicos

El mosaico global de leyes dispares sobre solicitudes de asistencia jurídica mutua, estándares de prueba, penalización, congelamiento y confiscación, etc. le ha prestado ayuda, amparo y protección a funcionarios corruptos cuyo saqueo desenfadado mantiene a más de 3 mil millones de personas sumidos en la absoluta pobreza y desesperación. Los organismos donantes deben usar su influencia para convencer a los países con centros financieros y a los países víctimas a que estandaricen sus disposiciones dispares. El planeta ya no puede permitirse el lujo de dejar que continúe esta situación de inconsciencia.

Traducido del inglés por Jennifer Baez (baez.jennifer@gmail.com)

Copyright 2007: U4 - CMI, PO Box 6033, 5892 Bergen, Norway, U4@U4.no